
FOCUS:

SULL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO
INTERNAZIONALE AL CASO DEI "MARÒ"

Giuseppe Palmisano *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti e la vicenda giudiziaria. – 3. Profili sostanziali di diritto internazionale: a) l'applicabilità al caso dei "marò" della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. – 4. Segue: b) la rilevanza del principio dell'immunità funzionale. – 5. La questione del *SUA Act* come legge applicabile nel processo ai "marò". – 6. Il possibile utilizzo di strumenti internazionali per il regolamento della controversia con l'India. – Bibliografia.

1. *Premessa*

La vicenda dei "marò" Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, catturati e trattenuti dalle autorità indiane in attesa della conclusione del processo penale riguardante l'uccisione di due pescatori indiani al largo delle coste del Kerala non presenta in realtà aspetti meritevoli di particolare attenzione dal punto di vista dell'applicazione e della rilevanza del diritto internazionale nell'ordinamento e nella prassi interna italiana, ambito questo d'interesse principale della *Rassegna*. Tale vicenda si presenta piuttosto come un caso significativo dal punto di vista dell'applicazione del diritto internazionale ad una situazione – più precisamente, una controversia – che pone in confronto bilaterale, sul piano delle relazioni internazionali, l'Italia e un altro Stato (l'India appunto). Una vicenda che costituisce dunque un banco di prova per l'uso da parte dell'Italia di norme e strumenti giuridici internazionali al fine di sostenere, e se possibile veder riconosciute, le proprie ragioni in una tale situazione, e al contempo un'occasione per valutare alla luce del diritto internazionale la posizione assunta e la fondatezza delle pretese avanzate dal nostro Stato. È per l'interesse del caso in questa prospettiva – oltre che per l'importanza da esso assunta negli ultimi due anni sul piano dell'opinione pubblica e del dibattito politico nazionale – che si è scelto di metterlo in risalto nel primo numero della *Rassegna* dell'ISGI.

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Direttore ISGI-CNR.

2. I fatti e la vicenda giudiziaria

La vicenda è nota, ma vale la pena ripercorrerne i passaggi fondamentali e i momenti giuridicamente più rilevanti, dal suo inizio al momento attuale (aprile 2014).

La notte del 15 febbraio 2012 la nave commerciale italiana *Enrica Lexie*, in rotta da Singapore a Djibouti, è stata avvicinata da un'imbarcazione al largo delle coste indiane del Kerala. A bordo dell'*Enrica Lexie* erano presenti e prestavano servizio una squadra di sei fucilieri della marina militare italiana, incaricati sulla base della legge n. 130 del 2 agosto 2011 (e del decreto di attuazione del Ministero della difesa del 1° settembre 2011), di proteggere la nave da eventuali attacchi di pirati. Temendo per l'appunto un attacco da parte di pirati, i militari italiani hanno aperto un fuoco d'intimidazione verso l'imbarcazione in avvicinamento. Tale imbarcazione non era però una barca di pirati, ma un peschereccio del Kerala (il *St Anthony*) e due pescatori indiani, colpiti dal fuoco dei fucilieri, sono rimasti uccisi.

Il mattino seguente la guardia costiera indiana ha chiesto alla *Enrica Lexie*, che stava proseguendo la rotta verso Djibouti, di recarsi al porto di Kochi, affinché il suo equipaggio potesse partecipare ad un'operazione d'identificazione di alcuni pirati catturati la notte precedente. Una volta giunta la nave nel porto di Kochi, le autorità indiane hanno intimato all'*Enrica Lexie* di non lasciare il porto e, il 17 febbraio, forze di polizia indiane sono salite a bordo, sequestrando le armi dei fucilieri e procedendo alla cattura di due "marò", Salvatore Girone e Massimiliano Latorre, individuati come possibili responsabili del fuoco aperto contro il peschereccio indiano. Nei confronti dei due fucilieri è stato quindi avviato un procedimento penale di fronte ai giudici dello Stato indiano del Kerala, con l'accusa di omicidio.

In difesa dei "marò" il Governo italiano, muovendosi sul piano dell'ordinamento interno e del sistema giudiziario indiano, ha presentato immediatamente un ricorso all'Alta corte del Kerala, sollevando la questione del difetto di giurisdizione dell'India sui fucilieri, in ragione sia del principio c.d. di immunità funzionale, applicabile ai due militari italiani in quanto organi dello Stato italiano che avrebbero agito nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, sia della localizzazione dei fatti accaduti in acque internazionali, ossia in una zona in cui la giurisdizione dovrebbe essere esercitata esclusivamente, ai sensi dell'art. 97 della Convenzione delle Nazioni unite sul diritto del mare (CNUDM), dallo Stato della bandiera della nave che ha provocato l' "incidente di navigazione".

Il 29 maggio 2012 l'Alta corte del Kerala – dopo una serie di rinvii che hanno indotto il Governo italiano, in difesa dei due “marò”, ad investire nel frattempo della questione della giurisdizione anche la Corte suprema di New Delhi – si è finalmente pronunciata, respingendo l'istanza italiana e affermando la competenza dei giudici del Kerala; ed ha altresì concesso ai due – dietro cauzione – un regime di libertà vigilata, con sequestro dei passaporti e obbligo di firma giornaliero presso l'ufficio di polizia di Kochi.

Va notato che a seguito di questa decisione della Corte del Kerala, e proprio sulla spinta dell'urgenza derivante dalla possibilità di una condanna dei due “marò”, l'Italia è riuscita a portare a termine, il 10 agosto 2012, la conclusione di un accordo con l'India sul trasferimento delle persone condannate (l'accordo è stato ratificato con legge n. 183 del 26 ottobre 2012 ed è entrato in vigore, dopo lo scambio delle ratifiche, il 1° aprile 2013). Tale accordo prevede, tra l'altro, il trasferimento in Italia dei nostri cittadini che abbiano ricevuto una condanna penale in India, affinché continuino in Italia l'esecuzione della condanna inflitta (a meno che lo stesso condannato non manifesti una volontà contraria). È da precisare che i trasferimenti potranno avvenire solo a seguito di una condanna definitiva e che l'esecuzione di ogni trasferimento resta comunque subordinato alla conclusione di un apposito accordo tra i due Stati.

La giurisdizione indiana sul caso, affermata dalla Corte del Kerala, è stata confermata dalla sentenza della Corte suprema di New Delhi, adottata – anch'essa dopo una serie di numerosi rinvii – quasi nove mesi dopo la presentazione del ricorso italiano, ossia il 18 gennaio 2013. In estrema sintesi, la Corte suprema ha escluso che nel caso in questione possa applicarsi il principio dell'immunità funzionale ai due “marò”, in quanto si tratterebbe di organi non coperti dal principio, ed in quanto la prassi indiana sarebbe di non concedere l'immunità dalla giurisdizione penale al personale armato imbarcato su navi commerciali straniere. La Corte ha anche escluso che possa applicarsi l'art. 97 della CNUDM, in quanto questo riguarderebbe soltanto l'alto mare in senso stretto, e non invece spazi marini – come quello in cui si sono verificati i fatti – rientranti nella zona contigua e nella zona economica esclusiva di uno Stato. La Corte suprema ha peraltro aggiunto che sui fatti verificatisi in tali zone l'esercizio della giurisdizione non spetterebbe ai giudici dello Stato del Kerala, ma apparterebbe all'Unione indiana. Di conseguenza, il processo in corso avrebbe dovuto essere terminato, per essere riassunto davanti ad un Tribunale speciale, istituito appositamente dall'Unione indiana per giudicare del caso (tale Tribunale è stato effettivamente costituito ed opera presso il *Chief Metropolitan Magistrate* di New

Delhi). I due “marò” sono quindi stati trasferiti dal Kerala a New Delhi, con libertà di movimento ma obbligo di firma settimanale presso la polizia della città.

La vicenda giudiziaria è da allora proseguita incentrandosi essenzialmente sulla questione della possibilità o meno per il Procuratore generale indiano di incriminare i due fucilieri italiani in base al c.d. *SUA Act*, la legge indiana sulla repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima (la cui ragion d'essere è la repressione degli atti di terrorismo e pirateria compiuti al di là del mare territoriale), che implica la competenza investigativa della *NIA (National Investigative Agency*, la polizia federale indiana antiterrorismo) e che, soprattutto, può comportare la comminazione della pena di morte per i colpevoli di omicidio. Sul primo punto, ossia per contestare l'utilizzazione della *NIA*, la difesa italiana ha immediatamente presentato ricorso presso la Corte suprema, la quale però con decisione del 26 aprile 2013, non ha escluso la possibilità per il Procuratore generale di incaricare la *NIA* delle indagini, in vista di un'eventuale incriminazione sulla base del *SUA Act*.

Va peraltro ricordato che nel frattempo, nel periodo cioè tra le due menzionate decisioni della Corte suprema (18 gennaio e 26 aprile 2013), si è verificato sul piano dei rapporti politico-diplomatici tra Italia e India, il noto “incidente di percorso” che ha tra l'altro portato alle dimissioni dell'allora Ministro degli esteri italiano, Giulio Terzi di Sant'Agata, il 26 marzo 2013. Ci riferiamo precisamente a quanto accaduto mentre i due fucilieri si trovavano in Italia in virtù di un permesso concesso dalle autorità indiane per consentire ai due di recarsi a votare alle elezioni politiche nazionali; permesso concesso a fronte di un *affidavit* rilasciato dall'Ambasciatore italiano che assicurava il rientro dei “marò” una volta esercitato il diritto di voto. Con un comunicato dell'11 marzo 2013 il Ministro degli esteri italiano rendeva noto di aver informato l'India che, a seguito della mancata risposta indiana alla richiesta italiana di attivare percorsi per la ricerca di una soluzione diplomatica del caso nel contesto della cooperazione finalizzata alla contrasto della pirateria, l'Italia riteneva instaurata e sussistente una controversia tra i due Stati, pendente la quale i due fucilieri non sarebbero rientrati in India.

Oltre alla ragione di trasferire sul piano internazionale la questione della giurisdizione sui “marò”, sottraendola ai giudici indiani, la decisione comunicata dal Ministro degli esteri era anche motivata dal fatto di non ritenere accettabile che i due militari, tornando in India, rischiassero – come s'è detto – di vedersi comminata una condanna a morte come conseguenza dell'applicazione del *SUA Act*, ossia di una legge penale pensata per contrastare il terrorismo e punire i terroristi.

Alla comunicazione del Ministro degli esteri faceva seguito una reazione molto dura da parte indiana, e in particolare della Corte suprema che, con un'ordinanza del 14 marzo 2013, intimava all'Ambasciatore italiano di non lasciare l'India senza il permesso della Corte stessa, misura definita dal Governo italiano – in un comunicato del 18 marzo – “una evidente violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche che codifica principi universalmente riconosciuti”.

La tensione tra i due Stati si stemperava peraltro nei giorni immediatamente successivi, in quanto il Governo italiano decideva di tornare sui propri passi e, conformemente all'impegno assunto in precedenza, procedeva a far rientrare in India i due “marò” il 22 marzo 2013, alla vigilia dello scadere del permesso loro concesso dalle autorità indiane. Come s'è ricordato, la decisione del Governo induceva alle dimissioni il Ministro degli esteri Terzi, il quale prima di dimettersi dichiarava tuttavia che lo “strappo” causato dal suo precedente comunicato avrebbe comunque avuto l'effetto positivo di ottenere assicurazioni dalle autorità indiane che, in caso di condanna in base al *SUA Act*, ai due fucilieri non sarebbe stata applicata la pena massima (la pena capitale); assicurazioni a fronte delle quali il Governo avrebbe per l'appunto deciso di mantenere l'impegno di far tornare Latorre e Girone in India.

La contestazione italiana dell'applicazione del *SUA Act* ha continuato a caratterizzare lo svolgimento della vicenda anche nei mesi successivi, sul piano sia dell'azione diplomatica condotta dal Governo italiano (spesso in contesti multilaterali), sia della strategia difensiva adottata nella procedura giudiziaria interna indiana.

Per quanto riguarda l'aspetto giudiziario della vicenda, dopo innumerevoli rinvii, motivati anche dalle incertezze del Procuratore generale – e quindi del Governo indiano – sulla scelta delle norme su cui basare l'imputazione nei confronti dei due “marò” (*SUA Act* o Codice penale; al riguardo il Procuratore generale avrebbe preannunciato, il 24 febbraio 2014, che non farà comunque riferimento alle disposizioni del *SUA Act* che implicano la applicazione della pena di morte), la Corte suprema ha finalmente ammesso, il 28 marzo 2014, il ricorso della difesa italiana contro l'utilizzo del *SUA Act* e della NIA (la polizia “antiterrorismo”), fissando una sorta di ultimatum di quattro settimane al Procuratore generale per presentare la propria posizione definitiva al riguardo e poter, quindi, decidere nel merito del ricorso italiano. In conseguenza dell'ammissione del ricorso, il Tribunale speciale competente ad occuparsi del caso dei “marò” ha sospeso il procedimento e rinviato la prossima udienza al 31 luglio 2014.

Quanto all'azione diplomatica dell'Italia, dall'informativa al Parlamento del Ministro degli esteri Emma Bonino del 13 febbraio 2014, emerge chiaramente come fino ad allora essa si sia indirizzata essenzialmente a sensibilizzare l'Unione europea, il Segretario generale delle Nazioni Unite, gli Stati "alleati" e in genere la c.d. comunità internazionale sulla pericolosità e la rilevanza non meramente bilaterale del comportamento dell'India, sottolineando in particolare l'inaccettabilità del fatto che militari italiani impegnati in una funzione ufficiale di contrasto alla pirateria possano essere giudicati, in base al *SUA Act*, alla stregua di terroristi, e il rischio che ne deriverebbe "di mettere a repentaglio l'intera azione internazionale contro la pirateria".

3. Profili sostanziali di diritto internazionale: a) l'applicabilità al caso dei "marò" della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare

Come emerge dalla descrizione della vicenda, il nodo giuridico centrale nel caso dei "marò" riguarda l'esercizio da parte dell'India della giurisdizione penale sui fucilieri di marina accusati dell'uccisione dei due pescatori indiani al largo delle coste del Kerala.

Sia la difesa dei "marò" nel procedimento dinnanzi alle corti indiane, sia i comunicati ufficiali e le note verbali del Governo italiano contestano tale esercizio sulla base di due argomentazioni principali.

Un'argomentazione riguarda la localizzazione dei fatti che hanno determinato la morte dei pescatori del *St Anthony*. Tali fatti si sono verificati a circa 22 miglia nautiche dalle coste del Kerala, al di là delle acque territoriali indiane, nell'ambito della zona economica esclusiva e della c.d. zona contigua indiana. Secondo la tesi italiana (esplicitata in dettaglio dalla difesa di Latorre e Girone di fronte alle corti indiane), ai fatti in questione andrebbe applicato l'art. 97 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM), di cui sono parti sia l'Italia sia l'India. L'art. 97 prevede che, in caso di una collisione o di ogni altro incidente di navigazione in alto mare, la giurisdizione penale o disciplinare sul comandante e ogni persona in servizio sulla nave spetti allo Stato della bandiera o allo Stato nazionale della persona. Facendosi rientrare l'episodio che ha portato alla morte dei pescatori nell'ambito degli "altri incidenti di navigazione" di cui all'art. 97, se ne avrebbe che eventuali procedimenti penali nei confronti dei presunti responsabili potrebbero essere aperti e condotti soltanto dai giudici italiani, in quanto giudici dello Stato che è al contempo Stato della bandiera della nave responsabile dell'incidente, e Stato nazionale dei presunti responsabili. Al contrario, i giudici indiani non avrebbero alcun titolo ad esercitare la giurisdizione.

A prescindere dai motivi addotti prima dalla Corte del Kerala e poi dalla Corte suprema di New Delhi, per rigettare l'eccezione sollevata dalla difesa dei "marò", va detto che la pretesa di fondare la giurisdizione esclusiva dell'Italia sulla base della CNUDM, e in particolare dell'art. 97, risulta di fondatezza molto dubbia. L'art. 97 si applica infatti ai soli casi di collisione tra navi e agli incidenti di navigazione, quali – ad esempio – danneggiamenti provocati a cavi o condotte sottomarine, urti contro isole o installazioni artificiali. L'uccisione di persone causata da un fuoco volontario di avvertimento, intimidazione o difesa non rientra invece nella casistica presa in considerazione dalla disposizione, né è riscontrabile nella prassi alcuna tendenza indicativa della possibilità di estendere in tal senso la portata dell'art. 97.

Neppure sarebbe convincente un richiamo all'art. 92, paragrafo 1, della CNUDM, secondo il quale la nave che si trovi in alto mare risulta soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera. È infatti assodato che tale disposizione riguarda la sola "*jurisdiction to enforce*", ossia il potere di compiere atti (coercitivi) di governo sulla nave che si trova in alto mare, e non invece la possibilità per un altro Stato di esercitare nel proprio territorio la giurisdizione penale (e quindi svolgere indagini o aprire procedure giudiziarie) sull'equipaggio di una nave straniera per fatti verificatisi in alto mare.

Nel caso della *Enrica Lexie* esiste, al contrario, un elemento che giustificerebbe pienamente l'esercizio della giurisdizione penale da parte dei giudici indiani nei confronti di stranieri membri di un equipaggio di una nave straniera per fatti avvenuti al di là delle acque territoriali indiane. Ci riferiamo precisamente alla nazionalità delle vittime, che costituisce – com'è noto – uno dei principali criteri di collegamento per l'esercizio di tale giurisdizione, anche quando si tratti di giudicare fatti avvenuti fuori dallo spazio sottoposto alla sovranità territoriale dello Stato, posti in essere da persone aventi la nazionalità di un altro Stato.

4. Segue: b) la rilevanza del principio dell'immunità funzionale

L'altro argomento invocato dall'Italia per contestare l'esercizio da parte dell'India della giurisdizione penale riguarda la c.d. immunità funzionale, ossia il principio di diritto internazionale generale in base al quale gli atti compiuti da organi dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni sarebbero atti da attribuire allo Stato, e non agli individui che li hanno concretamente posti in essere. Tale principio, posto a tutela della sovranità di ogni Stato (intesa come libertà di organizzazione dello Stato stesso), e volto anche a permettere l'esercizio effettivo delle funzioni

delle persone che agiscono per conto dello Stato, comporta per gli individui-organi che abbiano agito nell'esercizio di tali funzioni l'immunità dalla giurisdizione penale di un altro Stato; per cui risulta vietato dal diritto internazionale generale che uno Stato eserciti la propria giurisdizione penale nei confronti di organi di Stati stranieri anche quando questi abbiano tenuto comportamenti che sul piano del diritto penale del primo Stato configurano gravi reati (resterebbero peraltro eccettuati dalla regola dell'immunità per un verso i casi di crimini c.d. internazionali – quali genocidio, crimini di guerra o crimini contro l'umanità – e, per altro verso, le attività “coperte” o “clandestine”, condotte sempre per conto dello Stato).

Come s'è detto, anche l'applicabilità di questo principio è stata disconosciuta, nel caso specifico dei “marò”, dai giudici indiani. A prescindere ancora dalle argomentazioni utilizzate dai giudici indiani (poco sviluppate e poco convincenti), la contestazione dell'Italia appare però, in questo caso, ben fondata e piuttosto solida. È indubbio infatti che i due fucilieri italiani sono da considerare organi dello Stato italiano: si tratta di militari delle forze armate italiane, che assolvono una funzione pubblica di protezione dei traffici marittimi contro i pirati, sulla base di una legge che, nello svolgimento di tale funzione, li qualifica come ufficiali e agenti di polizia giudiziaria; obbediscono agli ordini del Ministro della difesa italiano e sono stipendiati dal Ministero della difesa (e non dall'armatore del mercantile su cui sono imbarcati, il quale paga un contributo al Ministero della difesa). Ed è altrettanto indubbio che gli atti ad essi attribuiti, che hanno causato la morte dei pescatori indiani, sono stati compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, e non al di fuori di questo esercizio o per ragioni “private”. Oltretutto, tali atti non sono neppure stati compiuti in acque territoriali indiane, bensì in una zona di mare nella quale non sarebbe certamente necessaria la sussistenza di un “permesso” dello Stato territoriale (come sostenuto da taluni con riferimento al territorio e alle acque territoriali dello Stato) affinché militari stranieri possano operare nell'esercizio delle loro funzioni ed essere coperti dall'immunità funzionale.

Certo, come per la maggior parte delle regole non scritte del diritto internazionale generale, anche per quanto riguarda la regola dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale possono aversi dubbi e incertezze sull'ambito e i limiti di applicazione, sulle possibili eccezioni e persino sulla sua vigenza come *lex lata*. E tuttavia gli elementi rinvenibili nella prassi degli Stati, nella giurisprudenza interna e internazionale, nei lavori di “codificazione” in corso presso le Nazioni Unite o svolti dall'*Institut de Droit International*, vanno nella direzione di indicare la vigenza e i contenuti essenziali di questa regola,

configurandola in modo tale da far rientrare nel suo ambito di applicazione il caso dei "marò" Latorre e Girone.

È pertanto per rispettare questa regola del diritto internazionale che l'India non dovrebbe esercitare alcuna giurisdizione penale sui due fucilieri, fermando i processi iniziati e lasciando l'esercizio della giurisdizione ai giudici italiani. Ed è proprio – e diremmo esclusivamente – sulla violazione del principio dell'immunità funzionale che, a nostro avviso, andrebbero incentrate e concentrate le pretese italiane nei confronti dell'India, tanto di fronte ai tribunali indiani, quanto – soprattutto – sul piano dell'azione e della strategia diplomatica.

5. La questione del SUA Act come legge applicabile nel processo ai "marò"

Altro punto di diritto emerso come cruciale nella vicenda giudiziaria dei "marò" riguarda l'applicazione a Latorre e Girone del *SUA Act*, la legge sulla repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima, con cui l'India nel 2002 ha dato attuazione all'omonima Convenzione IMO del 1988. È questa, com'è noto, una convenzione conclusa dopo i fatti del dirottamento del transatlantico *Achille Lauro* ad opera di un *commando* palestinese, e concepita originariamente come strumento per la lotta contro gli atti di terrorismo perpetrati al di là delle acque territoriali di uno Stato costiero.

Come s'è detto, è proprio contro l'applicazione di tale legge che si è maggiormente impegnata la difesa dei due "marò" di fronte alle corti indiane, e che si è anche incentrata l'azione diplomatica del Governo italiano nel tentativo di ottenere solidarietà e supporto verso le pretese italiane nei confronti dell'India e pressione internazionale su quest'ultima per un'adeguata considerazione di tali pretese.

Vi sono in effetti alcuni dubbi che il *SUA Act* sia applicabile al caso dei "marò"; dubbi che potrebbero anche condurre a ritenere che una tale applicazione sia in contrasto con la Convenzione del 1988, di cui sia l'India sia l'Italia sono parti. Il primo dubbio deriva dal fatto che la Convenzione è uno strumento pattizio concepito essenzialmente per combattere il terrorismo internazionale: l'applicazione delle norme in essa previste al caso dell'uccisione dei pescatori potrebbe pertanto intendersi in contrasto con lo scopo della Convenzione. È però anche vero che la Convenzione esige dagli Stati parti che perseguano, più in generale, gli atti di violenza che feriscano o uccidano persone a bordo di una nave, se l'atto è idoneo a mettere in pericolo la sicurezza della navigazione; e che le norme indiane di attuazione non contengono alcun riferimento allo scopo di combattere il terrorismo internazionale, né

limitano l'ambito della loro applicazione ai soli casi che abbiano una qualche connessione col terrorismo. Tenuto conto di ciò, non sarebbe quindi da escludere che la Convenzione – e la legge indiana di attuazione – possano applicarsi al caso dell'uccisione dei pescatori al largo del Kerala.

Il secondo dubbio riguarda la possibilità di applicare la Convenzione del 1988 ad atti posti in essere da militari di uno Stato nell'esercizio di funzioni ufficiali. È infatti incerto se le norme della Convenzione ricomprendano o meno tali atti (che peraltro il testo della Convenzione non esclude espressamente dal suo ambito di applicazione). In proposito un contributo chiarificatore è intervenuto con l'art. 3 del Protocollo addizionale del 2005, secondo il quale le norme della Convenzione non troverebbero applicazione agli atti in questione “*inasmuch as they are governed by other rules of international law*”. Potrebbe pertanto sostenersi che applicare le norme attuative della Convenzione agli atti dei “marò” – tenuti nell'esercizio di funzioni ufficiali – sia in contrasto con la Convenzione stessa; ma sarebbe comunque necessario dimostrare, a tal fine, che le funzioni da essi svolte “*are governed by other rules of international law*”, dimostrazione a nostro avviso non semplice né scontata.

Quali che siano i dubbi o le convinzioni in ordine all'applicabilità del *SUA Act* al caso dei “marò”, il punto essenziale è tuttavia un altro. Il punto è piuttosto che l'intera questione di tale applicabilità è subordinata ad un'eventuale soluzione negativa data alla questione – preliminare – dell'immunità funzionale. In altre parole, il problema si pone soltanto se si ritiene che l'India possa esercitare la giurisdizione penale nei confronti di Latorre e Girone, perché questi non sarebbero coperti da alcuna immunità funzionale.

Se però si ritiene – come chi scrive è propenso a fare – che la norma di diritto internazionale generale sull'immunità funzionale vieti all'India di esercitare la giurisdizione penale sui due “marò”, la questione dell'applicabilità o meno del *SUA Act* perde evidentemente di rilevanza. Il problema non sarebbe cioè che i giudici indiani non possono giudicare i militari italiani in base al *SUA act*, ma piuttosto – più radicalmente – che i giudici indiani non li possono sottoporre ad alcun processo penale.

Da questo punto di vista, e considerando che l'invocazione dell'immunità funzionale costituisce effettivamente – come s'è detto – uno degli argomenti principali sostenuti dall'Italia nei confronti dell'India (e dei giudici indiani), ci sia consentito esprimere qualche perplessità sull'enfasi che l'Italia stessa ha posto sulla questione dell'applicazione del *SUA Act*, sia nell'azione diplomatica in contesti multilaterali, sia nella linea difensiva seguita di fronte ai giudici indiani.

La perplessità non deriva dalla scarsa efficacia finora dimostrata – soprattutto sul piano diplomatico – dalla strategia italiana volta a enfatizzare il fatto che porre i militari italiani alla stessa stregua di terroristi internazionali sarebbe al contempo inaccettabile e pregiudizievole per l'azione internazionale contro la pirateria. La perplessità deriva piuttosto dal fatto che tale strategia dissimula una pericolosa contraddizione, rendendo meno netta e coerente la pur fondata posizione dell'Italia nei confronti dell'India. La contraddizione implicita nella strategia in questione sta a nostro avviso nel fatto che, concentrandosi sull'inaccettabile qualifica dei fucilieri come terroristi, essa lascia intendere – *a contrario* – che se i due venissero giudicati non già alla stregua di terroristi o pirati (e cioè in base al *SUA Act*), bensì in base – ad esempio – al codice penale indiano (o ad altre norme penali dell'ordinamento indiano), il giudizio e l'eventuale condanna da parte dei giudici indiani sarebbero più accettabili, o perfino del tutto accettabili.

Come s'è detto, ad essere giuridicamente inaccettabile non è invece che i giudici indiani applichino una legge antiterrorismo (o presunta tale), o che l'esito del giudizio possa comportare l'applicazione della pena di morte, ma semmai che in violazione della regola dell'immunità funzionale, l'India sottoponga a giurisdizione penale organi di uno Stato straniero che hanno agito nell'esercizio delle loro funzioni.

La contraddizione – o quanto meno l'ambiguità – nella strategia seguita dall'Italia è peraltro riscontrabile non solo nell'insistenza pressoché esclusiva posta per oltre un anno sulla questione del *SUA Act*, ma più in genere nella scelta di impegnarsi attivamente nella difesa dei "marò" dinnanzi alle Corti indiane, invece che disconoscere qualsiasi "legittimità" all'esercizio della giurisdizione penale da parte dell'India, e protestare energicamente, sul piano internazionale, contro tale esercizio.

Da una parte è infatti comprensibile che il Governo italiano abbia voluto garantire la migliore difesa possibile ai due militari di fronte ai giudici indiani, onde evitare che i "marò", in mano alle autorità indiane, venissero sottoposti a misure cautelare a misure detentive, e rischiasero imputazioni per le quali sono previste pene molto severe. D'altra parte è però chiaro che, non accompagnata da un'inequivocabile ed energica protesta diplomatica nei confronti dell'India, questa strategia finisce per indebolire sia il peso specifico della contestazione della giurisdizione di fronte ai giudici indiani, sia la possibilità per l'Italia di far valere sul piano internazionale l'argomento della violazione dell'immunità funzionale, rischiando quasi di apparire – la difesa nel processo indiano – un'implicita rinuncia a tale immunità.

E una protesta diplomatica ferma e costante nei confronti dell'India non v'è stata.

A questo proposito sorprende negativamente che il primo atto italiano da cui emerge una protesta chiara sia stato soltanto il comunicato del Ministro degli esteri dell'11 marzo 2013, di oltre un anno successivo all'inizio dell'esercizio della giurisdizione penale da parte dei giudici indiani. E sorprende, sempre negativamente, che a tale atto – il cui scopo era essenzialmente di comunicare all'India la decisione, poi non attuata, di non far tornare i due fucilieri dopo la “licenza elettorale” – non sia ancora stato dato alcun seguito coerente, benché sia trascorso oltre un anno da quel comunicato. Sicché potrebbe quasi sembrare che l'Italia abbia fatto un passo indietro non solo sulla decisione di non far rientrare in India i “marò”, ma anche sulla posizione di ritenere instaurata una controversia internazionale con l'India concernente, tra l'altro, la violazione della regola dell'immunità funzionale.

6. Il possibile utilizzo di strumenti internazionali per il regolamento della controversia con l'India

Quest'ultima considerazione ci porta all'ultima parte delle nostre riflessioni, riguardante proprio il profilo dell'utilizzo da parte dell'Italia di strumenti internazionali per la soluzione della controversia con l'India. Al riguardo – mettendo da parte il dubbio polemico appena espresso – il primo punto da evidenziare è che la questione dei “marò” ha effettivamente assunto la natura di una controversia internazionale tra Italia e India. Quanto poi al momento in cui la questione abbia assunto tale natura (e nella misura in cui ciò rilevi per l'applicazione degli strumenti internazionali di regolamento delle controversie), riterremo – alla luce delle informazioni e dei documenti disponibili – che la controversia possa considerarsi instaurata non già nel momento in cui le autorità indiane hanno cominciato ad esercitare poteri coercitivi e giurisdizionali sui due militari italiani, ma soltanto nel momento in cui l'Italia ha manifestato e portato a conoscenza dell'India la sua protesta per il comportamento delle autorità indiane; ossia – a quanto risulta – dalla nota verbale dell'11 marzo 2013, o tutt'al più all'indomani della sentenza della Corte suprema indiana del 18 gennaio 2013 (cui fa riferimento il comunicato del Governo italiano del 18 marzo 2013). È infatti solo in quel momento che il conflitto d'interessi tra Italia e India in ordine all'esercizio della giurisdizione sui militari italiani ha assunto la fisionomia di una contrapposizione, di un disaccordo, sul modo in cui quel conflitto deve essere risolto. Se, al contrario, non vi fosse stata una protesta “ufficiale” dell'Italia, non sarebbe evidentemente sorta – sul piano internazionale – alcuna controversia, e la vicenda sarebbe proseguita esclusivamente sul piano interno dell'ordinamento indiano e

della giurisdizione dei giudici indiani. (Per quanto configuratasi soltanto in quel momento, la controversia riguarderebbe peraltro non solo il comportamento tenuto dalle autorità indiane nel periodo immediatamente precedente – in particolare a partire dalla sentenza della Corte suprema del 18 gennaio 2013 –, ma ovviamente tutti i comportamenti verificatisi a partire dal 17 febbraio 2012, giorno in cui è cominciato l'esercizio della giurisdizione penale su Latorre e Girone da parte delle autorità indiane.) Ma a prescindere dal momento cui far risalire l'instaurazione della controversia, ciò che conta è che una volta posta la questione nei termini di una controversia internazionale, sarebbe stato conseguente che l'Italia tentasse di perseguirne la soluzione mediante i metodi messi a disposizione dalle norme e dalla prassi internazionale.

In questa direzione, le strade percorribili dall'Italia sarebbero varie, ma non tutte egualmente accessibili o convenienti.

Una via spesso invocata è ad esempio quella del ricorso unilaterale ad un tribunale arbitrale da istituirsi in base all'Allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM). Ciò sarebbe possibile in virtù della Parte XV, Sezione Seconda, della Convenzione, che disciplina le procedure obbligatorie di regolamento delle controversie sull'interpretazione e l'applicazione della Convenzione stessa, e che impegnerebbe effettivamente l'India a sottoporsi quanto meno ad arbitrato (non avendo essa – a differenza dell'Italia – effettuato un'opzione, come foro competente, per il Tribunale internazionale di diritto del mare o per la Corte internazionale di giustizia).

L'istituzione di un tribunale arbitrale ai sensi della CNUDM avrebbe il vantaggio, per l'Italia, di poter chiedere contestualmente al tribunale di disporre, come misura provvisoria, la sospensione del procedimento penale in corso in India e la consegna dei fucilieri ad uno Stato terzo. Nelle more della costituzione del tribunale arbitrale, tale richiesta potrebbe essere sottoposta per motivi d'urgenza alla decisione del Tribunale internazionale di diritto del mare; anche se, una volta eventualmente concessa, essa andrebbe poi confermata dal tribunale arbitrale, il quale potrebbe pur sempre revocarla o modificarla.

Di contro, il ricorso a un tribunale arbitrale ai sensi della CNUDM avrebbe per l'Italia il grave inconveniente di porre a giudizio le sole questioni relative alla violazione ad opera dell'India delle norme della CNUDM – l'art. 97 e, forse, l'art. 92 della Convenzione –, pur se non è da escludere del tutto che il tribunale arbitrale possa prendere in considerazione l'argomento della violazione dell'immunità funzionale (avvalendosi dell'art. 293 della CNUDM che, quanto al diritto applicabile nel giudizio di una controversia, si riferisce oltre che alle norme della Convenzione, a qualsiasi norma di diritto internazionale non

incompatibile con la Convenzione stessa). Come s'è detto, però, le pretese italiane di escludere la giurisdizione penale dell'India in base alla CNUDM sembrano poco fondate e difficilmente sostenibili; sicché v'è il rischio consistente che il tribunale arbitrale finisca per dar torto all'Italia, non ravvisando nel comportamento indiano alcuna violazione delle norme di diritto del mare invocate dall'Italia.

A differenza dell'arbitrato previsto dalla CNUDM, il deferimento della controversia alla Corte internazionale di giustizia sembra difficilmente praticabile. Non è infatti utilizzabile il meccanismo della cosiddetta giurisdizione obbligatoria della Corte, disciplinato dall'art. 36, paragrafo 2, dello Statuto della Corte. Com'è noto, l'Italia non ha infatti formulato la necessaria dichiarazione di accettazione della competenza della Corte. Né sarebbe possibile per l'Italia arrivare unilateralmente alla Corte sollevando la questione dell'applicazione del *SUA Act* e, quindi, della violazione della Convenzione IMU del 1988 sulla repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima. Tale Convenzione prevede bensì, all'art. 16, la possibilità del ricorso unilaterale all'arbitrato o alla Corte internazionale di giustizia, ma è l'India – in questo caso – ad aver apposto una riserva sull'art. 16 e a non essere pertanto obbligata a sottoporsi al giudizio della Corte (o di un tribunale arbitrale). In aggiunta, se anche fosse stato (o si rivelasse) possibile per l'Italia sottoporre la controversia alla Corte internazionale di giustizia o ad un tribunale arbitrale sulla base della Convenzione del 1988, e anche ammesso che l'applicazione del *SUA Act* ai due “marò” venisse giudicata in contrasto con la Convenzione, ciò molto probabilmente non servirebbe comunque a precludere l'esercizio della giurisdizione penale da parte dell'India, ma soltanto a sanzionare ed escludere l'applicazione del *SUA Act*.

Certo, a parte le (limitate) vie di ricorso unilaterale a giurisdizioni o arbitrati internazionali, vi sarebbe la possibilità di arrivare ad un arbitrato internazionale (o alla Corte internazionale di giustizia) in virtù di un apposito *compromis*. Ma per arrivare alla conclusione di un compromesso *ad hoc* sarebbe ovviamente necessario che vi fosse il consenso dell'India; il che allo stato attuale delle cose sembra un'ipotesi irrealistica o quanto meno lontana.

Discorso non molto diverso vale per la possibilità di esperire metodi “diplomatici” o “ibridi” di regolamento della controversia. Considerata l'incertezza della soluzione di merito cui potrebbe pervenirsi a seguito di un giudizio che applichi esclusivamente il diritto internazionale (diritto internazionale generale e disposizioni convenzionali rilevanti), la ricerca di una soluzione diplomatica potrebbe in effetti risultare conveniente per entrambi gli Stati parti.

Più che alla mediazione ad opera di uno Stato terzo o di organizzazioni internazionali, il tipo di controversia tra Italia e India sembrerebbe prestarsi ad un meccanismo quale l'istituzione di una commissione di conciliazione o, ancor meglio, un *ruling* (una sorta di "arbitrato diplomatico") del Segretario generale delle Nazioni Unite, come quello avutosi per la vicenda dell'affondamento della nave *Rainbow Warrior*. È però noto che simili metodi o procedure di regolamento si concretizzano molto raramente nelle relazioni internazionali, ed ovviamente presuppongono l'accordo tra le parti.

Considerato ciò, il negoziato bilaterale diretto con l'India sembrerebbe, nonostante tutto, la via meno improbabile da perseguire per tentare di arrivare ad una soluzione che tenga conto – almeno in parte – degli interessi e delle ragioni dell'Italia.

D'altra parte, tale via – come quella che potrebbe condurre ad un metodo "diplomatico" implicante l'interposizione di un terzo (mediazione, commissione di conciliazione, o *ruling* del Segretario generale dell'ONU) – esigerebbe comunque preliminarmente, da parte dell'Italia nei confronti dell'India, un'azione di persuasione insistente e, al contempo, convinta delle buone ragioni giuridiche delle pretese italiane.

Il problema è che tale azione, fino ad ora, è decisamente mancata.

Bibliografia

CARACCILO, GRAZIANI, *Il caso dell'Enrica Lexie alla luce del diritto internazionale*, in *La Comunità internazionale*, Quaderni Nuova Serie - Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, quaderno 13, 2013

CONFORTI, *In tema di giurisdizione penale per fatti commessi in acque internazionali*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, Forum, 2013.

CURTI GIALDINO, *Il caso dei fucilieri di marina in India: una "Caporetto" diplomatica, politica e giudiziaria*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 3 aprile 2013.

FARINELLI, *Profili giuridici della recente controversia tra Italia e India sul caso dei fucilieri del Battaglione San Marco*, in *La Comunità internazionale*, 2013, pp. 461-488.

RONZITTI, *La difesa contro i pirati e l'imbarco di personale militare armato sui mercantili: il caso della Enrica Lexie e la controversia Italia-India*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 1073-1115.

EBOLI, PIERINI, *'The Enrica Lexie Case' and the Limit of the Extraterritorial Jurisdiction of India*, in *Quaderni Europei*, Online Working Paper 2012/n. 39, marzo 2012.

GUILFOYLE, *Shooting Fishermen Mistaken for Pirates: Jurisdiction, Immunity and State Responsibility*, in *European Journal of International Law: Talk*, 2 marzo 2012

RONZITTI, *The Enrica Lexie Incident. Law of the Sea and Immunity of State Officials Issues*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, pp. 3-22.

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Materiali, Il caso dei marò*.

© Giuseppe Palmisano, maggio 2014.

Citazione: G. PALMISANO, *Sull'applicazione del diritto internazionale al caso dei "marò"*, in *L'Italia e l'applicazione del diritto internazionale. Rassegna dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, diretta da G. Palmisano e O. Ferrajolo, n. 1: 2012-2013, Roma, 2014, <http://www.larassegna.isgi.cnr.it/il-caso-sullapplicazione-del-diritto-internazionale-al-caso-dei-marò/>