

## LA CASSAZIONE E IL CASO CALIPARI: QUELLE “BUONE CONSUETUDINI” CHE SALVANO LE “BUONE RELAZIONI”

di Matteo Tondini\* e Federica Bertolin<sup>□</sup>  
(7 settembre 2008)

Il 24 luglio 2008 vengono depositate le motivazioni della sentenza con cui la I Sez. pen. della Corte di Cassazione (sent. n. 31171 del 19 giugno 2008) ha rigettato il ricorso della Procura di Roma avverso la sentenza di non luogo a procedere per difetto di giurisdizione, emessa dalla Corte d'Assise di Roma il 25 ottobre 2007 (sentenza n. 07/21 del 25 Ottobre 2007, in *Guida al diritto*, 2008, 6, 44 ss.). Come noto, il caso esaminato dalla Corte riguarda la morte di Nicola Calipari, il dirigente del SISMI (oggi AISE) ucciso a Baghdad il 4 marzo 2005 dal “fuoco amico” di una pattuglia statunitense, mentre in auto riportava verso l'aeroporto della Capitale irachena la giornalista del “Manifesto” Giuliana Sgrena, rapita e appena liberata dai suoi sequestratori. Nell'episodio veniva ferito un altro funzionario del SISMI, il Magg. Carpani, alla guida dell'autovettura, e la stessa Sgrena. Inizialmente, la mancanza di giurisdizione del giudice italiano sul caso era stata motivata dalla Corte d'Assise sulla base di una consuetudine internazionale (cui il collegio si riferisce come “legge dello zaino”), che in via generale disporrebbe la giurisdizione esclusiva dello stato di bandiera per i corpi di spedizione stazionanti in territorio straniero nel corso di un'occupazione militare. Tale consuetudine (il cui disposto, secondo la Corte d'Assise, è contenuto finanche in una Risoluzione del Consiglio di sicurezza ONU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano), derogherebbe alla norma interna che disciplina l'esercizio dell'azione penale del giudice italiano sull'imputato. Da un lato, la sentenza di Cassazione rigetta questa interpretazione come «davvero inadeguata», poiché la missione militare internazionale in Iraq non opererebbe in regime di occupazione, e poiché, in ogni caso Calipari non ne faceva parte; dall'altro, i giudici rilevano l'assenza di giurisdizione facendo forza su un'ulteriore consuetudine, «che sancisce la “immunità funzionale” (*ratione materiae*), dalla giurisdizione interna dello Stato straniero, nella specie quello italiano, dell'individuo-organo [ossia il militare USA Lozano] il quale [...] abbia agito iure imperii».

---

\* Dottore di ricerca in “Sistemi politici e cambiamento istituzionale” ([m.tondini@gmail.com](mailto:m.tondini@gmail.com)).

□ Avvocato del Foro di Treviso; *Field Officer*, Save the Children Italia ([bertolin.federica@gmail.com](mailto:bertolin.federica@gmail.com)). *I giudizi e le opinioni espressi nello scritto sono esclusivamente dell'autore e non sono in alcun modo riferibili a Save the Children Italia Onlus o a International Save the Children Alliance.*

Si ringrazia il dott. Gianluca Serra per il costruttivo scambio di materiale e vedute sull'argomento trattato.

Cenni sull'inesistenza di tale immunità (ipotesi peraltro già riconosciuta dal GUP come non applicabile nel caso di specie), in mancanza di uno specifico *Status of Forces Agreement* (SOFA) o altro accordo tra tutti gli Stati interessati, sono già stati riportati in un nostro recente commento alla sentenza di Corte d'Assise, pubblicato sul *Forum di Quaderni Costituzionali* (M. Tondini, F. Bertolin, La Sentenza Calipari: *Volenti non fit iniuria?*, 3 aprile 2008, <http://www.forumcostituzionale.it>). A tale intervento si rimanda per ulteriori spunti interpretativi. Qui, si possono invece brevemente evidenziare taluni passaggi carenti nella sentenza di Cassazione, che ha mal interpretato la giurisprudenza presentata dalla difesa e si è cimentata in erronee teorizzazioni di diritto umanitario.

*In primis*, va detto che sebbene la consuetudine sull'immunità funzionale per i militari venga ammessa da autori più che influenti (ad es. Ronzitti e Fleck), tale dottrina è da considerarsi minoritaria. La consuetudine in parola non è difatti deducibile da alcuna giurisprudenza consolidata né da continue e concordanti dichiarazioni ufficiali degli Stati. Inoltre, qualora fosse stata chiara la sua vigenza, prima o poi il principio sarebbe stato codificato in un accordo internazionale (al pari dell'immunità funzionale dei diplomatici, contenuta nella Convenzione di Vienna del 1961), e recepito in provvedimenti di legge. E invece, non v'è né traccia alcuna. Al contrario, proprio nell'incertezza che avvolge la disciplina, è in uso tra gli Stati la prassi di regolare l'esercizio della propria giurisdizione sui militari stranieri mediante un SOFA, il quale, in caso di immunità funzionale degli stessi, non dovrebbe, a rigore, contenere disposizioni vincolanti sull'esercizio della giurisdizione, come invece comunemente accade. Si guardi poi alla giurisprudenza italiana di settore: già nei casi del *Dupleix* (1995) e del *Cermis* (1998), solo per citare i più famosi, i militari stranieri coinvolti sono sfuggiti alla giurisdizione penale italiana invocando il SOFA NATO, e non appellandosi ad alcuna consuetudine sulla propria immunità. Ancora, si prenda il caso *Abu Omar*, pendente a Milano. Assieme ai 25 agenti della CIA, è imputato per sequestro di persona un Colonnello USA. Ebbene, nel processo *de quo* è stata esclusa la citazione in giudizio degli Stati Uniti, ma non l'imputabilità del militare in questione (e degli altri agenti segreti), anche se il medesimo stava agendo *iure imperii* e tanto più che la clandestinità dell'operazione sarebbe da escludersi, vista la parallela co-imputazione dei vertici pro-tempore del SISMI.

Con riguardo alle operazioni militari italiane in Iraq, poi, il nostro Legislatore s'è mosso, come da tradizione, in senso totalmente inverso rispetto all'asserita consuetudine. La legge che conferisce il mandato alla missione, prevede difatti la punibilità per lo straniero che commetta atti «a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti agli interventi e

alle missioni» (da ultimo, art. 5, D.L. 31/1/2008 n. 8, conv. in L. 13/3/2008 n. 45); e neppure è stata sospesa l'applicabilità degli artt. 8 e 10 c.p. nel caso siano colpiti cittadini italiani estranei alle missioni medesime. Tali, secondo la Cassazione, erano i funzionari del SISMI coinvolti nell'episodio. Eppure, poiché Calipari era un agente (non militare) dello Stato italiano in missione ufficiale, la sua morte potrebbe ben rientrare nell'ipotesi di reato commesso «a danno dello Stato» (G. Serra, «La sentenza di Cassazione sul caso Calipari: un'occasione perduta per la tutela dei diritti fondamentali», in *Eurasia*, 2008, pross. pubbl.). Essendo stata anche assolta la condizione di procedibilità (contenuta nella disciplina speciale), costituita dalla richiesta del Ministro della giustizia, non si comprende davvero come l'applicabilità della norma in questione non sia stata valutata dalla Corte.

Del resto, neppure la Cassazione ricostruisce propriamente la consuetudine sull'immunità funzionale dei militari, come conseguenza di quella attribuita agli Stati (*ratione materiae*). La giurisprudenza italiana e internazionale citata dalla Suprema Corte a sostegno di detta ipotesi riguarda difatti principalmente l'esistenza di un principio di immunità dalla giurisdizione civile straniera per i singoli Stati, sulla quale, *nulla quaestio*. All'opposto, solo tre (casi *Ferrini*, *Jones* e *Blaškić*) delle sedici decisioni complessivamente riportate dalla Corte a giustificazione della consuetudine in parola, riguardano nello specifico il tema dell'immunità degli agenti statali come corollario dell'immunità concessa agli Stati. Uno dei tre, il caso *Blaškić*, riguarda l'emissione di un ordine di comparizione a carico del Ministro della difesa croato e non riguarda militari. Nel caso *Ferrini*, la sentenza non sostiene esplicitamente l'esistenza di tale immunità per i militari, ma si limita ad affermare che, poiché della medesima non beneficiano i singoli individui nel caso abbiano commesso crimini internazionali nell'esercizio delle proprie funzioni, *a fortiori*, non possono beneficiarne gli Stati di cui essi siano agenti (par. 11). Inoltre, come ben precisato dai *Law Lords* in *Jones*, l'immunità viene estesa agli agenti dello Stato affinché «the foreign state's right to immunity cannot be circumvented by suing its servants or agents» (par. 10). In tal senso, si ritiene davvero che processare penalmente Lozano avrebbe aggirato il principio di immunità degli USA dalla giurisdizione civile italiana? Il caso *Jones* è anche l'unico, tra quelli citati, che concerne la pretesa immunità di un militare per atti *iure imperii*. All'opposto, il caso *Congo c. Belgio*, concerne il mandato d'arresto nei confronti di un ex Ministro degli esteri, ossia, in maniera analoga a *Blaškić*, riguarda l'immunità di un'ex alta carica statale: principio che le difese, nel processo Calipari, non hanno mai messo in discussione. Tra le sentenze menzionate, quella della Corte internazionale di giustizia in *Gibuti c. Francia* pare addirittura confermare l'esatto opposto di quanto sostenuto dalla

Corte, restringendo l'immunità in parola ai soli diplomatici (par. 194). Ad ogni buon conto, è proprio dall'analisi dei casi citati dalla Corte che si evince una certa ambivalenza nella prassi degli Stati: sempre pronti ad invocare l'immunità dei propri agenti (ancorché non militari, come invece era Lozano) e a restringere quella degli agenti avversari, in caso di bisogno. Prassi e *opinio iuris* paiono quindi frammentate e contraddittorie. Di qui deriva la non asseribilità dell'esistenza della consuetudine in parola.

L'inesistenza di una norma consuetudinaria che giustifichi l'immunità di Lozano si riverbera sul successivo ragionamento della Corte, la quale individua la violazione di «norme di diritto internazionale cogente, per essersi l'individuo-organo reso colpevole di "crimini internazionali"», quale limite all'immunità dei militari. In realtà i reati in parola corrispondono ai limiti per la perseguibilità penale dei capi di Stato e di governo, ovvero dei deputati, dei rappresentanti eletti e dei funzionari statali *latu sensu*, qualora sia stata attribuita loro una qualche immunità, sia sul piano interno o internazionale. A ben vedere però, le norme internazionali in materia non attribuiscono (e qui la Corte pare confondersi di nuovo) a tutti i funzionari dello Stato una qualche immunità, ma si limitano ad affermare che, qualora la medesima sia stata in qualche modo precedentemente conferita, essa non vale in presenza di crimini internazionali (cfr. ad es. art. 7 dello Statuto del Tribunale di Norimberga; art. 4, Conv. Genocidio; art. 7(2) Statuto ICTY; art. 6(2) Statuto ICTR; art. 27, Statuto CPI). Ad ulteriore conferma, si può citare il fatto che i militari possono essere perseguiti da Stati terzi (anche nemici) per crimini di guerra che non costituiscono crimini internazionali, ma semplici violazioni degli usi e costumi di guerra. I crimini di guerra, difatti, sono suddivisi in *violations of the laws or customs of war* e *grave breaches* del diritto dei conflitti armati (Y. Askar, *Implementing Humanitarian Law*, Londra, Routledge, 2004, 74-75). Tali "gravi infrazioni" rappresentano solo una delle diverse categorie di crimini internazionali a cui si riferisce la Corte (le altre, da Norimberga in poi, sono i crimini contro l'umanità e contro la pace, che però non rilevano nel caso di specie).

La confusione tra crimini internazionali e di guerra (sul punto, cfr. A. Cassese, "I crimini di guerra e il caso Calipari", *Repubblica*, 5 agosto 2008, 28) mina poi alla radice tutto il ragionamento della Corte al par. 7, quando essa afferma che l'uccisione di Calipari non è un crimine di guerra perché non è una *grave breach* del diritto umanitario. In secondo luogo, va osservato che il *wilful killing* è, all'opposto, rubricato come "grave infrazione" dalla IV Conv. Ginevra del 1949 (art. 147). Quindi, anche a ritenere esistente l'immunità invocata dalla Corte, l'insussistenza di un crimine internazionale poteva escludersi solamente per via della pur verosimile involontarietà dell'atto commesso da Lozano. Tale

determinazione, comunque, andava più correttamente lasciata al giudice di merito (D. Giovannelli, “*Lex est araneae tela: l’esercizio della giurisdizione U.S.A. e l’accertamento delle violazioni dello ius in bello*”, *Rass. Avv. Stato*, 2008, 269), come accaduto in Spagna nel caso del cameraman (*Jose Couso*) ucciso per errore all’interno dell’Hotel *Palestine* di Baghdad da un carro armato USA: caso che la Corte richiama apertamente, senza tuttavia precisare quali circostanze impedirebbero un’interpretazione analogica con *Calipari*. In *Couso*, difatti, l’esame delle eventuali responsabilità dei tre militari USA coinvolti è stato possibile solo dopo che il *Tribunal Supremo*, nel 2006, aveva acclarato la giurisdizione spagnola (universale) sul caso. Tuttavia, anche qualora si intendesse procedere per un crimine di guerra (internazionale o meno), all’eventuale imputazione di Lozano osterebbe la mancanza di una norma interna italiana che ne preveda la punibilità (i trattati internazionali di diritto umanitario non contengono generalmente norme *self executing*), dopo che la legge di rifinanziamento delle missioni all’estero ha recentemente escluso l’applicabilità del c.p.m.g. (il quale contiene disposizioni sui “reati contro le leggi e gli usi di guerra” al Titolo IV del Libro III) ad ogni intervento militare italiano. Ciò ha portato, ad esempio, al proscioglimento dei tre ufficiali italiani accusati di omissioni nella difesa della base militare italiana di Nassiriya, attaccata dai miliziani islamici nel 2003. Inoltre, a rigore, le norme penali in questione trovano applicazione nei confronti dei militari italiani o nemici, mentre l’applicazione estensiva delle medesime ai militari alleati risulta un’operazione mai intrapresa prima.

Per la seconda volta, in *Calipari*, il giudice italiano si sforza di individuare consuetudini internazionali in deroga alle leggi vigenti, tanto che pare lecito chiedersi se ciò non sia dovuto esclusivamente alla sensibilità del caso, piuttosto che alla “creatività” della Suprema Corte. La mancanza di giurisdizione poteva al più ricercarsi tra le pieghe della lacunosa normativa italiana applicabile al caso di specie. Ciò comunque non avrebbe fatto altro che evidenziare l’ipocrisia che scaturisce dalla partecipazione di contingenti militari italiani a conflitti armati secondo le regole giuridiche proprie dello stato di pace.