

Israele comprendono alcuni obblighi *erga omnes*», definendo questi ultimi, come già nella sua sentenza *Barcelona Traction* del 15 febbraio 1970¹¹, quali obblighi che « per loro stessa natura "riguardano tutti gli Stati" » e « considerata l'importanza dei diritti in questione tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti ». « Gli obblighi *erga omnes* violati da Israele », ha precisato la Corte, « sono l'obbligo di rispettare il diritto di autodeterminazione del popolo palestinese » nonché alcuni obblighi di « diritto internazionale umanitario » (§ 155). Quanto al principio di autodeterminazione, la Corte ha ribadito, richiamando la sua sentenza relativa al caso di *Timor orientale* del 30 giugno 1995¹², che « "è ineccepibile" » l'affermazione secondo cui « "il diritto all'autodeterminazione, come si è evoluto a partire dalla Carta e dalla prassi delle Nazioni Unite, ha un carattere *erga omnes*" » (§ 156). Riguardo al diritto internazionale umanitario, la Corte, riprendendo il suo parere sulla *Licenzia delle armi nucleari* dell'8 luglio 1996¹³, ha confermato che « moltissime norme di diritto umanitario applicabili ai conflitti armati sono così fondamentali per il rispetto della persona umana e di "elementari considerazioni di umanità" » che « devono essere osservate da tutti gli Stati, abbiano o meno ratificato le convenzioni che li contengono, trattandosi di principi intrasgressibili del diritto internazionale consuetudinario » (§ 157). « Data la natura e l'importanza dei diritti e degli obblighi coinvolti » nella specie, a giudizio della Corte, « tutti gli Stati hanno l'obbligo di non riconoscere la situazione illecita derivante dalla costruzione del muro nei Territori palestinesi occupati » nonché « l'obbligo di non prestare aiuto o assistenza » ad Israele « nel mantenimento della situazione prodotta dalla costruzione del muro ». Per di più, a giudizio della Corte, « tutti gli Stati, nel rispetto della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale umanitario » erano tenuti ad « assicurare che ogni ostacolo, derivante dalla costruzione del muro, all'esercizio da parte del popolo palestinese del proprio diritto all'autodeterminazione cessasse ». Da ultimo, secondo la Corte, « tutti gli Stati parti » alla IV Convenzione di Ginevra « hanno l'obbligo... di garantire il rispetto da parte di Israele del diritto internazionale umanitario racchiuso in tale Convenzione » (§ 159).

262. Sentenza della Corte di assise di Roma del 25 ottobre 2007 n. 21/07 nel caso Lozano. (Calipari)

Il 4 marzo 2005 due funzionari del Sismi, N. Calipari e A. Carpani e la giornalista G. Sgrera venivano colpiti da colpi di arma da fuoco mentre viaggiavano a bordo di un'aereo verso l'aeroporto di Bagdad in seguito alla liberazione della giornalista, sequestrata il 4 febbraio 2005 e tenuta in ostaggio fino a quel giorno da un gruppo terroristico verosimilmente islamico. N. Calipari rimaneva ucciso e gli altri due passeggeri riportavano lesioni. I colpiti erano stati sparati da un posto di blocco « non programmato » statunitense, precisamente dal militare L. M. Lozano. La Procura della Repubblica presso il tribunale di Roma ha subito attivato le indagini e ha chiesto al Ministro della giustizia di formulare una richiesta di procedimento ai sensi dell'art. 10 cod. pen. concernen-

¹¹ *Supra*, § 232.

¹² *Supra*, § 27.

¹³ *Supra*, 54; *infra*, § 277.

te la commissione di reati da parte di cittadini stranieri contro cittadini italiani in territorio italiano, richiesta che il Ministro ha accolto. Il 19 giugno 2006 il Procuratore della Repubblica ha formulato la richiesta di rinvio a giudizio di Lozano. Il giudice dell'udienza preliminare ha qualificato il reato come reato politico ai sensi dell'art. 8 cod. pen., come tale punibile a prescindere dalla presenza di Lozano in territorio italiano. Intanto una Commissione congiunta italo-statunitense si era conclusa con due documenti distinti, uno degli Stati Uniti e l'altro dell'Italia. Gli Stati Uniti escludevano che i giudici italiani avessero giurisdizione. La questione è stata sottoposta alla Corte di assise di Roma, che ha emesso la sua sentenza il 25 ottobre 2007¹⁴.

La Corte ha anzitutto precisato il « contesto » in cui i fatti del processo si inserivano, e cioè « l'operazione iniziale di occupazione del territorio irakeno... posta in essere dalle forze armate degli USA e del Regno Unito in regime di conflitto armato », rispetto ai quali « gli altri Paesi, che aderirono successivamente alla Forza multinazionale nel frattempo costituitasi, pur avendo assunto la veste di potenze occupanti, potevano operare sotto il comando unificato della Autorità della Coalizione », in particolare l'Italia la cui « partecipazione... era stata collocata nella nozione di "non belligeranza" dal Consiglio Supremo di Difesa ». Si trattava dunque di « un contesto qualificabile come conflitto armato inteso in senso lato, di presenza di forze multinazionali sotto l'egida dell'ONU per missioni umanitarie in uno Stato sostanzialmente occupato » (p. 561).

La Corte ha quindi precisato che « la pronuncia di difetto di giurisdizione non comporta alcuna abdicazione o rinuncia dello Stato italiano al proprio potere giurisdizionale, ma si inserisce, viceversa, nell'alveo del principio indefettibile di reciprocità e di rispetto della prassi internazionale, nonché dell'applicazione degli stessi principi, inseriti nei trattati internazionali cui l'Italia ha aderito nel contesto dell'art. 10 della Costituzione ».

Con riguardo all'art. 10 Cost. la Corte ha ribadito che « il costituente ha previsto un semplice rinvio alle norme internazionali e quindi anche consuetudinarie, che diventano così cogenti mediante un procedimento speciale (appunto di rinvio) », procedimento con cui, riguardo ai trattati, « di solito non vengono riformulate le norme di diritto internazionale, ma è l'ordine di esecuzione di un trattato, che di solito viene fatto con legge, che ratifica il trattato stesso non riformulando le norme ivi contenute » e « ritenuto, dalla prevalente dottrina, da preferire soprattutto per le norme internazionali *self-executing* direttamente applicabili come la consuetudine », mentre per le norme non *self-executing*, « certamente meno frequenti, va seguito il procedimento ordinario che comporta un'attività integratrice da parte degli organi statuali ». La Corte ha concluso sul punto che « sulla diretta applicabilità delle norme consuetudinarie internazionali nel nostro ordinamento non sembrano sussistere dubbi, anche, secondo alcuni autori, nel caso in cui esse siano addirittura in contrasto con la Costituzione » (p. 562).

La Corte è quindi passata ad esaminare la questione della sussistenza o meno della giurisdizione italiana, premettendo un esame dei criteri di giurisdizione seguiti nella prassi internazionale, e cioè i criteri di universalità, di territorialità, di nazionalità attiva e di nazionalità passiva. Secondo la Corte, « tutti i criteri elencati sono riconosciuti e re-

¹⁴ In *RDI*, 2008, pp. 558-570.

cepi dal diritto internazionale», anche se quello dell'universalità «sembra potersi applicare soltanto a fatti che offendono beni di valore umano ed universale» e quello della nazionalità passiva «benché non vietato», e più recentemente accolto soprattutto rispetto al terrorismo e alla criminalità organizzata, ancora «è visto con un certo disfavore» in quanto «fonte di possibili conflitti e turbativa dell'ordinamento internazionale» (p. 563).

Secondo la Corte, «non esiste alcun rapporto gerarchico tra i criteri applicabili in via generale», ma ciò non vuol dire che una gerarchia, ed anzi un criterio esclusivo, non viga *specificamente* nella situazione di conflitto armato e in particolare di presenza di forze multinazionali in territorio occupato. «Vi è infatti una norma consuetudinaria di diritto internazionale», ha osservato la Corte, «che si richiama al principio cosiddetto della bandiera», un principio giuridico «incontestato, che può vantare un'applicazione secolare... secondo il quale i contingenti militari, che si trovano all'estero in regime di guerra o di pace, rispondono in via esclusiva alle proprie leggi ed allo Stato di appartenenza» («legge dello zaino»). Ne deriva che in caso di «più Stati partecipanti congiuntamente ad un'operazione bellica, ciascuno ha giurisdizione sul proprio contingente senza interferenza» (p. 564).

La giurisdizione esclusiva dello Stato nazionale è del resto accolta, secondo la Corte, anche dagli *Status of Force Agreements* (Sofa) e in particolare dal modello di Sofa redatto nel 1990-1991 dal Segretario generale delle Nazioni Unite per le operazioni di *peace-keeping*: un modello che «ha rappresentato la guida, il punto di riferimento per tutte le operazioni, una sorta di norma quadro o cornice, che recepisce, ancora una volta, il criterio del diritto di bandiera», in particolare all'art. 47, e che «ha recepito la norma consuetudinaria sotto il duplice profilo della esclusione della giurisdizione territoriale e della soggezione dei militari ai rispettivi Stati di invio». Ad opinione della Corte, non regolando le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1483 e 1511 del 2003 il problema della giurisdizione, in Iraq «si applicava... il richiamato modello generale di risoluzione del 1991». Ad avviso della Corte «il primo Sofa che riguarda l'Iraq, è proprio la risoluzione [del Consiglio di Sicurezza] n. 1546/2004, poiché di essa fanno parte integrante, sia la lettera del primo Ministro del Governo provvisorio iracheno Ayad Allawi, che presitò il consenso alla ulteriore permanenza delle forze ONU in Iraq, sia la lettera del segretario di Stato degli USA Colin Powell, richiamata formalmente nel testo della risoluzione con la specificazione che di essa fa parte integrante». La Corte ha dichiarato che «in questa lettera si ribadisce quanto evidenziato nel richiamato modello e cioè il contenuto, l'essenza stessa di un Sofa che deve disciplinare, tra l'altro, l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti dei membri delle forze multinazionali» aggiungendo che «si precisa nel testo che gli Stati partecipanti hanno la responsabilità dell'esercizio della giurisdizione sul proprio personale» espressione «chiara» e tale da non prestarsi «ad interpretazioni anche perché in armonia con i precedenti richiamati», in particolare nel senso che gli Stati invianti «assumono la responsabilità, ma non l'obbligo, di procedere, come è... nei sistemi anglosassoni, in cui non è prevista l'obbligatorietà dell'azione penale» (pp. 565-568). Anche l'*Order* n. 17 del 27 giugno 2004 dell'Autorità Provisoria della Coalizione stabiliva che «"tutto il personale della forza multinazionale e dell'Autorità Provisoria della Coalizione... è sottoposto alla giurisdizione esclusiva del rispettivo Stato di invio"» precisando che «"gli Stati di invio del personale della MNF hanno

diritto di esercitare all'interno dell'Iraq la giurisdizione penale e disciplinare loro conferita dalla legge dello Stato di invio"» (p. 569).

Secondo la Corte, «è intuitivo... e confermato dalla prassi, che nessun paese consente volentieri a che i propri cittadini alle armi, inviati all'estero per ragioni umanitarie e quindi normalmente con finalità non aggressive, ma allo scopo di assicurare equilibri internazionali per contribuire al mantenimento della pace, siano assoggettati alla giurisdizione di un altro Stato soprattutto in rapporto a quelle condotte». Ad avviso della Corte, si tratta di «un criterio logico... difficilmente contestabile e non riconducibile a forzature da parte di alcuni paesi che giocano un ruolo più importante nello scacchiere mondiale» ed anzi «è proprio il richiamo al regime di bandiera che pone gli Stati partecipanti alla missione, in una situazione paritaria» in quanto «ciascuno giuridica i propri militari per i reati commessi ai danni di altro Stato facente parte della stessa forza multinazionale».

Quanto al problema se la risoluzione del Consiglio di sicurezza 1546 fosse direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, la Corte, richiamando l'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite e la l. 17 agosto 1957 n. 848 esecutiva della Carta, ha affermato che tale risoluzione «rientra certamente tra le norme cosiddette *self-executing*, tenuto conto delle espressioni letterali usate e della prassi», condividendo del tutto la tesi espressa in dottrina «in forza della quale "l'ordine di esecuzione di un trattato istitutivo di una determinata organizzazione, in quanto copre anche la parte del Trattato che prevede la competenza di quella organizzazione ad emanare decisioni vincolanti, già attribuisce a queste ultime piena forza giuridica interna", sicché la risoluzione «anche in assenza di qualsiasi atto di esecuzione... avrebbe avuto efficacia nel nostro ordinamento». In ogni caso, la risoluzione era stata resa esecutiva dal d.l. 24 giugno 2004, convertito con l. 30 giugno 2004, confermato dal d.l. 28 giugno 2005, convertito con l. 31 luglio 2005, e dal d.l. 31 gennaio 2007 convertito con l. 29 marzo 2007 (p. 567).

Infine, poiché «tutti i Sofa prevedono che i membri delle Forze siano da una parte sottratti alla giurisdizione dello Stato occupato e dall'altra sottoposti a quella dello Stato di origine, che sarà responsabile degli individui appartenenti alla propria forza» ne consegue secondo la Corte che «il mancato esercizio della giurisdizione esclusiva da parte dello Stato di invio non comporta la possibilità che subentrino una giurisdizione concorrente». In altri termini, «la giurisdizione esclusiva è rimane tale, anche se non processualmente esercitata». D'altro canto, la Corte ha tenuto a precisare che in ogni caso «la primaria giurisdizione degli Stati Uniti è stata in qualche modo esercitata» in seguito ai lavori della Commissione paritetica di inchiesta italo-statunitense, che si erano conclusi con due documenti distinti: uno di parte italiana e uno di parte statunitense. La discrezionalità dell'azione penale nei paesi di *common law*, infatti, comporta che la valutazione della Commissione è un provvedimento con il quale gli Stati Uniti hanno assunto la responsabilità «di non procedere nei termini che la nostra procedura intende». Secondo la Corte «le norme consuetudinarie e le risoluzioni ONU esaminate, pur demandando la giurisdizione allo Stato di invio, non obbligano e non possono obbligare lo Stato stesso a svolgere un formale processo, ma soltanto ad adottare una decisione conforme al proprio ordinamento interno» (pp. 569-570). La Corte ha quindi dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di Lozano per carenza di giurisdizione.

La sentenza della Corte d'assise è stata successivamente impugnata in cassazione sia dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma (anche su richiesta del-

Le parti civili (Calipari) sia dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma e dalla parte civile Srenea. La Corte di cassazione si è pronunciata con sentenza del 24 luglio 2008 n. 31171 respingendo gli argomenti della Corte d'assise ma confermando, « con le opportune rettificazioni », il difetto di giurisdizione del giudice italiano¹⁵.

Anzitutto, la Corte di cassazione ha caratterizzato « lo stazionamento sul territorio iracheno di contingenti militari appartenenti alla MNF, tenuto conto del contesto storico e internazionale in cui le operazioni di intervento erano inscrite... almeno a partire dalla Risoluzione n. 1546, nell'ambito delle missioni di pace (*peace support operations*) *forumeri*, a seconda del prevalere di taluni aspetti (la sicurezza, la stabilità, la tutela dei diritti umani ecc.) rispetto al mero mantenimento della pace: tutte caratterizzate, peraltro, nonostante il moltiplicarsi e la diversità delle situazioni di crisi internazionali, anche non belliche o postbelliche, dal consenso dello Stato ospitante (*Host State*), dal significato, dalla pluralità e complessità delle funzioni e degli obiettivi perseguiti anche di politica internazionale, sulla base del meccanismo previsto dal Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite » (§ 2.2). Quindi, « a fronte del descritto modalità organizzativo, multinazionale e multifunzionale, della missione di pace autorizzata dalle Nazioni Unite in Iraq, difficilmente riconducibile ai classici schemi di occupazione bellica elaborati nel passato, appare davvero inadeguato il riferimento fatto nel caso in esame dalla Corte d'assise di "passiva" dello Stato italiano, giusta la nazionalità delle vittime del fatto criminoso (art. 8 e 10 cod. pen.; art. 13 d.l. 19/1/2005 n. 3, conv. in l. 18/3/2005 n. 37), ad un principio riconosciuto e direttamente applicabile in virtù dell'art. 10, 1° comma, Cost., in quanto virtualmente riconosciuto e direttamente applicabile in virtù dell'art. 10, 1° comma, Cost., in all'estero, in caso di occupazione, bellica o non, transito e stazionamento di truppe straniere sul territorio di uno Stato, la giurisdizione civile e penale per gli illeciti commessi dal proprio personale in quel territorio ». Infatti, « osservavano... le Sezioni Unite penali di questa Corte, già con sentenza del 28/11/1959, *Meiner* (in *Giust. pen.*, 1960, III, 481; *add. Cass.*, Sez. II, 30/1/1959, P.M. in proc. *Parker*, *hij.*, 1959, III, 424 e Sez. II, 15/4/1959, *Kropich*, *ivi*, 1960, III, 22) che l'evolversi dei rapporti internazionali dopo il secondo conflitto mondiale, con la conseguente creazione di basi permanenti nel territorio di altri Stati, "... ha determinato la progressiva limitazione del principio della c.d. giurisdizione della bandiera ("*ubi signa et iurisdictionis*", "*la loi suit le drapeau*"), in forza del quale veniva riconosciuto allo Stato d'origine, o della bandiera, "*ne impediatur officium*", e cioè ad assicurargli la disponibilità dei propri reparti, il diritto di esercitare la giurisdizione sulle proprie truppe dislocate in territorio estero e perciò esenti da quella dello Stato occupato od ospitante ». Secondo la Corte « con tale storica sentenza, come nella Convenzione di Londra del 19/6/1951... concernente lo statuto dei militari appartenenti alle forze armate della NATO dislocate in territorio alleato (c.d. *NATO SOFA*), il tradizionale principio immunitario di personalità attiva, "a tutela della funzione e non della

persona", per i reati commessi dall'organo militare nell'espletamento del servizio — "*on official duty*" —, veniva limitato rispetto al principio di territorialità: "accanto alla già esclusiva giurisdizione della bandiera, è riconosciuta quella dello Stato di soggiorno", prevedendo l'art. VII del Trattato Nord Atlantico un più sofisticato sistema di riparto e regolamentazione delle priorità fra le due giurisdizioni concorrenti ». In tal senso del resto, la Corte ha sottolineato, « si sono altresì pronunciati sia la Corte costituzionale (n. 96 del 1973 e n. 446 del 1999), sia taluni giudici di merito (G.i.p. Trib. Trento, 13/7/1998, *Ashby* e altri, nel caso *Cernis*, in *Cass. pen.*, 1999, 3588)¹⁶ » (§ 3).

Passando alla questione della rilevanza nel caso di specie dei SOFAs, la Corte ha constatato che « con riguardo alla frammentarie dichiarazioni dei moderni modelli delle missioni di pace istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite sono cresciute... le difficoltà di identificazione del quadro delle fonti normative, nazionali o internazionali, applicabili alle condotte penalmente illecite del personale dei plurimi contingenti militari, operanti anche per conto di organismi soprannazionali, e ciò soprattutto in considerazione della multinazionalità della forza impiegata in una medesima missione, della portata del mandato internazionale che ne legittima l'operato, del tipo e dell'effettività della catena di comando, del ruolo delle regole d'ingaggio e di altre variabili, anche in rapporto alla singola o alle diverse nazionalità dei militari autori dell'illecito e al margine di applicazione riservato alla giurisdizione locale ». È per questo, secondo la Corte, che « trova oggi... ampia diffusione la prassi internazionale di disciplinare patteggiatamente il dispiegarsi di immunità funzionali e il sistema di riparto della giurisdizione penale, mediante un nucleo di norme regolatrici dello *status* del personale dei contingenti militari impegnati nelle operazioni militari all'estero, incorporate in più ampi accordi stipulati fra gli Stati contribuenti alla Forza Multinazionale e lo Stato di soggiorno delle truppe: accordi bilaterali o multilaterali denominati *SOFAs* — *Status of Forces Agreements* —, diretti a risolvere i problemi che possono insorgere dalla convivenza delle leggi dello Stato di invio e di quello di destinazione in ordine alle condotte criminose poste in essere dal personale della Forza Multinazionale nell'espletamento del servizio ». Ed « assume indubbio rilievo, in questa logica consensuale, il modello di riferimento per la stesura di siffatti accordi costituito dal *Model SOFA ONU* (*Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations*) adottato dalle Nazioni Unite nel 1990 (Rapporto del Segretario Generale, Doc. A/45/594, 9 ottobre 1990), che stabilisce l'immunità dalla giurisdizione locale e la competenza esclusiva sui militari dello Stato di appartenenza per ogni reato commesso nello Stato di destinazione, nel corso di un'attività finalizzata all'adempimento dei propri doveri, escludendo radicalmente la competenza di quest'ultimo (art. VI, § 46, 47-b, 48), seguito dal *Model Agreement* del 1991 tra l'ONU e i Paesi membri che contribuiscono al personale delle missioni (Doc. A/46/185, 23 maggio 1991, art. VIII) », modello al quale « sembra sostanzialmente ispirarsi, d'altra parte, anche la specifica disciplina dettata dalla Risoluzione n. 1546 del Consiglio di Sicurezza, dalle annesse lettere 5/6/2004 del Primo Ministro iracheno e del Segretario di Stato USA e dalle disposizioni dell'*Order* n. 17, sopra richiamate, circa lo *status*, le immunità e la giurisdizione esclusiva dello Stato d'invio del personale della MNF (c.d. *SOFA Iraq*) ». Ne deriva che « gli accordi bilaterali o mul-

¹⁵ In http://www.cortediassesezione.it/Documenti/31171_Iraq.pdf.

¹⁶ *Supra*, § 185.

tilaterali detti *SOFAs*, anche nella più articolata versione di una regolamentazione del riparto e della priorità della giurisdizione (quali esempi di "shared jurisdiction", v. l'art. VII dell'Accordo di Londra del 1951 tra i Paesi della NATO e l'art. 17 del *Model SOFA UE* stipulato il 17 novembre 2003 tra gli Stati membri dell'Unione Europea), sono diretti, pertanto, a disciplinare, convenzionalmente e nel dettaglio, i rapporti per così dire "verticali" tra lo Stato di invio e lo Stato di destinazione, escludendo, in linea di principio, la competenza "territoriale" di quest'ultimo in favore dell'esclusiva giurisdizione "attiva" dello Stato di appartenenza per i fatti illeciti commessi nell'espletamento del servizio dai componenti del contingente militare». Tuttavia, « nonostante la tendenziale riserva di giurisdizione a favore dello Stato d'invio rivelata dalle prassi internazionali, non è dato ancora ravvisare l'esistenza di un riconosciuto principio consuetudinario internazionale ovvero di accordi *ad hoc* o *SOFAs*, che dettino speciali ed esplicite regole di riparto "orizzontale" della giurisdizione fra gli Stati partecipanti alla Coalizione o alla Forza Multinazionale operante nel territorio di un altro Stato ». La Corte ha precisato che « non risulta affermato con chiarezza nel sistema di diritto internazionale lo *status* dei contingenti multinazionali nei loro rapporti reciproci, né tantomeno l'esclusiva attribuzione della giurisdizione allo Stato di appartenenza di ciascun contingente militare, con carattere di prevalenza su ogni altro criterio concorrente di collegamento, come quello della giurisdizione "passiva", neppure nei più drammatici casi — come nella specie — di "danni collaterali" o di "fuoco amico", cioè di condotte criminose, dolose o colpose, in danno di membri del contingente militare o comunque cittadini di altro Stato, contribuente e alleato nella medesima missione di pace: zone grigie, queste, caratterizzate dall'emersione di problematiche nuove e controverse per l'evidente coinvolgimento di una pluralità di ordinamenti » (§ 4).

La Corte ne ha dedotto, anche qui respingendo quanto affermato dalla Corte d'assise, « l'irrelevanza, ai fini della controversa questione di giurisdizione, del problema attinente alla pretesa natura *self-executing*, o non, nell'ordinamento italiano della Risoluzione del Consiglio Sicurezza n. 1546 del 2004, pur dovendosi rilevare che l'opzione negativa sembra preferibile alla luce della prassi legislativa italiana che richiede una norma di adattamento interno, soprattutto se ne debbano conseguire effetti indiretti in materia penale, ostandovi la riserva di legge *ex art. 25, 2ª comma Cost.* (Cass., Sez. I, 8/7/1994, *Barcol*, in *Girv. it.*, 1995, II, 232) » (§ 4).

Rivelatasi « inadeguata l'analisi condotta dalla Corte d'assise », la Corte di cassazione ha quindi ritenuto che « il fondamento del primato esclusivo della giurisdizione "attiva" degli USA debba rinvenirsi nel principio consuetudinario di diritto internazionale che sancisce la "immunità funzionale" (*ratione materiae*), dalla giurisdizione interna dello Stato straniero, nella specie quello italiano, dell'individuo-organo il quale, come l'imputato Lozano, soldato del contingente militare statunitense facente parte della *MNF*, operante in Iraq sotto l'egida del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ma sotto il "controllo effettivo" della struttura di comando dello Stato d'invio (v., in proposito, Corte eur. d. uomo, 31/5/2007, nei casi *Behrani* e *Saramati c. Francia* ¹⁹), abbia agito *iure imperii* nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo a un posto di blocco » (p. 10). Infatti, secondo la Corte, « costituisce... principio di fonte internazionale

consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale generale preesistente (Corte cost., n. 48 del 1979 ¹⁹), in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, 1ª comma, Cost., e prevalentemente, in quanto tale, sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *iure imperii* dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti ». Ad avviso della Corte « l'esistenza di una siffatta norma consuetudinaria di diritto internazionale e la sua operatività nel nostro ordinamento non sono revocabili in dubbio, poiché il principio della immunità funzionale, pure nella nozione "ristretta" o "velativa", limitata cioè alle sole attività che, a differenza di quelle "iure gestionsis", sono espressione diretta e immediata della funzione sovrana degli Stati, tra le quali ontologicamente rientrano le attività eseguite nel corso di operazioni militari, ha trovato ampio e incontrovertito riconoscimento, fin dal risalente e famoso caso *McLeod* del 29 dicembre 1837, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, interna e internazionale », come risulta dalla « costante giurisprudenza nazionale di legittimità », dalle decisioni di altre Corti supreme europee, della Corte europea dei diritti dell'uomo, del Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e della Corte internazionale di giustizia (§ 5).

Del resto, secondo la Corte, « la regola (autonoma e distinta da quella sulla "immunità personale" o *ratione personae*, di cui beneficiano tradizionalmente alcuni organi dello Stato, temporaneamente ma per qualsiasi atto da essi compiuto finché rivestono il relativo ruolo, perciò insussettabile di interpretazioni estensive o analogiche: Cass., Sez. III, 17/3/1997 n. 1011, P.M. in proc. *Ghotti*, rv. 210861; Sez. III, 17/9/2004 n. 49666, P.M. in proc. *Djukanovic*, rv. 230222 ²⁰), costituisce il naturale corollario del principio, pure consuetudinario, sull'immunità "ristretta" degli Stati dalla giurisdizione straniera per la responsabilità civile derivante da attività di natura ufficiale, *iure imperii*, materialmente eseguite dai suoi organi ». Infatti « ogni Stato, indipendente e sovrano, è libero di stabilire la propria organizzazione interna e individuare le persone autorizzate ad agire per suo conto, sicché, una volta determinate la qualità di organo e la sua competenza, le relative condotte individuali esprimono l'esercizio di una funzione pubblica e sono imputabili allo Stato, comportandone, senza indebite interferenze da parte dei tribunali di un altro Stato, solo la responsabilità per l'eventuale illecito internazionale da far valere nei rapporti fra lo Stato lesso e lo Stato responsabile, a garanzia dell'assetto strutturale della stessa comunità e delle relazioni internazionali nel rispetto delle reciproche sovranità fra gli Stati ("per in parem non habet imperium/jurisdictionem") ». A giudizio della Corte « l'immunità, quale regola generale (nei procedimenti civili), è enunciata sia nella Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, sia nella più recente Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 dicembre 2004 (entrambe non ratificate dall'Italia), redatte secondo il metodo della "lista" delle "commercial exceptions" con riguardo ad attività di tipo privatistico » e comunque « restano... escluse dalla c.d. *tour exception*, e perciò dalla sfera di

¹⁷ *Supra*, § 155.

¹⁸ *Ibidem*, § 291.

¹⁹ *Supra*, § 131.

²⁰ *Supra*, § 3.

applicazione di entrambe le Convenzioni. Le azioni o le omissioni produttive di lesioni personali e danni, imputabili alle forze armate di uno Stato straniero stanziate sul territorio di altro Stato, vieppiù in situazioni di conflitto armato, che continuano ad essere regolate da "the rules of customary international law" (v. Part. 12 della Convenzione di New York... e l'art. 31 della Convenzione di Basilea). Infine, « il principio dell'immunità funzionale sembra... espressamente confermato dallo Statuto della Corte penale internazionale... che, pur sancendo l'irrilievanza delle qualifiche ufficiali e delle immunità delle persone chiamate a rispondere davanti ad essa (art. 27), esige peraltro la cooperazione o il consenso dello Stato terzo o dello Stato d'invio per la rinuncia all'immunità e per la consegna da parte dello Stato territoriale della persona ricercata, come nel caso di militare appartenente al contingente dello Stato d'invio (art. 98) » (§ 5).

Stabilita l'applicabilità dell'immunità funzionale, la Corte si è chiesta se essa potesse venir meno ove si configurasse il reato ascritto all'imputato come un crimine internazionale. La Corte ha infatti ribadito, riferendosi all'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri, che « è... ricostruibile una più recente tendenza evolutiva, sia nella dottrina internazionalistica che in una parte ancora minoritaria della giurisprudenza interna, diretta a contrastare la più ampia applicazione della regola consuetudinaria sull'immunità dello Stato estero, relativamente alla responsabilità civile derivante dall'attività illecita compiuta *in re imperii* da un suo organo, oltre che sull'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo autore del medesimo illecito, prospettandocene la "cedevolezza" laddove gli atti siano stati eseguiti in violazione di norme di diritto internazionale cogente, come in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, per essersi l'individuo-organo reso colpevole di "crimini internazionali", a garanzia di valori fondanti la comunità internazionale nel suo insieme ». « D'altra parte », ha proseguito la Corte, « pur dovendosi dare atto della prevalenza dell'opposta tesi, che al più ammette deroghe solo di fonte convenzionale, come per il genocidio o la tortura, alla dottrina dell'immunità dello Stato, "as the current rule of public international law" (House of Lords, 14/6/2006, nel caso *Jones*²¹, e 24/3/1999, nel caso *Pinochet III*²²; Corte suprema del Canada, 15/12/1995, nel caso *McEldiney*; Corte suprema dell'Ontario, 1/5/2002, nel caso *Bouzari*; C. eur. d. uomo, 21/11/2001, *Al Adani* c. *Regno Unito*, 21/11/2001²³, *McElhinney* c. *Irlanda*, 12/12/2002, *Kalogeropoulou* c. *Grecia e Germania*, 14/12/2006, *Markovic* c. *Italia*²⁴; C.I.G., 14/2/2002, caso del *Manruntija*²⁵, § 58; Trib. pen. intern. per la ex Jugoslavia, 10/12/1998, caso *Furundjija*²⁶), merita di essere sottolineato che nelle più attente decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (21/11/2001, *Al Adani* e 12/12/2002, *Kalogeropoulou*, cit.) si avverte, tuttavia, che ciò "does not preclude a development in customary international law in the future". Pertanto « può... ritenersi (condividendosi, sul punto, le lucide argomentazioni dei più recenti arresti delle Sezioni Unite civili: n. 5044 del 2004²⁷,

nn. 14199²⁸ e 14201 del 2008²⁹...) che sia "in via di formazione" una consuetudine internazionale la quale, in considerazione del carattere cogente e imperativo delle norme di diritto internazionale umanitario ("peremptory norms of general international law", nella dizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati), che impongono il rispetto dei diritti umani fondamentali, e della concreta lesività di "valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali", è diretta a limitare l'immunità dalla responsabilità civile dello Stato estero, il cui organo, pur nell'esercizio di un'attività *in re imperii*, come in situazioni belliche, si sia tuttavia reso autore di atti di gravità tale da "minare le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli" (Corte cost. di Urgheria, n. 53 del 1993), configurabili perciò come "crimini internazionali". Riprendendo quanto già affermato nelle due decisioni richiamate per ultimo la Corte ha sostenuto che « dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, conseguono, come logico corollario, che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *jus cogens*, quindi alla garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini lesivi dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana, "per il suo contenuto assiologico di meta-valore" nella comunità internazionale, rispetto agli interessi degli Stati all'uguaglianza sovrana e alla non interferenza, rappresentando la violazione di quei diritti fondamentali "il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità", in altre parole l'"abuso di sovranità" dello Stato » (§ 6).

La Corte ha precisato che « anche sul diverso piano del regime della responsabilità penale individuale per talune fattispecie di crimini contro l'umanità, crimini di guerra o atti di genocidio commessi dall'individuo-organo di uno Stato estero, pure nell'esercizio di funzioni ufficiali, questa Corte suprema ha affermato, in armonia con le risalenti decisioni pronunciate nei confronti di criminali nazisti dai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, dalla Corte suprema israeliana il 29/5/1962 nel caso *Eichmann*³⁰ e da altre Corti supreme interne, l'imprescrittibilità dei reati e, in considerazione del criterio di collegamento della nazionalità delle vittime o del luogo di commissione del delitto ovvero in forza della universalità della giurisdizione *ex art. 7 n. 5 cod. pen.*, ha ritenuto pacificamente sussistente la giurisdizione passiva o per taluni versi universale. E ciò sull'assorbente rilievo che l'esecuzione di un barbaro eccidio di prigionieri inermi, in violazione del diritto bellico e dei più elementari principi umanitari dello *jus gentium*, nel pur inadeguato quadro di riferimento vigente all'epoca dei fatti (Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulle leggi e gli usi di guerra terrestre e marittima), anteriore al regime delle regole del diritto umanitario bellico di cui alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due Protocolli addizionali del 1977, recava ontologicamente "le stimate" della riconoscibile contrarietà ai più elementari principi di umanità e della clamorosa criminalità dello sterminio di massa (Trib. Supr. Mil., 25/10/1952, *Kappler*; Cass., Sez. I pen., 16/11/1998 n. 1230, *Priecke e Hass*, per l'eccidio delle Fosse Ardeatine³¹,

²¹ *Supra*, § 204.

²² *Supra*, § 189.

²³ *Supra*, § 201.

²⁴ *Infra*, § 265.

²⁵ *Supra*, § 191.

²⁶ *Supra*, § 127.

²⁷ *Supra*, § 202.

²⁸ *Supra*, § 206.

²⁹ *Supra*, § 205.

³⁰ *Supra*, § 252.

³¹ *Supra*, § 255.

Sez. I pen., 8/11/2007 n. 4060/08, *Sommer*, per la strage di Sant'Anna di Stazzena) » (§ 6).

Si trattava a questo punto di stabilire se il reato attribuito all'imputato fosse configurabile come crimine internazionale « idoneo a paralizzarlo, insieme con l'immunità funzionale dell'imputato, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice penale italiano ». La Corte ha subito condiviso l'opinione della dottrina secondo cui « i crimini individuali di natura propriamente internazionale hanno una struttura complessa, nel senso che essi, anche se si sostanziano in fattispecie costituenti reati per il singolo ordinamento penale nazionale (es. omicidio), presentano, rispetto agli schemi di parte speciale dei vari codici penali, un *quid pluris* costituito da uno o più elementi tipici, soggettivi e oggettivi, atti a trasformarli qualitativamente e ad elevarli a rango autonomo di delitti lesivi degli interessi e dei valori della comunità internazionale nel suo insieme ». « Dovendosi certamente escludere », ha proseguito la Corte, « la configurabilità, nella specie, di un "crimine contro l'umanità", inserito in un contesto di pratica diffusa e sistematica contro la popolazione civile di cui l'autore abbia consapevolezza...», mette conto di rilevare, quanto alla categoria dei "crimini di guerra", che si qualificano tali le violazioni gravi ("grave breaches") del diritto umanitario nei conflitti armati, a tutela della vita e dell'integrità fisica e psichica delle persone, appartenenti in particolare alla popolazione civile, che in quel contesto non prendono parte alle ostilità » e « la cui repressione è affidata sia alle giurisdizioni penali interne degli Stati contraenti (sulla base dei tradizionali criteri della territorialità, della personalità attiva o passiva e della universalità), sia ai Tribunali penali internazionali *ad hoc* (per la ex Jugoslavia e per il Ruanda) sia alla Corte penale internazionale ». Con riguardo al caso di specie, « in particolare, mette conto di rilevare che: è espressamente vietato dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, nei confronti dei civili e delle persone che non partecipano direttamente alle ostilità, l'omicidio in tutte le sue forme ("murder of all kinds", § 1 a), l'art. 147 della IV Convenzione annovera nella lista delle infrazioni gravi, per le quali il precedente art. 146 impegna le Parti contraenti a deferire gli autori ai propri tribunali o a consegnarli ad un'altra Parte interessata al procedimento ("aut dedere aut judicare", secondo il principio di complementarità della giurisdizione), l'omicidio intenzionale ("wilful killing"); infine, l'art. 85 del I Protocollo addizionale qualificava infrazioni gravi gli atti commessi intenzionalmente che provocano la morte o lesioni gravi all'integrità fisica o alla salute di persone coinvolte in attacchi alla popolazione civile ». Anche « l'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale statuisce, a sua volta, che s'intendono per "crimini di guerra" (per cui la Corte ha competenza a giudicare, in particolare se commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala) gli atti posti in essere contro le persone protette dalle norme delle Convenzioni di Ginevra, costituenti "gravi violazioni", fra i quali l' "omicidio intenzionale" (2)(a)(i) e, nei conflitti armati internazionali, "dirigere intenzionalmente attacchi contro civili che non partecipano direttamente alle ostilità" (2)(b)(i), o, nei conflitti armati non di carattere internazionale — escluse le situazioni interne di disordini e tensioni —, le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, fra le quali gli "atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio" (2)(c)(i), o "dirigere intenzionalmente attacchi contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità" (2)(e)(i): fattispecie, queste, per le quali si esige, quale indefettibile elemento costituti-

vo, la consapevolezza da parte dell'autore del crimine delle circostanze fattuali che fissano lo stato di protezione della vittima secondo le leggi internazionali regolatrici del conflitto armato » (§ 7).

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto, « ai fini della dedotta questione di giurisdizione, che sia evidente la sproporzione di scala fra la vicenda in esame (nei termini fattuali della imputazione omicidaria contestata al Lozano, come stabilizzatasi all'esito dell'udienza preliminare) e le caratteristiche soggettive ed oggettive del "crimine di guerra", con riguardo sia alla definizione di "grave breaches" nelle citate norme di diritto umanitario dei conflitti armati, sia alle più recenti prassi giurisprudenziali interne (per l'Italia, v. G.u.p. Trib. mil. Roma, 9/5/2007, nel caso di uso delle armi da parte di militari italiani di stanza in Iraq contro un'ambasciata irachena e il personale addetto, con la conseguente uccisione di civili; per la Spagna, v. Tribunal Supremo, 11/12/2006 e Audiencia Nacional, 13/5/2008, nel caso dell'attacco intenzionale e indiscriminato da parte di un carro armato statunitense contro l'Hotel Palestine a Baghdad, ove erano notoriamente alloggiati giornalisti della stampa internazionale, con la conseguente uccisione di un giornalista spagnolo José Manuel Couso) ». Infatti, « sembrano ostare, in linea di principio, alla configurabilità di un odioso e inumano atto ostile contro civili e quindi del "crimine di guerra", nonostante l'indubbia tragicità degli eventi lesivi in danno di persone estranee al conflitto armato iracheno, la concreta dimensione storico-fattuale dell'episodio (l'approssimarsi del veicolo, con a bordo i due funzionari italiani e la giornalista liberata, in avvicinamento veloce al posto di blocco per raggiungere l'aeroporto militare di Baghdad; la localizzazione del checkpoint all'intersezione fra due strade di accesso all'aeroporto, già oggetto di ripetuti attacchi terroristici; la situazione obiettiva di massima allerta dei soldati in servizio al posto di blocco, in attesa del corteo dell'ambasciatore USA in Iraq; l'ora notturna) e il carattere isolato e individuale dell'atto. E ciò a prescindere da ogni valutazione di merito, in questa sede inammissibile, circa la pur richiesta, piena consapevolezza — da parte dell'autore — delle circostanze fattuali dalle quali poter desumere lo statuto di protezione delle vittime, nonché in ordine alla effettiva necessità militare e alla proporzionalità dell'attacco, e alla corretta osservanza degli ordini e delle regole d'ingaggio ». Né, del resto, poteva « considerarsi priva di significato la circostanza che neppure la pubblica accusa ha mai preso in considerazione l'ipotesi che nella vicenda in esame potesse configurarsi un "crimine di guerra" » (§ 7). La Corte ha così concluso a favore del difetto della giurisdizione penale italiana, condannando la ricorrente parte civile al pagamento delle spese processuali (§ 8).

5. Rappresaglie belliche

263. Sentenza della Camera di prima istanza del Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia del 12 giugno 2007 nel caso *Martić*:

M. Martić, Presidente all'epoca dei fatti della Repubblica di Krajina — una regione della Croazia che il 1° aprile 1991 si era autoproclamata indipendente —, fu deferito nel 1995 dal Procuratore del Tribunale penale per la ex Jugoslavia dinanzi al medesimo, con l'accusa di aver commesso vari crimini di diritto internazionale, fra cui attacchi illeciti