

# Oxford Public International Law

## **Lozano (Mario Luiz) v Italy, Appeal Judgment, Case No 31171/2008, ILDC 1085 (IT 2008), 24th July 2008, Italy; Supreme Court of Cassation; 1st Criminal Section**

**Date:** 24 July 2008

**Content type:** Domestic court decisions

**Jurisdiction:** 1st Criminal Section

**Citation(s):** Case No 31171/2008  
(Official Case No)

ILDC 1085 (IT 2008) (OUP reference)

**Product:** Oxford Reports on International Law [ORIL]

**Module:** International Law in Domestic Courts [ILDC]

**Parties:** Mario Luiz Lozano  
Italy

**Judges/Arbitrators:** Paolo Bardovagni (President); Cristina Siotto; Giovanni Canzio (Rapporteur); Grazia Corradini; Paola Piraccini

**Procedural Stage:** Appeal Judgment

**Previous Procedural Stage(s):**

Trial proceedings; *Lozano v Italy*, Court of Assize of Rome, Case No 21/2008; (2008) *Rivista di diritto internazionale* 558; 3 January 2008

### **Subject(s):**

Privileges — Immunity from jurisdiction, *ratione materiae* — Immunity from jurisdiction, state officials — Crimes against humanity — Torture — War crimes — Customary international law — Peremptory norms / *ius cogens* — Jurisdiction of states, extra-territorial — Jurisdiction of states, passive personality principle — Armed forces

### **Core Issue(s):**

Whether, under customary international law, the sending state of a military force deployed on the territory of a foreign state had exclusive jurisdiction over all offences, civil and criminal, committed by members of the force.

Whether a US soldier participating in a multinational force enjoyed immunity before Italian courts for acts committed in Iraq in the discharge of his functions.

Whether, under customary international law, state organs enjoyed immunity from foreign jurisdiction in relation to acts committed in an official capacity.

Whether customary international law provided an exception for international crimes to immunity *ratione materiae*.

Whether the killing of an Italian national by a US soldier, who was serving at a checkpoint in Baghdad, amounted to a war crime.

### **Oxford Reports on International Law in Domestic Courts is edited by:**

Professor André Nollkaemper, University of Amsterdam and August Reinisch, University of Vienna.



## **Facts**

**F1** On 4 March 2005, a US soldier, Mr Lozano, stationed on duty at a checkpoint outside Baghdad airport, opened fire at a car, killing an Italian intelligence officer and injuring two other Italian nationals. Italian prosecutors conducted an inquiry into the incident and initiated criminal proceedings against Mr Lozano charging him with voluntary homicide and attempted homicide. Mr Lozano's defence was based mainly on the claim of immunity arising from the fact that he enjoyed the status of an organ of the United States acting in the performance of his duties.

**F2** On 3 January 2008, the Court of Assize of Rome declined jurisdiction over the criminal charges against Mr Lozano. It found that, under customary international law, offences committed by members of a military force deployed on the territory of a foreign state were subject to the exclusive jurisdiction of the sending state. The Court of Assize also based its decision on Resolution 1546, UN Doc S/RES/1546, UN Security Council, 8 June 2004 ('Resolution 1546') and on the Exchange of letters between the Prime Minister of Iraq and the US Secretary of State, UN Doc S/RES/1546 (Annex), 5 June 2004 ('Exchange of Letters') attached to that Resolution. The exchange of letters provided that states participating in the multinational force in Iraq had responsibility for exercising jurisdiction over personnel. The Court of Assize inferred from this that the US had exclusive jurisdiction over acts committed by members of its armed forces in Iraq.

**F3** The prosecutor's office challenged the judgment of the Court of Assize of Rome before the Court of Cassation. The prosecutor's appeal was based, inter alia, on the following arguments: (1) there was no customary international rule conferring on the sending state exclusive jurisdiction over acts committed by members of its military force deployed on the territory of a foreign state; (2) Resolution 1546 and the attached Exchange of letters regulated the issue of jurisdiction over the military personnel only with regard to the relations between Iraq and each sending state but did not prevent a state participating in the multinational force from exercising jurisdiction over acts committed by members of military forces belonging to other participating states.

## **Held**

**H1** Where offences were committed against nationals by members of a military force of a foreign state operating abroad, domestic courts were entitled to assert criminal jurisdiction over such offences on the basis of the passive personality principle. The assertion of criminal jurisdiction on the basis of such principle could not be considered barred by an alleged customary international principle according to which the sending state had exclusive jurisdiction over all civil or criminal offences committed by members of its military force operating on the territory of a foreign state. (paragraph 3)

**H2** The provisions on the status, immunities, and jurisdiction over the military personnel of the multinational force laid down in Resolution 1546 and in the attached Exchange of letters exclusively concerned the relations between the sending state and the host state, as they established that the host state was barred from exercising its territorial jurisdiction over the acts of personnel of the multinational force. Such personnel were subject instead to the exclusive jurisdiction of the sending state. However, there did not seem to be any rule of international law that established the priority of the jurisdiction of the sending state over other bases of jurisdiction that might be invoked by other member states of the multinational force. As a result, no rule of international law prevented a participating state from exercising jurisdiction over acts committed by personnel of the sending state. (paragraph 4)

**H3** Under a well-established rule of customary international law, which was universally accepted both in the prevailing legal literature and in domestic and international judicial decisions, and which was part of Italian law by virtue of Article 10 of the Constitution, 1948 (Italy), *acta iure imperii* performed by organs of a state in the discharge of their functions were covered by immunity and therefore could not be subjected to the civil or criminal jurisdiction of a foreign state. The rule on

immunity *ratione materiae*, which had to be distinguished from that concerning immunity *ratione personae* enjoyed by certain state officials, was simply a corollary to the customary international rule establishing the immunity of a state from the jurisdiction of a foreign state in relation to *acta iure imperii* of its organs. Since each sovereign state was free to determine its internal structure and to designate the individuals acting as state organs, it followed that acts performed by state organs constituted the exercise of state functions and therefore were to be attributed to the state. Consequently, only the state could be held responsible for such acts. (paragraph 5)

**H4** A customary international rule was emerging to the effect that the immunity of a state did not cover acts which qualified as crimes under international law. The rationale behind this exception to immunity lay in the fact that, in case of conflict between the rules on immunity and those establishing international crimes, the latter, being rules of *ius cogens*, had to prevail. (paragraph 6)

**H5** The crimes allegedly committed by Mr Lozano (ie the killing and attempted killing of civilians at a checkpoint in Baghdad) did not amount to a crime against humanity, since they were not part of a systematic and widespread attack against a civilian population. They did not constitute a war crime either, since it was evident that the relevant acts did not meet the objective and subjective elements of such a crime as defined under the pertinent rules of international humanitarian law. In particular, the specific historical and factual context of the event (the vehicle rapidly approaching the checkpoint, the fact that the checkpoint had repeatedly sustained terrorist attacks, the situation of top alert due to the imminent arrival of the US ambassador, the fact that the incident occurred at night) and the isolated and individual nature of the act precluded it from being characterized as a heinous and inhumane hostile act against civilians and therefore as a war crime. (paragraph 7)

**H6** The jurisdiction of Italian courts in respect of the crimes allegedly committed by Mr Lozano was precluded by a customary international rule concerning immunity *ratione materiae* of state organs.

Date of Report: 23 October 2008

**Reporter(s):** Paolo Palchetti

### **Analysis**

**A1** While the Court of Cassation touched upon several issues of international law, its main focus was on the legal regime governing the immunity of state organs from foreign criminal jurisdiction. With respect to this issue, two of the court's findings deserve to be singled out: the scope of the rule on immunity *ratione materiae* of state organs, and the existence of possible exceptions to such immunity in the case of crimes under international law.

**A2** When defining the scope of the rule providing for immunity *ratione materiae* of state organs, the Court of Cassation took the view that this rule applied only to actions falling within the category of *acta iure imperii*. The reasons for limiting the scope of immunity to that category of acts were not clearly stated. The court's view seemed premised on the idea that the rule on immunity *ratione materiae* of state organs was simply a corollary to the rule on state immunity. The inference that the court drew from this premise was that the distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis*, applicable to state immunity, was also relevant in relation to immunity of state organs. The court's view on this point was debatable. If one accepts the commonly held view, as the court itself expressly did (paragraph 5), that the rationale for immunity *ratione materiae* lies in the principle that acts performed by state organs in an official capacity are in fact acts of the state, it does not seem to be relevant whether these acts constitute *acta iure imperii* or *acta iure gestionis*. Provided that they are acts performed by an organ of the state in the discharge of its official functions, they always have to be attributed to the state. Immunity *ratione materiae* should therefore cover both kinds of acts.

**A3** With regard to the question of the existence of possible exceptions to immunity *ratione*

*materiae* of state organs, the Court of Cassation recognized that, under an emerging customary international rule, such immunity must be excluded in respect of acts which constitute crimes under international law. In reaching this conclusion, the court did not rely so much on international practice but relied instead on the assumption that the rules establishing international crimes, being rules of *ius cogens* and therefore having a higher rank, must prevail over the rule granting immunity to state organs. (See also *Germany v Giovanni Mantelli and ors*, Case No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008); (2008) *Rivista di diritto internazionale* 896, 29 May 2008, where the court held that the principle of immunity of a state from the jurisdiction of the forum state did not apply in case of gross human rights violations.) Indeed, to support its findings in the present case, the court expressly referred to its decision in the *Mantelli* case, as well as to its judgment in *Ferrini v Germany*, Case No 5044; ILDC 19 (IT 2004); (2004) *Rivista di diritto internazionale* 540, 11 March 2004—a case again dealing with the distinct question of state immunity.

**A4** The importance assigned to the above-mentioned decisions in the court's reasoning highlighted how, again, the court did not seem to distinguish between state immunity from foreign civil jurisdiction and immunity *ratione materiae* of state organs from foreign criminal jurisdiction. Immunity of state organs was indeed considered by the court simply as a corollary to the principle of state immunity. The assumption that the same legal regime applies to both types of immunity affects, at least in part, the views expressed by the court on the question of the existence of exceptions to functional immunity of state organs. Thus, when considering international practice, the court mainly relied on decisions of domestic and international courts dealing with the distinct question of state immunity. However, while the court may have been right in holding that those decisions support the idea that international law, as it currently stands, contains no well-established customary international rule affirming the non-applicability of state immunity in respect of international crimes, it seemed wrong to draw from that practice the conclusion that the same held true with regard to immunity *ratione materiae* of state organs. This was all the more so if one considers that some of the decisions referred to by the court expressly distinguished the rule on state immunity from that on functional immunity of state organs, thereby suggesting that in the context of functional immunity a different solution might apply to the question of the existence of exceptions to immunity in the case of international crimes (see, for instance, the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Al-Adsani v United Kingdom*, Case No 35763/97 [61], 21 November 2001, and the judgment of the Ontario Superior Court of Justice in the case of *Houshang Bouzari and ors v Iran*, (2002) OJ No 1624; ILDC 175 (CA 2004); (2002) *Canadian Ybk Intl L* 606, 1 May 2002).

**A5** It is remarkable that, by taking the view that international practice does not support the non-application of immunity *ratione materiae* in respect of international crimes, the court clearly contradicted its previous holding in *Ferrini*, where in the court's view it was 'undisputed' that functional immunity of state organs cannot be invoked in respect of such crimes. In that case, the court referred to several treaty rules and judgments of domestic courts that, with the exception of an ambiguous reference to the case of *Attorney-General of Israel v Adolf Eichmann*; 36 ILR 277, 29 May 1962, were not taken into account in the present judgment.

**A6** As in the *Mantelli* case, the court's main argument to support the existence of an exception to immunity in relation to international crimes relied on the prevalence of the rules establishing international crimes over the rules on immunity. Such prevalence was clearly inferred from the *ius cogens* character of the rules establishing international crimes. As is well known, with respect to state immunity the *ius cogens* argument had been criticized on the ground that no real conflict exists between the procedural rule on immunity and the substantive rules establishing international crimes (see H Fox, *The Law of State Immunity* (OUP, Oxford 2002), 525). Whatever the merits of such criticism in the context of state immunity, it seems more difficult to deny the existence of a possible conflict between the international rules criminalizing certain conduct and the rule granting state organs immunity from foreign criminal jurisdiction. This point was aptly stressed by the court, which noted that the need to ensure that crimes against fundamental values of the international

community do not go unpunished must prevail over the principle of equality of states (which constitutes the basis for state immunity) and may therefore justify the non-applicability of the rule on immunity *ratione materiae* in respect of state organs committing international crimes.

**A7** By upholding the non-applicability of immunity *ratione materiae* in respect of international crimes, the Court of Cassation took a clear stance on a question which, under international law, is still uncertain. The strength of this decision in terms of persuasiveness would have been greater had the court stressed that there was already significant practice supporting this view. However, this did not reduce the importance of this decision as a precedent that could contribute to the crystallization of a new customary international rule.

Date of Analysis: 23 October 2008

Analysis by: Paolo Palchetti

#### **Further analysis:**

N Ronzitti, 'Bisogna stipulare accordi specifici per i rapporti interni alle coalizioni' (2008/6) Guida al diritto-II Sole 24 Ore 52

G Serra, 'Corte d'assise di Roma, 3 January 2008, No 21, *Lozano* ("the Calipari case")', (2007) 17 Italian Yearbook of International Law 287

A Cassese, 'La legge e il caso Calipari' (2008) La Repubblica 19, 15 January 2008

#### ***Instruments cited in the full text of this decision:***

##### *International*

Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land (18 October 1907) 36 Stat 2277; 1 Bevans 631; 205 Consol TS 2773; Martens Nouveau Recueil (3d) 461, entered into force 26 January 1910

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (12 August 1949) 75 UNTS 35, entered into force 21 October 1950, Article 3

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (12 August 1949) 75 UNTS 81, entered into force 21 October 1950, Article 3

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (12 August 1949) 75 UNTS 135, entered into force 21 October 1950, Article 3

Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (12 August 1949) 75 UNTS 287, entered into force 21 October 1950, Articles 3, 146, 147

Agreement Between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of their Forces (19 June 1951) 199 UNTS 67, entered into force 23 August 1953, Article VII

European Convention on State Immunity (16 May 1972) 11 ILM 470, Article 31

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (8 June 1977) 1125 UNTS 3, entered into force 7 December 1979, Article 85

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (8 June 1977) 1125 UNTS 609, entered into force 7 December 1979

Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) 1155 UNTS 331; 8 ILM 679 (1969); 63 AJIL 875 (1969), entered into force 27 January 1980, Article 53

Model Status of Forces Agreement for Peace-Keeping Operations, Report of the Secretary-General, UN Doc A/45/594, 9 October 1990, Article VI

Model Agreement Between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to United Nations Operations, Report of the Secretary-General, UN Doc A/46/185, 23 May 1991, Article VIII

United Nations, Secretary-General's Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999

Rome Statute of the International Criminal Court (17 July 1998) UN Doc A/CONF.183/9, entered into force 1 July 2002, Articles 7, 8, 27, 98

Resolution 1483, UN Doc S/RES/1483, UN Security Council, 22 May 2003

Resolution 1500, UN Doc S/RES/1500, UN Security Council, 14 August 2003

Resolution 1511, UN Doc S/RES/1511, UN Security Council, 16 October 2003

Exchange of letters between the Prime Minister of Iraq and the US Secretary of State, UN Doc S/Res/1546 (Annex), 5 June 2004

Resolution 1546, UN Doc S/RES/1546, UN Security Council, 8 June 2004

Order No 17 of the Head of the Coalition Provisional Authority, 27 June 2004

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2 December 2004), Article 12

### *Constitutions*

Constitution, 1948 (Italy), Article 10

### **Cases cited in the full text of this decision:**

#### *International*

##### *European Court of Human Rights*

*McElhinney v Ireland*, App No 31253/96, 21 November 2001

*Al-Adsani v United Kingdom*, App No 35763/97, 21 November 2001

*Kalogeropoulou and ors v Greece and Germany*, App No 59021/00, 12 December 2002

*Markovic and ors v Italy*, App No 1398/03, 14 December 2006

*Behrami and Saramati v France*, App No 71412/01, 31 May 2007

##### *International Court of Justice*

*Arrest Warrant of 11 April 2000, Democratic Republic of the Congo v Belgium*, Merits, Preliminary objections, (2002) ICJ Rep 3; ICGJ 22 (ICJ 2002), 14 February 2002

*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, Djibouti v France*, ICGJ 3 (ICJ 2008), 4 June 2008

### *International Criminal Tribunal for Rwanda*

*Prosecutor v Akayesu*, Judgment of the Trial Chamber, Case No ICTR-96-4-T ICTR, 2 September 1998

### *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*

*Prosecutor v Blaskic*, Judgment of the Appeals Chamber, Case No IT-95-14-AR108bis ICTY, 29 October 1997

*Prosecutor v Furundzija*, Judgment of the Trial Chamber, Case No IT-95-17/1-T ICTY, 10 December 1998

*Prosecutor v Kupreskic and ors*, Judgment of the Trial Chamber, Case No IT-95-16-T ICTY, 14 January 2000

### *Permanent Court of International Justice*

*The Case of the SS 'Lotus'*, Judgment, PCIJ Rep Series A No 10, 7 September 1927

### *Canadian domestic courts*

*Houshang Bouzari and ors v Iran*, (2002) OJ No 1624; ILDC 175 (CA 2004); (2002) Canadian Ybk Intl L 606, 1 May 2002

### *French domestic courts*

*Bucheron* case, Court of Cassation, 16 December 2003

### *German domestic courts*

*Distomo case, S and ors v Germany*, III ZR 294/98; ILDC 389 (DE 2003); (2003) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 3488; 42 ILM 1030 (2003), 26 June 2003

### *Greek domestic courts*

*Germany v Miltiadis Margellos*, No 6/2002, Government Gazette, 1 AED 11–19, 3 March 2003; ILDC 87 (GR 2002), 17 September 2002

### *Hungarian domestic courts*

Decision of the Constitutional Court No 53; (1993) Magyar Közlöny No 147; 12 October 1993

### *Irish domestic courts*

*McElhinney v Williams and Secretary of State for Northern Ireland*; (1996) ILM 275; 15 December 1995

### *Israeli domestic courts*

*Attorney-General of Israel v Adolf Eichmann*; 36 ILR 277, 29 May 1962

### *Italian domestic courts*

*Kappler*, Supreme Military Tribunal; (1953) Rivista di diritto internazionale 193, 25 October 1952

*Parker*, Court of Cassation; (1959) Giustizia penale 424, 30 January 1959

*Knopich*, Court of Cassation; (1960) *Giustizia penale* 22, 14 April 1959

*Meitner*, Court of Cassation; (1960) *Giustizia penale* 481, 28 November 1959

Decision of the Constitutional Court No 96; (1973) *Foro italiano* 2357, 26 June 1973

Decision of the Constitutional Court No 48; (1979) *Rivista di diritto internazionale* 797, 18 June 1979

Decision of the Constitutional Court No 446; (1990) *Rivista di diritto internazionale* 1024, 12 October 1990

*Barcot*, Court of Cassation; (1995) *Giurisprudenza italiana* 232, 8 July 1994

*Ghiotti*, Court of Cassation; (1998) *Studium Juris* 1006, 17 March 1997

*Ashby and ors*, Tribunal of Trento; (1999) *Cassazione penale* 3588, 13 July 1998

*Priebke and Hass*, No 1230, Court of Cassation; (1999) *Rivista di diritto internazionale* 822, 16 November 1998

*Ferrini v Germany*, No 5044; ILDC 19 (IT 2004); (2004) *Rivista di diritto internazionale* 540, 11 March 2004

*Italy v D M (Djukanovic)*, No 49666; ILDC 74 (IT 2004); (2006) *Rivista di diritto internazionale* 568, 17 September 2004

*Borri v Argentina*, No 11225; ILDC 296 (IT 2005); (2005) *Rivista di diritto internazionale* 856, 27 May 2005

*Sommer*, No 4060/08, Court of Cassation, 8 November 2007

*Germany v Giovanni Mantelli and ors*, No 14201/2008; ILDC 1037 (IT 2008), 29 May 2008

#### *Spanish domestic courts*

*Gibson and ors*, No 1240/2006, Tribunal Supremo, 11 December 2006

*Gibson and ors*, Appeal Judgment, Audiencia Nacional, 13 May 2008

#### *United Kingdom domestic courts*

*Regina v Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)*, Appeal Judgment, (1999) *WLR* 827, 24 March 1999

*Jones and ors v Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and ors*, Appeal Judgment, (2006) *UKHL* 26; ILDC 521 (UK 2006), 14 June 2006

To access full citation information for this document, see the Oxford Law Citator record

## **Decision - full text**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Magistrati:

Dott. BARDOVAGNI Paolo — Presidente —

Dott. SIOTTO Cristina — Consigliere —

Dott. CANZIO Giovann — rel. Consigliere —

Dott. CORRADINI Grazia — Consigliere —

Dott. PIRACCINI Paola — Consigliere —

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sui ricorsi proposti dal:

Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma, dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma e da S.G., parte civile;

nei confronti di:

L.M.L., nato a (OMISSIS);

avverso la sentenza della Corte di assise di Roma del 25 ottobre 2007, che dichiarava non doversi procedere nei confronti dell'imputato in ordine al delitto ascrittogli per carenza di giurisdizione.

Letti gli atti, la sentenza impugnata e i ricorsi;

Sentita in pubblica udienza la relazione fatta dal Consigliere Dott. CANZIO Giovanni;

Sentito il Pubblico Ministero, in persona del Sost. Proc. Gen. Dott. MONTAGNA Alfredo, il quale ha chiesto il rigetto dei ricorsi;

Sentiti i difensori delle parti civili: Avv.to Stato BACHETTI Massimo, per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale si è rimesso alle determinazioni della Corte; Avv. GAMBERINI Alessandro, per S.G. e Avv. COPPI Franco per C.V. R., in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sul figlio minore C.F., e per C.S., i quali hanno chiesto l'annullamento della sentenza impugnata;

Sentito il difensore dell'imputato, Avv. BIFFANI Alberto, il quale ha chiesto il rigetto dei ricorsi e la conferma della sentenza impugnata.

## **Fatto**

### ***Ritenuto in Fatto***

**1.** Con decreto del 7/2/2007 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma disponeva il rinvio a giudizio davanti alla Corte d'assise di L.M.L., soldato del contingente militare USA dislocato con la Forza Multinazionale in territorio iracheno, in servizio come artigliere al posto di blocco (istituito la sera del (OMISSIS) al checkpoint (OMISSIS), in corrispondenza dell'intersezione fra la (OMISSIS) in direzione dell'aeroporto di (OMISSIS), in attesa del passaggio del convoglio dell'ambasciatore USA), per rispondere dei reati di omicidio e tentato omicidio in danno di C.N. e

CA.An., funzionari del SISMI in missione in Iraq per la liberazione di S.G., giornalista rapita da un gruppo di terroristi islamici e appena liberata, e della medesima S., per avere, esplodendo numerosi colpi d'arma da fuoco con un mitragliatore automatico contro l'autovettura sulla quale essi viaggiavano, in avvicinamento al posto di blocco e in direzione dell'aeroporto, cagionato la morte di C. e il ferimento di CA. e della S..

La Corte di assise di Roma dichiarava con sentenza del 25/10/2007 non doversi procedere nei confronti del L. per difetto della giurisdizione italiana, sulla base di un triplice rilievo:

- a) innanzi tutto, prevaleva sul criterio di collegamento della giurisdizione "passiva" il principio consuetudinario di diritto internazionale della c.d. "legge della bandiera", direttamente applicabile in virtù dell'art. 10 Cost., comma 1, per cui è attribuita in via esclusiva allo Stato di invio di un contingente militare all'estero la giurisdizione per gli illeciti commessi dal proprio personale in territorio straniero;
- b) il regime di immunità dalla giurisdizione di Stati diversi da quello di invio trovava conferma sia nella risoluzione n. 1546 dell'8/6/2004 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ritenuta self-executing nel nostro ordinamento, sia nelle allegate lettere del Primo Ministro iracheno e del Segretario di Stato USA (coerenti con quanto disposto dall'Ordine 27/6/2004 n. 17 della CPA, confermato dal successivo Ordine n. 100 del 28/6/2004), nelle quali, riconoscendosi la fine dell'occupazione militare da parte dell'Autorità Provvisoria della Coalizione e la ripristinata sovranità statale dell'Iraq a far data dal 30 giugno 2004, s'attribuiva a ciascuno degli Stati partecipanti alla Forza Multinazionale, per la fase di transizione, la responsabilità per l'esercizio della giurisdizione sul proprio personale;
- c) non si profilavano ipotesi di giurisdizione concorrente da parte di altri Stati, in forza di ulteriori criteri di collegamento, quale la territorialità o la nazionalità della vittima, e, in ogni caso, il Dipartimento di Giustizia USA aveva esercitato la giurisdizione primaria, escludendo in concreto la sussistenza di indizi di reità a carico del L. e disponendo la chiusura del caso, ritenendo che il militare avesse agito in conformità alle regole d'ingaggio previste per il posto di blocco.

**2.** Avverso detta sentenza hanno proposto distinti e immediati ricorsi per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma (anche su richiesta del difensore delle parti civili C., motivata per relationem all'allegato parere pro veritate del Prof. Ca.Gi.), il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma e il difensore della parte civile S..

La pubblica accusa, a sostegno della tesi favorevole alla giurisdizione dello Stato italiano, sostiene, con articolati motivi di censura, in parte sovrapponibili ai rilievi critici del Prof. CA.G., che:

- a) non esiste un principio consuetudinario internazionale, definito "legge della bandiera", nè accordi internazionali che prevedano regole di riparto della giurisdizione fra gli Stati partecipanti ad una Forza Multinazionale operante nel territorio di un altro Stato, nel senso dell'esclusiva attribuzione della giurisdizione allo Stato di invio di ciascun contingente militare e con carattere di prevalenza su ogni altro criterio di collegamento;
- b) la Risoluzione ONU n. 1546 del 2004 (che non può considerarsi self-executing nè immediatamente esecutiva nell'ordinamento statale, in assenza di uno specifico atto legislativo interno), le allegate lettere A.— P. e gli Ordini nn. 17 e 100 della CPA si limitavano a stabilire la giurisdizione esclusiva degli Stati membri della MNF, e quindi una sorta di immunità del personale, solo nel rapporto con la giurisdizione territoriale dello Stato di soggiorno, ma non nei rapporti fra gli Stati contribuenti alla MNF;
- c) in numerose leggi statali, emanate fra il 2003 e il 2007 per regolamentare la disciplina delle missioni italiane all'estero, si è stabilita la giurisdizione penale italiana e la competenza

del Tribunale di Roma per tutti i reati commessi in territorio iracheno dallo "straniero" a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti alla missione;

d) con la giurisdizione "attiva" degli USA concorreva quella "passiva" dell'Italia in ragione della nazionalità delle vittime, a norma degli artt. 8 e 10 cod. pen., mentre dal rapporto investigativo delle autorità militari statunitensi non risultava che gli USA avessero esercitato la giurisdizione nel caso concreto.

I motivi di diritto esposti dalla pubblica accusa sono condivisi e sviluppati con ulteriori considerazioni — a sostegno della tesi della giurisdizione italiana — dal difensore della parte civile S., il quale sottolinea la "dimensione assiologica degli interessi protetti", come criterio di determinazione della concorrente giurisdizione "passiva" dell'Italia, in assenza di specifiche norme derogatorie di carattere pattizio, al fine di evitare situazioni di impunità per crimini gravemente lesivi dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'Avvocatura Generale dello Stato, costituitasi per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, si è associata alle richieste della pubblica accusa e della parte civile ricorrente.

**3.** La correttezza della sentenza impugnata è invece sostenuta dal difensore dell'imputato, il quale ha replicato con apposite memorie ai motivi di gravame dei ricorrenti, allegando a sostegno delle proprie argomentazioni i pareri pro ventate del Dr. D.F., consulente di diritto internazionale del Governo della Repubblica Federale di Germania, e del Prof. F.I.L., esperto di diritto penale militare americano.

Dopo avere dato atto del contesto storico — politico e del regime giuridico vigente in Iraq all'epoca dei fatti, la difesa dell'imputato confuta analiticamente i rilievi critici sviluppati dai ricorrenti e ribadisce (anche mediante diffuse citazioni giurisprudenziali e dottrinali):

a) l'esistenza e la rilevanza della norma consuetudinaria sulla c.d.

"legge della bandiera", ai fini dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva allo Stato di invio sul proprio personale partecipante alla Forza Multinazionale operante in Iraq;

b) il riconoscimento di tale giurisdizione in forza della Risoluzione n. 1546 del 2004 del Consiglio di Sicurezza, adottata ai sensi del Cap. 7<sub>χ</sub> della Carta delle Nazioni Unite e perciò vincolante, oltre che recepita nell'ordinamento italiano mediante le leggi di finanziamento della missione in Iraq, nonchè degli Ordini nn. 17 e 100 della CPA, riguardanti lo status del personale degli Stati contribuenti alla MNF;

c) in ogni caso, il primato della giurisdizione "attiva" statunitense in forza della norma di diritto internazionale generale che sancisce "l'immunità funzionale" dalla giurisdizione dello Stato straniero dell'individuo-organo, il quale, come il L., abbia agito iure imperii nell'esercizio delle funzioni militari di guardia e controllo a un posto di blocco;

d) l'insussistenza, nella specie, di eccezioni alla regola dell'immunità funzionale che potrebbero radicare la giurisdizione penale italiana, non configurandosi comunque un "crimine internazionale", per l'evidente assenza nelle modalità del fatto contestato al L. delle caratteristiche di gravità, intensità, arbitrarietà, odiosità ed intenzionalità, proprie dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra;

e) l'avvenuto, effettivo, esercizio della giurisdizione penale nei confronti del L. per i fatti di cui all'odierno processo, da parte della giustizia militare degli Stati Uniti, giusta il parere del Prof. L.F.I. circa i termini e le modalità di investigazione e chiusura del caso.

Il P.G. presso la Corte di cassazione, non condividendo le censure dei ricorrenti, ha concluso per il rigetto dei ricorsi, sull'assunto della immunità funzionale dell'imputato dalla giurisdizione penale

italiana per il compimento di atti eseguiti nell'esercizio delle funzioni militari affidategli.

## **Diritto**

### ***Considerato in Diritto***

#### **1.** La questione di giurisdizione.

La Corte di cassazione è chiamata a rispondere al quesito "se, con riferimento all'uccisione e al ferimento di due funzionari del SISMI, in missione governativa in territorio iracheno per conseguire la liberazione di una giornalista rapita, e della medesima giornalista appena liberata (attinti da numerosi colpi di arma da fuoco esplosi contro l'autovettura sulla quale essi viaggiavano la sera del (OMISSIS) ad un posto di blocco istituito nei pressi dell'aeroporto di Baghdad), reati contestati ad un soldato in servizio al posto di blocco ed appartenente al contingente militare USA, dislocato in Iraq con la Forza Multinazionale, in forza della Risoluzione n. 1546 del 2004 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, sussista, o non, la giurisdizione penale dello Stato italiano".

#### **2.** Il contesto storico — ordinamentale.

Assume preminente rilievo, per l'inquadramento del contesto storico — ordinamentale vigente al momento del fatto omicidiario in Iraq (ove operava fin dal 2003 un contingente militare italiano, nell'ambito della missione umanitaria denominata "(OMISSIS)" di stabilizzazione e ricostruzione postbellica di quel Paese), la Risoluzione n. 1546 adottata l'8/6/2004, alla stregua del Cap. 7<sub>x</sub> della relativa Carta, dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con la quale, richiamate le precedenti Risoluzioni nn. 1483, 1500 e 1511 del 2003, si dava atto della fine della "occupazione" da parte dell'Autorità Provvisoria della Coalizione (CPA) e dell'apertura di nuova fase di "transizione" verso la ripristinata indipendenza e sovranità statale dell'Iraq a far data dal 30 giugno 2004.

Con il consenso del Governo iracheno ed a supporto della transizione politica, veniva confermata l'autorizzazione della Forza Multinazionale (MNF), sotto comando unificato, ad esercitare l'autorità per adottare ogni misura necessaria per contribuire al mantenimento "of security and stability" in Iraq (con l'obbligo per gli Stati Uniti di riferire, per conto della MNF, degli sforzi fatti e dei progressi conseguiti), "in accordarne — si aggiunge — with international law, including obligations under International humanitarian law".

La Risoluzione n. 1546 richiamava, a sua volta, le annesse lettere 5/6/2004 del Primo Ministro iracheno, A.A., e del Segretario di Stato USA, P.C., nelle quali erano fissate le intese dirette ad assicurare il coordinamento fra il Governo iracheno e la Forza Multinazionale.

In particolare, nella lettera di P. si avvertiva che, per contribuire efficacemente alla sicurezza, la MNF doveva continuare a funzionare in un quadro che offrisse al personale lo status di cui aveva bisogno per portare a termine la missione, nel quale gli Stati contribuenti "have responsibility for exercising jurisdiction over the personnel" alla stregua dell'"existing framework"; si aggiungeva, inoltre, che i contingenti militari che formavano la MNF erano impegnati a compiere le loro attività "under the law of armed conflict, including the Geneva Conventions".

In tal senso era anche orientata la disciplina dettata dalla Sez. 2<sub>x</sub> dell'Order n. 17 (confermato dal successivo Order n. 100, Sez. 3<sub>x</sub> p. 8, del 28/6/2004), emanato il 27/6/2004 da B.L.P., rappresentante della CPA, circa lo status del personale civile e militare della MNF, stabilendosi che il relativo personale "shall be immune from Iraqi legal process" (p. 1) e "shall be subject to the exclusive jurisdiction of their Sending States" (p. 3 e 4).

**2.1.** Quanto al regime giuridico del contingente militare italiano che dal 2003 al 2006, insieme ad altri contingenti della coalizione multinazionale a comando unificato, ha partecipato alla missione umanitaria di stabilizzazione e ricostruzione postbellica dell'Iraq, va segnalato il D.L. 24 giugno

2004, n. 160, conv. in L. 30 luglio 2004, n. 207, recante proroga della partecipazione italiana a missioni internazionali, che, insieme con la finalizzazione delle attività operative "nell'ambito degli obiettivi e delle finalità individuati nella Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1546 dell'8 giugno 2004" (art. 1, comma 2), statuisce, fra le disposizioni in materia penale, che "i reati commessi dallo straniero in territorio iracheno, a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti alle missioni ... sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi a danno di appartenenti alle forze armate" (art. 10, comma 2) e che "per i reati di cui al comma 2 la competenza territoriale è del tribunale di Roma" (art. 10, comma 3): disposizioni, quest'ultime, tralasciamente reiterate nei successivi decreti legge sulla partecipazione italiana a missioni internazionali (v., fra gli altri, il D.L. 19 gennaio 2005, n. 3, art. 13, conv. in L. 18 marzo 2005, n. 37, e, da ultimo, del D.L. 31 gennaio 2008, n. 8, art. 5, conv. in L. 13 marzo 2008, n. 45).

**2.2.** 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 inserite, si collocava dunque, almeno a partire dalla Risoluzione n. 1546, nell'ambito delle missioni di pace (peace support operations) delle Nazioni Unite, definite, di volta in volta, peace-keeping, peace-building o peace-enforcement, 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 significativo impiego di personale militare da parte degli Stati contribuenti (Sending States) e, infine, dalla pluralità e complessità delle funzioni e degli obiettivi perseguiti anche di polizia internazionale, sulla base del meccanismo previsto dal Cap. 7<sub>x</sub> della Carta delle Nazioni Unite.

**3.** La "legge della bandiera" ("nello zaino").

### 3. [...]

Orbene, a fronte del descritto modulo 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 Roma, al fine di paralizzare l'operatività del criterio di collegamento della giurisdizione "passiva" dello Stato italiano, giusta la nazionalità delle vittime del fatto criminoso (artt. 8 e 10 cod. pen.; D.L. 19 gennaio 2005, n. 3, art. 13, conv. in L. 18 marzo 2005, n. 37), ad un preteso principio internazionale consuetudinario (c.d. "legge della bandiera"), universalmente riconosciuto e direttamente applicabile in virtù dell'art. 10 Cost., comma 1, in virtù del quale è attribuita in via esclusiva allo Stato di invio del contingente militare 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.

Thus, faced with the multinational, multifunctional organisational features of the peace mission authorised by the United Nations in Iraq described above, which are difficult to relate to the classic schemes of wartime occupation drawn up in the past, it seems totally inappropriate, in order to paralyse the applicability of a criterion of jurisdiction, such as the passive personality principle, which links the jurisdiction of the Italian State to the nationality of the victims of the criminal deed (Articles 8 and 10 Criminal Code; Law Decree n. 3 of 19 January 2005, Article 13, converted into Law n. 37 of 18 March 2005), to refer, as the Court of Assisi in Rome did, to an alleged customary international principle (the so-called "law of the flag"), which is universally recognised and directly applicable by virtue of Article 10(1) of the Constitution, under which the State sending the military contingent abroad, in the event of wartime or other occupation, the transit and stationing of foreign troops within the territory of a State, is exclusively subjected to the civil and criminal jurisdiction for offences committed by its personnel within that territory.

Pure a prescindere dai dubbi espressi dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella remota decisione pronunciata il 7/9/1927 nel caso S.S. Lotus, circa l'effettiva prova dell'esistenza di

"a rule of customary international law which established the exclusive jurisdiction of the State whose flag was flown on board a merchant ship on the high seas", poichè "the principle is not universally accepted", osservavano infatti le Sezioni Unite penali di questa Corte, già con sentenza del 28/11/1959, *Meitner* (in Giust. pen., 1960, III, 481; cui adde Cass. Sez. II, 30/1/1959, P.M. in proc. Parker, ivi, 1959, III, 424 e Sez. II, 15/4/1959, *Knopich*, 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 jurisdictio", "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".

Even aside from the doubts expressed by the Permanent Court of International Justice in its classic decision of 1 September 1927 in the *S.S. Lotus* case, concerning actual evidence of the existence of "a rule of customary international law which established the exclusive jurisdiction of the State whose flag was flown on board a merchant ship on the high seas", since "the principle is not universally accepted", the All Criminal Sections of this Court had already observed, in the judgment dated 28 November 1959, in *Meitner* (in Giustizia penale, 1960, III, 481; to which can be added Cassation Section II, 30/1/1959, Public Prosecutor in Parker proceedings, *ibid*, 1959, III, 424 and Section II, 15/4/1959, *Knopich*, *ibid*, 1960, III, 22), that the development of international relations after the Second World War, with permanent bases consequently being created within the territory of other States, "...brought about a progressive restriction of the principle of the so-called jurisdiction of the flag ("ubi signa et jurisdictio", "la loi suit le drapeau"), under which the right to exercise jurisdiction over a State's own troops located on foreign territory and thus exempt from the jurisdiction of the occupied or host State was recognised to be that of the State of origin, or of the flag, "ne impediatur officium", in order to ensure that it had competence over its own units".

Segnalavano le Sezioni Unite, con tale storica sentenza, come nella Convenzione di Londra del 19/6/1951, ratificata e resa esecutiva con L. 30 novembre 1955, n. 1335, 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.

E in tal senso 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 *Cermis*, in Cass. Pen. 1999, 3588).

**4. I SOFAs (Status of Forces Agreements): il SOFA Iraq.**

**4. [...]**

Con riguardo alla frammentarie declinazioni dei moderni modelli delle missioni di pace istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite sono cresciute — come si è detto — 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 sopranazionali, 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.

Trova oggi, pertanto, ampia diffusione la prassi internazionale di disciplinare pattiziamente 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.

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 statuisce 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).

A siffatto modello 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).

Gli accordi bilaterali o multilaterali 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.

The bilateral or multilateral agreements which are referred to as SOFAs, even in the most cohesive version of unit regulation and priority of jurisdiction (for examples of "shared jurisdiction", see Article VII of the London Agreement of 1951 between NATO Countries and Article 17 of the EU SOFA Model concluded on 17 November 2003 between Member States of the European Union), are, therefore, intended to govern, conventionally and in detail, the so-called "vertical" relations between the sending State and the destination State excluding, as a matter of principle, the "territorial" competence of the latter in favour of the exclusive "active" jurisdiction of the sending State for the unlawful deeds committed in carrying out the service by members of its military contingent.

E però, 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.

Yet, despite the jurisdictional trend in favour of the sending State revealed by international practice, we cannot yet find in existence a recognised customary international principle or ad hoc agreements or SOFAs which dictate special, explicit rules on the "horizontal" partition of jurisdiction between States which are party to the Coalition or the Multinational Force operating within the territory of another State.

S'intende dire, in altre parole, che non risulta affermato con chiarezza nel sistema di diritto internazionale lo status dei contingenti multinazionali nei loro rapporti reciproci, nè 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.

In other words, what is meant is that the status of multinational contingents in their mutual dealings does not appear to be clearly affirmed within the system of international law, and nor is exclusive attribution of jurisdiction to the State to which each military contingent belongs, with priority over all other concurrent criteria for connection, such as the criterion of "passive" jurisdiction, not even in the most dramatic cases — such as in the case in point — of "collateral damage" or "friendly fire", that is of criminal, wilful or negligent conduct injurious to members of the military contingent or, in any event, citizens of another State which is contributing and allied to the same peace mission: these are grey areas marked by the emergence of new, disputed problems due to the evident involvement of a diversity of legal orders.

Donde 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 comma 2 Cost., (Cass. Sez. I, 8/7/1994, Barcot, in Giur. it., 1995, II, 232).

5. L'immunità funzionale (*ratione materiae*) degli organi dello Stato estero.

#### 5. [...]

Anche per quest'aspetto, dunque, in assenza di una solida e riconosciuta consuetudine o di convenzioni internazionali, bilaterali o multilaterali, che disegnino con chiarezza "the legal framework", per quanto riguarda lo status del personale e la sorte delle relazioni "orizzontali" fra gli Stati contribuenti alle missioni internazionali di pace, si rivela inadeguata l'analisi condotta dalla Corte d'assise per giustificare la soluzione ostativa, nel caso di specie, all'operatività del criterio di collegamento della giurisdizione "passiva" dello Stato italiano ex artt. 8 e 10 cod. pen., (dovendosi escludere, in ogni caso, l'applicabilità del D.L. n. 3 del 2005, art. 13, conv. in L. n. 37 del 2005, atteso che nessuno dei cittadini italiani coinvolti nei tragici eventi cagionali dall'azione militare del L. partecipava alla missione di pace in Iraq, essendo il C. e il Ca. funzionari del Sismi incaricati ad hoc della liberazione della S., giornalista sequestrata da terroristi iracheni).

Ritiene, invece, questa Corte 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 *Behrami e Saramati c. Francia*), abbia agito iure imperii nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo a un posto di blocco.

Instead, this court believes that the basis for the exclusive pre-eminence of the "active" jurisdiction of the USA is to be found in the customary principle of international law which provides for "functional immunity" (*ratione materiae*), from the domestic jurisdiction of the foreign State, in the case in point from the jurisdiction of the Italian State, of the individual who, like the accused

Lozano, a soldier in the United States military contingent which is part of the Multinational Force, operating in Iraq under the aegis of the United Nations Security Council but under the “effective control” of the command structure of the sending State (see, in this regard, European Court of Human Rights, 31 May 2007, in the cases of *Behrami and Saramati v. France*), acted *iure imperii* in exercising the functions of guard and control at a road block.

Costituisce, infatti, 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), in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10 comma 1 Cost., e prevalente, 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-organismi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti.

The principle whereby facts and acts carried out *iure imperii* by individuals acting as organs of another State in exercising duties and public functions attributed to them are removed from the civil or criminal jurisdiction of a foreign State constitutes a principle from a customary international source, which is universally accepted by prevalent doctrine and by both national and international case law, incorporated into the Italian legal order as a pre-existing general rule of international law (Constitutional Court, n. 48 of 1979), by virtue of the automatic incorporation procedure set down in Article 10(1) of the Constitution, and, as such, taking priority over the criteria for jurisdiction laid down under domestic rules also of a criminal character.

L'esistenza di una siffatta norma consuetudinaria di diritto internazionale e la sua operatività nel nostro ordinamento non sono revocabili in dubbio, poichè il principio della immunità funzionale, pure nella nozione "ristretta" o "relativa", limitata cioè alle sole attività che, a differenza di quelle "iure gestionis", 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.

The existence of such a customary rule of international law and its effectiveness in our legal order cannot be called into question, since the principle of functional immunity, even in the “restricted” or “relative” notion, in other words restricted to purely those activities which, as opposed to “*iure gestionis*” activities, are the direct and immediate expression of the sovereign function of States, under which activities carried out in the course of military operations ontologically fall, has found broad and undisputed recognition, from as far back as the ancient, famous *McLeod* case of 29 December 1837, in both doctrine and jurisprudence, domestic and international.

A conforto della tesi della permanente validità del principio dell'immunità dalla giurisdizione civile per questa tipologia di atti possono richiamarsi, oltre la costante giurisprudenza nazionale di legittimità (Cass. Sez. Un. civ., nn. 14199 e 14201 del 2008, n. 11255 del 2005, n. 5044 del 2004, n. 8157 del 2002, n. 530 del 2000), le pronunzie di altre Corti supreme europee (17/7/2002 della Corte Suprema greca, 26/6/2003 della Corte federale di cassazione tedesca, 16/12/2003 della Corte di cassazione francese, 14/6/2006 della House of Lords inglese, nel caso *Jones*), gli arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo (21/11/2001, *Al Adsani* c. Regno Unito, 12/12/2002, *Kalogeropoulou* c. Grecia e Germania, 14/12/2006, *Markovic* c. Italia), la decisione 29/10/1997 del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, caso *Blaškić* (*subpoena*) e, infine, la più recente pronunzia della Corte internazionale di giustizia, 4/6/2008, *Gibuti* c. Francia, §§ 185, 194–196 (cui adde, della stessa Corte, la sent. 14/2/2002, *Repubblica democratica del Congo* c. Belgio, caso del *Mandato d'arresto* dell'11/4/2000 nei confronti dell'ex Ministro degli esteri Yerodia, § 58).

In support of the theory of the persistent validity of the principle of immunity from civil jurisdiction for acts of this type it is not only the constant national jurisprudence on legitimacy that can be

called upon, but also (Cassation Civil Section One, nos. 14199 and 14201 of 2008, n. 11255 of 2005, n. 5044 of 2004, n. 8157 of 2002 and n. 530 of 2000), judgments by other European Supreme Courts (17 July 2002 by the Greek Supreme Court, 26 June 2003 by the German Federal Court of Cassation, 16 December 2003 by the French Court of Cassation, 14 June 2006 by the English House of Lords, in the *Jones* case), the judgments by the European Court of Human Rights (21 November 2001, *Al Adsani v. United Kingdom*, 12 December 2002, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 14 December 2006, *Markovic v. Italy*), the decision of 29 October 1997 by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in *Blaškić (subpoena)* and, finally, the more recent judgment by the International Court of Justice of 4 June 2008 in *Djiboutu v. France*, §§ 185, 194–196 (to which can be added, by the same Court, the judgment of 14 February 2002 in *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, and the *Arrest Warrant* case of 11 April 2000 against the former Foreign Minister Yerodia, § 58).

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 finchè rivestono il relativo ruolo, perciò insuscettibile di interpretazioni estensive o analogiche: Cass. Sez. III, 17/3/1997 n. 1011, P.M. in proc. Ghiotti, rv. 210861; Sez. III, 17/9/2004 n. 49666, P.M. in proc. Djukanovic, rv. 230222), 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.

The rule (autonomous and separate from the rule on "personal immunity" or *ratione personae*, from which some State organs traditionally benefit, temporarily but for any acts undertaken by them for as long as they hold the relevant role, and therefore not liable to extensive or analogical interpretation: Cassation Section III, 17 March 1997 n. 1011, Public Prosecutor in Ghiotti proceedings, review 210861; Section III, 17 September 2004 n. 49666, Public Prosecutor in Djukanovic proceedings, review 230222), is the natural corollary of the principle, also customary, of the "restricted" immunity of States from foreign jurisdiction for civil liability resulting from activities of an official nature, *iure imperii*, actually undertaken by its organs.

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 leso e lo Stato responsabile, a garanzia dell'assetto strutturale della stessa comunità e delle relazioni internazionali nel rispetto delle reciproche sovranità fra gli Stati ("*par in parem non habet imperium/jurisdictionem*").

Each independent, sovereign State is free to establish its own domestic organisation and to identify those persons authorised to act on its behalf, so that, once the status of organ and its competence have been determined, the relevant individual conduct constitutes the exercise of a public function and is attributable to the State, and therefore, without undue interference from the domestic tribunals of another State, it can only give rise to the possible responsibility of the State for its internationally wrongful acts, a responsibility which is to be claimed in dealings between the injured State and the responsible State, in order to preserve the structure of the international community and of international relations in the respect of the reciprocal sovereignty between States ("*par in parem non habet imperium/jurisdictionem*").

Va sottolineato altresì che 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.

Restano comunque escluse dalla c.d. *tort exception*, e perciò dalla sfera di 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. l'art. 12 della Convenzione di New York, sulla base dell'opinione resa dal Prof. G. Hafner, Presidente del Comitato ad hoc incaricato di redigere la Convenzione, alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale il 25/10/2005, e l'art. 31 della Convenzione di Basilea).

Il principio dell'immunità funzionale sembra, infine, espressamente confermato dallo Statuto della Corte penale internazionale (ratificato dall'Italia con L. 12 luglio 1999, n. 232), che, pur sancendo l'irrelevanza 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).

6. "Immunità funzionale", "crimini internazionali" e "jus cogens".

#### 6. [...]

E' peraltro 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 *iure imperii* da un suo organo, oltre che sull'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo autore del medesimo illecito, prospettandosene 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.

However, a more recent trend can be discerned, both in international law doctrine and in still a minority part of domestic jurisprudence, which is intended to dispute the wider application of the customary rule on the immunity of the foreign State, which relates to civil liability resulting from the unlawful activity carried out *iure imperii* by one of its organs, as well as to the immunity from criminal jurisdiction of the individual author, acting as organ of the State, of the same unlawful act, positing the existence of an exception to immunity where the acts have been carried out in violation of peremptory rules of international law, as in the field of the protection of fundamental human rights, if the individual is guilty of "international crimes", as a guarantee of the values underlying the international community as a whole.

D'altra parte, 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*, e 24/3/1999, nel caso *Pinochet III*; Corte suprema d'Irlanda, 15/12/1995, nel caso *McElhinney*; Corte suprema dell'Ontario, 1/5/2002, nel caso *Bouzari*; C. eur. d. uomo, 21/11/2001, *Al Adsani* c. Regno Unito, 21/11/2001, *McElhinney* c. Irlanda, 12/12/2002, *Kalogeropoulou* c. Grecia e Germania, 14/12/2006, *Markovic* c. Italia; C.I.G., 14/2/2002, caso del *Mandato d'arresto*, § 58; Trib. pen. intern. per la ex Jugoslavia, 10/12/1998, caso *Furundzija*), merita di essere sottolineato che nelle più attente decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (21/11/2001, *Al Adsani* e 12/12/2002, *Kalogeropoulou*, citt.) si avverte, tuttavia, che ciò "does not preclude a development in customary international law in the future".

Moreover, although having to note the prevalence of the opposing thesis, which, "as the current rule of public international law" (House of Lords, 14 June 2006, in the *Jones* case, and 24 March

1999, in the *Pinochet III* case; Irish Supreme Court, 15 December 1995, in the *McElhinney* case; Supreme Court of Ontario, 1 May 2002, in the *Bouzari* case; European Court of Human Rights, 21 November 2001, *Al Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, *McElhinney v. Ireland*, 12 December 2002, *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, 14 December 2006, *Markovic v. Italy*; ICJ, 14 February 2002, *Arrest Warrant* case, § 58; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 10 December 1998, the *Furundzija* case), at most only allows derogations from the doctrine of State immunity when this is provided for by a treaty, such as for genocide or torture, it is worth stressing that in the more careful decisions of the European Court of Human Rights (21 November 2001, *Al Adsani* and 12 December 2002, *Kalogeropoulou*, *citt.*) it is, however, advised that this "does not preclude a development in customary international law in the future".

Può pertanto ritenersi (condividendosi, sul punto, le lucide argomentazioni dei più recenti arresti delle Sezioni Unite civili: n. 5044 del 2004, nn. 14199 e 14201 del 2008, *citt.*) 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 *iure 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 Ungheria, n. 53 del 1993), configurabili perciò come "crimini internazionali".

It can, therefore, be held (agreeing, on this point, with the lucid arguments of the more recent judgments of the Court of Cassation, All Civil Sections: n. 5044 del 2004 and nos. 14199 and 14201 of 2008, *citt.*) that an international custom is "in the process of being formed" which, in consideration of the cogent, imperative nature of the norms of humanitarian international law ("peremptory norms of general international law", in the wording of Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969), which impose respect for fundamental human rights, and in consideration of the actual harmfulness of "universal values which transcend the interests of the individual State communities", is intended to limit the immunity from civil liability of a foreign State, whose organ, while exercising an *iure imperii* activity, such as in situations of war, has, however, made itself the author of acts of such severity so as to "undermine the very foundations of co-existence between peoples" (Constitutional Court of Hungary, n. 53 of 1993), which can therefore constitute "international crimes".

D'altra parte, 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 pronunziate nei confronti di criminali nazisti dai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, dalla Corte suprema israeliana il 29/5/1962 nel caso *Eichmann* 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 c.p., 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, *Priebke e Hass*, per l'eccidio delle Fosse Ardeatine; Sez. I pen., 8/11/2007 n. 4060/08, *Sommer*, per la strage di Sant'Anna di Stazzema).

Moreover, also on the different level of the legal regime governing individual criminal responsibility for certain crimes against humanity, war crimes or acts of genocide committed by an individual acting as an organ of a foreign State, even in the exercise of official functions, this Supreme Court has affirmed, in keeping with past decisions pronounced against Nazi criminals by the International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo, by the Supreme Court of Israel on 29 May 1962 in the *Eichmann* case and by other domestic Supreme Courts, the non-applicability of statutory limitations to these crimes and, in consideration of the criteria for jurisdiction which are based on the nationality of the victims or on the place where the crime was committed or on the universality of the jurisdiction under Article 7 n. 5 of the Criminal Code, has clearly affirmed the existence of passive jurisdiction or in some cases universal jurisdiction. And it did so on the basis that the carrying out of a barbarous slaughter of defenceless prisoners, in violation of the law of armed conflict and the most elementary humanitarian principles of *jus gentium*, in the albeit inadequate frame of reference in force at the time of the acts (Hague Convention of 1899 and 1907 on laws and customs of war in land and sea), prior to the system of humanitarian law contained in the four Geneva Conventions of 1949 and the two additional Protocols of 1977, ontologically bore the "stigma" of being contrary to the most elementary principles of humanity and of the resounding criminality of mass extermination (Military Supreme Court, 25 October 1952, *Kappler*; Cassation Criminal Section I, 16 November 1998 n. 1230, *Priebke and Hass*, for the Fosse Ardeatine massacre; Criminal Section I, 8 November 2007 n. 4060/08, *Sommer*, for the Sant'Anna di Stazzema slaughter).

Dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, consegue, 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.

From the parallel and contradictory co-existence of the two principles in the international legal order, both of which are general in scope, it follows, as a logical corollary, that, where both principles are simultaneously applicable, the eventual conflict must be resolved on the systematic level of co-ordination and on the basis of the criterion of balancing interests, priority being given to the principle of higher rank and of *jus cogens* character, and therefore to the guarantee that the most serious crimes which violate the inviolable rights of the freedom and dignity of the human being, "due to its assiological meta-value content" within the international community, in respect of the interests of States in sovereign equality and non-interference, the violation of those fundamental rights representing "the breaking point of the tolerable exercise of sovereignty", in other words the "abuse of sovereignty" of the State, shall not go unpunished.

**7.** La non configurabilità, nella specie, del "crimine di guerra".

**7.** [...]

Occorre pertanto chiedersi, a questo punto, se nella vicenda omicidiaria de qua possa, o non, ravvisarsi un crimine internazionale, idoneo a paralizzare, insieme con l'immunità funzionale dell'imputato, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice penale italiano, essendosi già rimarcato come l'applicazione delle norme di diritto internazionale umanitario, incluse quelle della Convenzione di Ginevra, prevista in via generale per le operazioni multinazionali di pace su mandato o autorizzazione delle Nazioni Unite (Bollettino del Segretario Generale, 6 agosto 1999), costituisca oggetto di specifiche clausole della Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1546 del 2004 e dell'annessa lettera di P.: donde l'irrelevanza, a tal fine, della definizione della situazione

irachena, almeno a far data dalla fine dell'occupazione militare in senso stretto, come conflitto armato internazionale o non internazionale.

Si osserva in dottrina — e il rilievo va condiviso — che 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 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 (per la puntuale descrizione di questa figura, v. l'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, nonché Trib. pen. intern. per la ex Jugoslavia, 2/9/1998, caso Akayesu), 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.

Crimini, quest'ultimi, che, già codificati nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei due Protocolli addizionali del 1977 (ratificati dall'Italia con leggi, rispettivamente, del 27/10/1951 n. 1739 e dell'11/12/1985 n. 762), sono altresì analiticamente indicati nel dettagliato elenco di cui all'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, 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.

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 deferirne 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 qualifica infrazioni gravi gli atti commessi intenzionalmente che provochino la morte o lesioni gravi all'integrità fisica o alla salute di persone coinvolte in attacchi alla popolazione civile.

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 costitutivo, 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.

Orbene, ritiene questa Corte, ai fini della dedotta questione di giurisdizione, che sia evidente la sproporzione di scala fra la vicenda in esame (nei termini fattuali della imputazione omicidiaria 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'ambulanza 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).

This Court therefore considers that, for the purposes of the disputed question of jurisdiction, there is an evident disproportion of scale between the matter in question (in the factual terms of the accusation of homicide brought against Lozano, as established at the outcome to the preliminary hearing) and the subjective and objective characteristics of the "war crime", with regard both to the definition of "*grave breaches*" in the cited rules of humanitarian law, and to more recent case law of domestic tribunals (for Italy, see Preliminary Hearing Judge, Military Law Court of Rome, 9 May 2007, in the case of the use of arms by Italian soldiers stationed in Iraq against an Iraqi ambulance and staff in charge, with the consequent killing of civilians; for Spain, see Supreme Court, 11 December 2006 and *Audiencia Nacional*, 13 May 2008, in the case of the intentional, indiscriminate attack by a United States tank against the Hotel Palestine in Baghdad, where journalists from the international press were known to be housed, with the consequent killing of Spanish journalist José Manuel Couso).

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, nonchè in ordine alla effettiva necessità militare e alla proporzionalità dell'attacco, e alla corretta osservanza degli ordini e delle regole d'ingaggio.

The actual historical and factual dimension of the event (the approaching vehicle, with the two Italian officials and the freed journalist on board, speedily nearing the road block in order to get to Baghdad's military airport; the location of the checkpoint at the intersection of two access routes to the airport, which had already been subject to repeated terrorist attacks; the objective situation of soldiers serving at the road block being on maximum alert, awaiting the cortege of the US Ambassador to Iraq; the fact that it was night-time) and the isolated, individual nature of the acts seem, in principle, to stand in the way of this being considered an odious, inhuman hostile act against civilians and therefore a "war crime", despite the undoubted tragedy of the injurious events which the harmed persons disconnected from the Iraqi armed conflict.

D'altra parte, non può affatto 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".

Il reato di omicidio di C. e di tentato omicidio di Ca. e S. è stato invero qualificato dal pubblico ministero prima come delitto "comune" e poi come delitto "politico", commesso dallo straniero all'estero a danno dello Stato e di cittadini italiani, con riferimento alle specifiche condizioni di

procedibilità richieste, rispettivamente, dagli artt. 10 e 8 cod. pen., ma non con riguardo allo spazio di tutela incondizionata consentito dal principio di universalità di cui all'art. 7 cod. pen., n. 5, qualora si fosse invece ravvisata la natura internazionale del delitto secondo la IV Convenzione di Ginevra del 1949.

Nessun cenno al preteso "crimine di guerra" è dato altresì rinvenire nei pur diffusi e articolati motivi di ricorso per cassazione proposti avverso la sentenza impugnata dal Procuratore Generale e dal Procuratore della Repubblica di Roma (cui l'Avvocatura dello Stato si è limitata a prestare adesione).

**8.** Le statuizioni decisorie.

**8.** [...]

A conclusione delle suesposte considerazioni, riguardo al quesito sottoposto al vaglio di questa Corte (enunciato retro, sub 1), può affermarsi il seguente principio di diritto: "Non sussiste la giurisdizione penale dello Stato italiano nè quella dello Stato territoriale, bensì quella esclusiva degli USA, Stato di invio del personale militare partecipante alla Forza Multinazionale in Iraq, in applicazione del principio di diritto internazionale consuetudinario della "immunità funzionale" o *ratione materiae* dell'individuo-organo dello Stato estero dalla giurisdizione penale di un altro Stato, per gli atti eseguiti *iure imperii* nell'esercizio dei compiti e delle funzioni a lui attribuiti: principio non derogabile, nella specie, per l'assenza nelle circostanze e modalità del fatto contestato delle caratteristiche proprie della "grave violazione" del diritto internazionale umanitario, con particolare riguardo alla non configurabilità nel caso concreto di un "crimine contro l'umanità" o di un "crimine di guerra".

"No criminal jurisdiction exists on the part of the Italian State nor on the part of the territorial State, but rather jurisdiction belongs exclusively to the USA, the State sending the military personnel taking part in the Multinational Force in Iraq, in application of the customary international law principle of 'functional immunity' or immunity *ratione materiae* of the individual, acting as an organ of the foreign State, from the criminal jurisdiction of another State, due to acts carried out *iure imperii* in the exercise of the duties and functions ascribed to him or her: a principle which cannot be departed from, in the case in point, due to the absence, in the circumstances and intentions of the disputed acts, of the characteristics of a 'grave violation' of international humanitarian law, with particular regard to the fact that in the actual case the acts committed did not amount to a 'crime against humanity' or 'war crime'."

Di talchè, attesa la priorità esclusiva della giurisdizione degli Stati Uniti in ordine alla fattispecie criminosa de qua, resta assorbita la questione riguardante la verifica dell'avvenuto, effettivo, esercizio da parte dello Stato d'invio, della giurisdizione penale nei confronti del L.: giurisdizione che, secondo il parere del Prof. L.F.I., sarebbe stata comunque attivata nei termini e con le modalità propri del sistema di giustizia penale militare statunitense, concludendosi con una pronuncia analoga ad una sorta di provvedimento di non luogo a procedere, sull'assunto che il soldato avesse agito ("cercando di neutralizzare il veicolo che si stava avvicinando e che era stato percepito dalle forze come una minaccia": nota 19/4/2006 del direttore della divisione criminale, ufficio affari internazionali, del Dipartimento della Giustizia USA) in conformità alle regole d'ingaggio previste per le operazioni di guardia e di controllo al posto di blocco.

Risulta parimenti assorbita l'ulteriore questione in rito, anch'essa pregiudiziale, cui si fa cenno nella narrativa della sentenza impugnata e che è desumibile dagli atti, circa la sussistenza, per il delitto in esame, di una valida condizione di procedibilità, pur dovendo la Corte sottolineare l'anomalia procedimentale per cui, a fronte della formale richiesta 8/3/2005 del Ministro della Giustizia di procedere contro ignoti in ordine a tale delitto, ai sensi dell'art. 10 cod. pen., (delitto "comune" commesso dallo straniero all'estero, per cui occorre l'ulteriore presupposto che egli si trovi nel territorio dello Stato), il G.u.p. del Tribunale di Roma, nel disporre il rinvio a giudizio del L. con

decreto del 7/2/2007, ha qualificato lo stesso, secondo la concorde prospettazione del P.M. e delle PP.CC. circa l'avvenuta lesione di interessi politici dello Stato, sottesi all'incarico governativo di ottenere la liberazione della giornalista rapita, come delitto "oggettivamente politico", per la cui procedibilità, a differenza del delitto comune, l'art. 8 cod. pen., non prescrive, oltre la richiesta del Ministro della Giustizia, la necessaria presenza dello straniero nel territorio nazionale.

In definitiva, la declaratoria di non doversi procedere nei confronti del L. per difetto della giurisdizione penale italiana va confermata, pur con le opportune rettificazioni, nei termini suesposti, del percorso giustificativo delle ragioni della decisione impugnata.

Al rigetto dei ricorsi della parte pubblica e della parte civile segue la condanna di quest'ultima al pagamento delle spese del procedimento, a norma dell'art. 592 c.p.p., comma 1.

**P.Q.M.**

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi e condanna la ricorrente parte civile al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 19 giugno 2008.

Depositato in Cancelleria il 24 luglio 2008

