



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Sede Consorzata: (da indicare solo se l'attività di ricerca è stata svolta presso un sede consorzata)

Dipartimento di Diritto Comparato

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro

INDIRIZZO: Diritto Internazionale "Alberico Gentili"

CICLO XX

TITOLO TESI

Private Military Companies e Private Security Companies. Problemi di responsabilità internazionale degli Stati.

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Renato Pescara

Supervisore : Ch.mo Prof. Andrea Gattini

Dottorando : Letizia Cinti

DATA CONSEGNA TESI
31 luglio 2008

INTRODUZIONE	5
--------------------	---

PARTE PRIMA

LE ATTIVITÀ MILITARI DI PRIVATI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

CAPITOLO I

Operazioni belliche condotte da privati nel sistema internazionale tra il XIII secolo ed il XIX secolo

1. Introduzione	15
2. Il fenomeno delle rappresaglie private	17
a) Le lettere di marca e di rappresaglia	18
b) Le condizioni alle quali era sottoposta la concessione da parte del sovrano delle lettere di marca e di rappresaglia	22
c) Il regime della responsabilità nella prassi delle rappresaglie private attraverso le lettere di marca e di rappresaglia	24
3. Il fenomeno del « privateering » o guerra di corsa	27
a) La patente di corsa	30
b) La definizione dei rapporti tra i « privateers » e lo Stato che vi faceva ricorso e i riflessi sul regime della responsabilità	32
c) La Dichiarazione di Parigi del 1856 e la successiva scomparsa del fenomeno	38
4. La pirateria	41
5. Il fenomeno del mercenarismo nell'epoca anteriore alla formazione dello Stato moderno	45
a) I mercenari in epoca medievale	45
b) Il mercenarismo tra il XVI ed il XVIII secolo	48
6. Le compagnie commerciali	51
a) Origini e loro espansione nei territori extra-europei	51
b) I rapporti tra le compagnie commerciali e gli Stati europei	54
7. Considerazioni finali. Un'analisi dei soggetti privati attraverso il criterio dell'autorizzazione da parte dell'autorità sovrana. Il controllo da parte dell'autorità sovrana quale elemento necessario ai fini della legittimità dell'ente privato	57

CAPITOLO II

Il regime giuridico dei mercenari nelle guerre di liberazione nazionale del XX secolo e i problemi della sua applicazione ai *contractors* contemporanei

1. Introduzione	61
2. La comparsa dei mercenari nel XX secolo come problema "africano"	63
2.1. La sentenza del Tribunale rivoluzionario popolare di Luanda, in Angola	69
3. La disciplina convenzionale internazionale in tema di mercenari	74
3.1. L'articolo 47 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra	74
3.1. i) I limiti contenuti nella definizione dell'articolo 47	78
3.2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari	84
3.2. i) Una definizione di mercenario "allargata"	86
3.2. ii) Alcune osservazioni	91

4. La normativa sui mercenari sul piano regionale: la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa.....	92
4.1. La struttura della Convenzione OUA.....	94
5. Comparazione e differenze tra le definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni esaminate.....	97
5.1. L'articolo 47: una definizione ristretta applicabile solo in contesti di conflitti armati internazionali.....	97
5.2. L'articolo 1 della Convenzione ONU: una definizione "ampia" valevole solo per gli Stati Parti.....	98
5.3. La Convenzione OAU: la criminalizzazione del mercenario in ambito africano.....	100
5.4. Alcune considerazioni sull'applicabilità delle convenzioni internazionali sui mercenari.....	101
6. L'applicazione delle definizioni di mercenario ai <i>contractors</i>	102
6.1. Il problema dell'applicazione delle definizioni di mercenario ai <i>contractors</i> come affrontato dalla dottrina.....	103
6.2. Critica dell'impostazione adottata in dottrina ed individuazione delle ipotesi in cui è possibile applicare le disciplina dei mercenari ai <i>contractors</i> ...	105
a) <i>Contractors</i> con funzioni di combattimento. Il caso degli Stati africani e di altri Stati appartenenti ad aree geografiche del sud del mondo.	
1. L'intervento dell' <i>Executive Outcomes</i> e della <i>Sandline International</i> in Sierra Leone	
2. L'intervento della <i>Sandline International</i> in Papua Nuova Guinea.	
b) <i>Contractors</i> con funzioni di sicurezza. Caso dei <i>contractors</i> italiani sequestrati in Iraq	
1. Le ordinanze del Tribunale di Bari del 1° ottobre 2004 e del 18 ottobre 2004 relative ai <i>contractors</i> italiani in servizio in Iraq	
6.3. La "novità" delle compagnie militari e della sicurezza private rispetto ai "tradizionali" mercenari come affrontato nell'ambito delle Nazioni Unite. Una nuova definizione di mercenario?.....	117
7. Considerazioni conclusive.....	122

CAPITOLO III

Il regime giuridico applicabile alle compagnie militari private

1. Introduzione.....	125
2. Che cosa s'intende con il termine "outsourcing".....	128
2.1. Le conseguenze più rilevanti che il processo di "outsourcing" militare ha prodotto nei "failed states" con particolare riguardo alle esperienze degli Stati africani.....	130
2.2. I modelli di "outsourcing" militare inglese e tedesco. Il diverso grado di controllo che lo Stato ha mantenuto nel processo di privatizzazione di una parte dei propri apparati militari.....	132
3. Il problema della regolamentazione delle compagnie militari private come affrontato dalla dottrina.....	135
4. Le legislazioni emanate dagli Stati di sede delle compagnie militari private. La legislazione in Sud Africa, negli Stati Uniti, ed il <i>Green Paper</i> britannico.....	137
5. Le legislazioni emanate dagli Stati ospiti delle compagnie militari private. Sierra Leone, Iraq, Kosovo e Afghanistan.....	149
6. La regolamentazione europea concernente l'esportazione di armi e la	

fornitura di assistenza tecnica	160
7. Le iniziative sul piano internazionale che si rivolgono alle imprese multinazionali ed i codici di condotta adottati dalle associazioni di categoria rappresentative del settore militare privato	167
8. Considerazioni conclusive.....	172

PARTE SECONDA

LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STATI PER GLI ATTI DELLE COMPAGNIE MILITARI PRIVATE E DEI SINGOLI CONTRACTORS COMPIUTI IN VIOLAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

CAPITOLO I

La responsabilità dello Stato d'impiego per gli atti compiuti dai contractors

1. Introduzione	175
SEZIONE I. LA DISCIPLINA RELATIVA ALLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI DERIVANTI DAI REGIMI CONVENZIONALI IN TEMA DI MERCENARI	
1. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione ONU, nel caso di impiego di <i>contractors</i> che ricadono nella definizione di mercenario	177
2. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione OAU, nel caso di impiego di <i>contractors</i> che ricadono nella definizione di mercenario	180
SEZIONE II. L'APPLICAZIONE DEL REGIME GENERALE SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI NEI CASI DI IMPIEGO DI COMPAGNIE MILITARI PRIVATE	
1. Introduzione	183
2. Il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato. Un'analisi dei presupposti sulla base dei quali è stato redatto	188
3. Il criterio di attribuzione previsto all'articolo 5 del Progetto si articoli	190
3.1. Il carattere relativo della nozione di "funzione sovrana"	192
3.2. L'attuale processo di "outsourcing" delle attività inteso diversamente dal processo di privatizzazione delle funzioni previsto nel Progetto	192
4. Il criterio di attribuzione previsto all'art. 8 del Progetto di articoli	198
5. Gli obblighi degli Stati di impiego nei confronti delle compagnie militari private	206
5.1. Gli obblighi derivanti dalla tutela dei diritti umani	207
5.1. a) L'obbligo di addestramento	209
6. L'obbligo di istituire dei meccanismi giurisdizionali finalizzati alla punizione dei <i>contractors</i> e delle compagnie militari private per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario compiute nell'ambito dello svolgimento delle attività	211
a) Procedimenti contro i <i>contractors</i> . <i>Il caso Passaro dinanzi alla Corte distrettuale del Nord Carolina, negli Stati Uniti.</i>	
b) Procedimenti in corso contro le compagnie militari private per la violazione di norme interne. i) <i>Saleh et al. v. Titan Corporation R. P.</i> ; ii) <i>Nordan v. Blackwater Security Consulting.</i>	
c) Procedimenti in corso contro le compagnie militari private per la violazione di norme internazionali. i) <i>Atban, et al. v. Blackwater USA et al.</i> ; ii) <i>Estate of A. H. Albazzaz v. Blackwater Worldwide et al.</i>	
6.1. Alcune considerazioni in merito all'obbligo di istituire dei meccanismi	

giurisdizionali	218
6.2. L'inchiesta avviata dalla Commissione del Congresso statunitense riguardante le attività compiute dalla <i>Blackwater</i> in Iraq e Afghanistan e il rapporto emanato dall' <i>Advisory Council on International Affairs</i> del governo dei Paesi Bassi.....	220
7. Considerazioni conclusive	223

CAPITOLO II

La responsabilità dello Stato di sede e di eventuali altri Stati

1. Introduzione	225
2. Alcune considerazioni preliminari riguardanti la responsabilità internazionale dello Stato di sede e di eventuali altri Stati derivante dalla violazione degli obblighi convenzionali in tema di mercenari.....	226
3. La responsabilità internazionale dello Stato di sede e di eventuali altri Stati coinvolti in attività mercenarie in base alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento dei mercenari.....	228
4. La responsabilità internazionale per gli Stati Parti alla Convenzione dell'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa	231
5. L'obbligo di carattere consuetudinario, in via di formazione, di regolare l'esportazione dei servizi militari	233
6. Considerazioni conclusive	238

CAPITOLO III

La responsabilità dello Stato ospitante

1. Introduzione	241
2. L'obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani commesse da privati	242
3. Distinzione tra le diverse ipotesi di Stato ospitante	244
4. L'ipotesi di territorio occupato ai sensi dell'art. 42 del IV Regolamento dell'Aja sulle leggi e le consuetudini della guerra terrestre (1907)	246
5. La situazione dello Stato ospitante nella fase post-occupazione bellica	247
5.1. L'esercizio della giurisdizione rispetto ai <i>contractors</i> impiegati da enti privati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante.....	248
a) <i>Il caso Idema dinanzi ad una corte afgana ed alla corte distrettuale della Columbia, negli Stati Uniti</i>	
5.2. L'esercizio della giurisdizione nei confronti dei <i>contractors</i> impiegati da Stati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante nell'ambito di una Forza multinazionale. Caso dell'Iraq.....	250
6. Criteri alternativi per l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei <i>contractors</i> , sulla base del diritto internazionale convenzionale e consuetudinario	253
7. La competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale in caso di commissione di crimini internazionali da parte dei <i>contractors</i> . Connessi problemi applicativi.....	256
8. L'azione di controllo che gli Stati ospitanti compiono nei confronti delle compagnie militari private operanti nei propri territori.....	260
9. Considerazioni conclusive	264
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	267
Bibliografia	271

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Oggetto dello studio. — 2. Posizioni dottrinali e limiti di impostazione del problema. — 3. Presentazione e piano del lavoro. — 4. Finalità del lavoro e delimitazione del campo d'indagine.

1. Il presente lavoro intende esaminare il fenomeno della privatizzazione dei servizi militari ed in particolare quello delle compagnie militari e della sicurezza privata, cioè di società private che forniscono servizi di carattere militare e legati alla sicurezza in ambito internazionale. In particolare, per “compagnie militari private” si intendono le società le cui attività sono di carattere strettamente militare e che prevedono anche la partecipazione diretta a conflitti armati interni e internazionali ovvero provvedono all'addestramento ed all'equipaggiamento dei membri dell'esercito di uno Stato. Per “compagnie della sicurezza privata” ci si riferisce invece a quelle società che si occupano prevalentemente della sicurezza interna di uno Stato, garantendo ad esempio la protezione di luoghi o persone o addestrando la polizia locale.

La questione riguardante la regolamentazione delle compagnie militari e della sicurezza privata è stata in questi anni al centro di un vivace dibattito in dottrina. Il loro largo impiego, soprattutto a partire dagli inizi degli anni '90 da parte di un numero considerevole di Stati da un lato, e le denunce relative alle violazioni dei diritti umani compiute dai dipendenti di tali compagnie, i *private contractors*, dall'altro, hanno spinto la dottrina a studiare il fenomeno delle compagnie militari e della sicurezza cercando di ricostruire il quadro giuridico ad esse applicabile.

2. Si deve osservare tuttavia che, soprattutto all'inizio, il dibattito dottrinale si è limitato ad evidenziare, per lo più, i caratteri di novità che le compagnie presentano in quanto enti non statali che svolgono attività implicanti l'uso della forza. Il fenomeno è stato così trattato, almeno inizialmente, attraverso delle tematiche, per così dire, prestabilite considerando le compagnie come delle minacce all'autorità di governo degli Stati ovvero come delle nuove figure di mercenari o ancora rappresentandole come un nuovo modello di colonialismo economico di stampo occidentale. Nonostante

le suddette posizioni dottrinali abbiano avuto il merito di mettere in luce le questioni più rilevanti che l'avvento delle compagnie militari e della sicurezza private ha posto, occorre ad ogni modo rilevarne anche i limiti nella misura in cui non è stato compiuto un adeguato approfondimento giuridico di ciascun problema pervenendo, in alcuni casi, alla conclusione secondo cui nei confronti delle compagnie non sarebbe applicabile alcun regime giuridico e vi sarebbe dunque un « legal vacuum ». A quanto detto fanno eccezione i più recenti studi nei quali, al contrario, le singole questioni sono state analizzate in modo approfondito e si è tentato di ricostruire il quadro giuridico nel quale collocare le compagnie militari e della sicurezza ¹. Occorre affermare altresì che vi sono stati dei limiti, per così dire, oggettivi che hanno condizionato, e che continuano a condizionare, le analisi sinora condotte – inclusa la nostra – nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza private. Il principale dei quali consiste nella mancanza di dati della prassi, in particolare di quella giurisprudenziale, dai quali possano ricavarsi dati che contribuiscano a chiarire alcune questioni ancora in parte oscure.

3. Il presente lavoro si colloca in questo contesto ponendosi come scopo principale un inquadramento del fenomeno delle compagnie militari private nel sistema internazionale. A tal fine, si è compiuto un esame delle norme internazionali applicabili ad esse ed ai principali Stati coinvolti nel loro impiego da una parte, e sono stati presi in considerazione alcuni dei principali problemi che le compagnie pongono in relazione alla disciplina sulla responsabilità internazionale degli Stati, dall'altra.

Ad un inquadramento giuridico delle compagnie è dedicata la Parte Prima del lavoro, suddivisa in tre capitoli. Nel primo capitolo si è condotta un'analisi storico-giuridica degli enti privati autorizzati a svolgere funzioni di carattere militare che hanno caratterizzato il sistema internazionale a partire dall'epoca medievale. La necessità di occuparci anche di aspetti storici che, in principio, esulerebbero da uno studio di carattere giuridico, è sorta dalla constatazione

¹ Tra gli studi più recenti in materia, v. CREUTZ K., *Transnational Privatised Security and the International Protection of Human Rights*, Helsinki, 2006; e quella di PERCY S., *Mercenaries, The History of a Norm in International Relations*, Oxford, 2007. Per quanto riguarda le raccolte di saggi a carattere giuridico sull'argomento, v. CHESTERMAN S., LEHNARDT C. (Ed. by), *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, 2007; e JÄGER T., KÜMMEL G., *Private Military and Security Companies. Changes, Problems, Pitfalls and Prospects*, Wiesbaden, 2007.

secondo la quale il fenomeno delle compagnie militari private, per le caratteristiche che presenta, sembrerebbe mostrare maggiori assonanze con i fenomeni che hanno caratterizzato le epoche anteriori al secolo XX. Può dirsi anzi che le compagnie militari si pongono in antitesi con il modello di Statonazione tradizionalmente caratterizzato da proprie forze armate, quale si è presentato a partire dalla fine del XIX secolo. È opportuno osservare infatti che tale modello sia stata una conquista piuttosto recente e costituisca un'eccezione se paragonato alle epoche storiche precedenti, in cui il ricorso a privati da parte dell'autorità sovrana per la condotta delle ostilità rappresentava la norma. A tale proposito, il primo capitolo assume un interesse ai fini della nostra analisi nella misura in cui fornisce dei parametri circa i rapporti che si instauravano tra il privato e il sovrano. Dall'analisi è stato possibile ricavare infatti alcuni elementi che sembrano rilevanti ai fini della ricostruzione del quadro giuridico applicabile alle attuali compagnie, che sono il *controllo* nei confronti dei privati che l'autorità sovrana ha esercitato in varie forme nelle diverse epoche e il grado di *legittimità* che tale azione ha conferito ai privati medesimi. A noi sembra che i suddetti elementi siano ancora utili a spiegare i rapporti oggi sussistenti tra gli Stati e le compagnie ed inoltre che i medesimi abbiano delle ripercussioni sulle definizioni che alle compagnie, in determinate occasioni, sono state date, tra cui quella di mercenario.

Sulla base di tali presupposti, nel secondo capitolo si è analizzata la questione, assai dibattuta in dottrina, se e in quale misura le definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali vigenti si applicano ai *private contractors*. A tale riguardo, si è dato anzitutto conto dei problemi che si incontrano nell'applicazione delle suddette definizioni, come è stato correttamente rilevato dalla maggioranza della dottrina. Nonostante ciò, si è cercato di individuare le ipotesi in cui i *private contractors* potrebbero essere definiti come mercenari in base alle definizioni contenute in ciascuna delle convenzioni vigenti e i conseguenti regimi giuridici applicabili. Nella trattazione si è peraltro tenuto conto dei dibattiti intercorsi in seno alla Commissione dei Diritti Umani, l'attuale Consiglio dei Diritti Umani, delle Nazioni Unite, in particolare all'interno del *Working Group* "on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the

exercise of the right of peoples to self-determination” e le proposte di emendamento, avanzate in tale ambito, della definizione di mercenario contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari.

Oltre alla disciplina concernente i mercenari, nel terzo e ultimo capitolo della prima parte si è inteso ricostruire il quadro giuridico, più generale, che si applica *in primis* agli Stati concernente le compagnie militari e della sicurezza private e il settore dell'esportazione di beni e servizi militari. A tal fine, è sembrato opportuno prendere le mosse anzitutto dalle legislazioni che gli Stati stessi hanno emanato per regolamentare le attività delle compagnie, soprattutto di quegli Stati che più strettamente di altri, sono coinvolti dalle loro attività analizzando in particolare i meccanismi di controllo da essi istituiti. Per completezza, nel capitolo sono state menzionate anche le regolamentazioni, in vigore sul piano regionale e internazionale, applicabili all'esportazione di beni e servizi militari nonché i codici di condotta “esterni” ed “interni” che si rivolgono direttamente alle compagnie stesse.

Sulla base del quadro giuridico così definito, ha preso le mosse la Parte Seconda del lavoro che si è focalizzata nell'approfondimento di alcuni aspetti concernenti gli obblighi ricavabili dalla normativa esaminata nella Parte Prima nonché taluni aspetti relativi alla responsabilità internazionale dei principali Stati coinvolti nell'impiego delle compagnie militari private, e cioè lo Stato di impiego, lo Stato di sede ed infine lo Stato ospitante, a ciascuno dei quali è dedicato un capitolo. Prima di accingerci ad una breve descrizione dei problemi affrontati in ciascun capitolo, ci preme esprimere una considerazione riguardante alcuni problemi incontrati nel corso dello studio, derivanti soprattutto dalla mancanza di dati della prassi che avrebbero permesso di ricostruire con maggiore certezza il regime della responsabilità degli Stati per gli atti commessi dalle compagnie militari private e dai *private contractors*.

In ciascuno dei capitoli sono stati affrontati i problemi più rilevanti che le compagnie militari private e i *contractors* pongono. In particolare, nel primo capitolo dedicato alla responsabilità dello Stato d'impiego sono stati esaminati gli articoli più rilevanti contenuti nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati al fine di comprendere se ed eventualmente in che misura possono

trovare applicazione nei casi di impiego di *contractors*. Dopo aver individuato alcune ipotesi in cui sembra possibile applicare tali articoli con la conseguenza di definire i *contractors* come “organi di fatto” e imputare in tal modo l’atto illecito da essi commesso allo Stato, si sono altresì evidenziati i limiti che la disciplina sulla responsabilità internazionale dello Stato presenta nel momento in cui si vogliano applicare i criteri di imputabilità in essa contenuti ai casi di impiego di *contractors*, limiti rappresentati dalla distinzione, sottostante l’intero progetto, tra “pubblico” e “privato” alla quale i *contractors* sembrerebbero sfuggire. Nel medesimo capitolo è stata altresì considerata la possibile esistenza di un obbligo in capo allo Stato di impiego, di esercitare la giurisdizione nei confronti delle compagnie militari private e dei *contractors* in caso di illeciti da questi commessi nel corso dello svolgimento delle attività. I dati su cui fondare l’esistenza del suddetto obbligo sono costituiti prevalentemente dai procedimenti civili avviati negli Stati Uniti nei confronti di alcune compagnie militari private coinvolte in alcune gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, impiegate dal governo statunitense nel contesto post-bellico iracheno. A tale riguardo, occorre tuttavia precisare che ancora tali dati sono parziali nel senso che provengono da un unico Stato che è allo stesso momento Stato di impiego e Stato di sede delle compagnie militari private oltre al fatto che tali procedimenti si sono resi possibili grazie alla presenza nell’ordinamento statunitense di una disposizione che, come noto, permette ai cittadini stranieri di adire le corti statunitensi qualora esse siano state vittime di un illecito commesso in violazione del diritto internazionale o di un trattato internazionale in vigore per gli Stati Uniti (l’*Alien Tort Claims Act*). Nonostante la limitatezza dei dati disponibili, appare tuttavia ragionevole affermare che spetti allo Stato d’impiego provvedere a istituire dei meccanismi di controllo e di repressione degli illeciti commessi da attori privati impiegati per svolgere attività in situazioni belliche e post-belliche in territori stranieri. In questo senso, può osservarsi come le legislazioni di alcuni Stati, *in primis* quella degli Stati Uniti, si stiano muovendo verso una “copertura” dal punto di vista giurisdizionale dei *contractors* nelle diverse ipotesi di loro impiego.

Nei capitoli successivi sono state analizzate rispettivamente le posizioni dello Stato di sede della compagnia e dello Stato ospitante, analizzando per ciascuno di essi alcune questioni. In particolare, per quanto riguarda lo Stato di sede, si sono cercati di evidenziare quanto più possibile gli aspetti pratici che l'applicazione, almeno in determinati contesti, della definizione di mercenario ai *contractors* comporta anche per gli Stati di sede e per eventuali altri Stati, come ad esempio quelli di reclutamento. Oltre a ciò, nel capitolo si è indagato sulla possibilità che si stia formando, sul piano consuetudinario, una norma che imporrebbe agli Stati di sede di regolare le attività delle compagnie militari ospitate nel proprio territorio, come si ricava dai rapporti che gli Stati hanno redatto concernenti le modalità mediante le quali regolamentare le attività delle compagnie militari residenti nel proprio territorio.

Infine, l'ultimo capitolo è dedicato allo Stato ospitante, allo Stato cioè nel cui territorio le compagnie militari private svolgono le attività. In tale capitolo è stato preso in esame anzitutto l'obbligo in capo a ciascuno Stato di prevenzione e di punizione delle violazioni dei diritti umani commesse da attori privati nell'ambito del proprio territorio, sul presupposto che questo si applichi anche nei confronti dei *contractors*. Inoltre, si sono distinte diverse ipotesi al fine di identificare a quale autorità di governo spetti l'ottemperanza a tale obbligo. A tale riguardo, è stata prestata particolare attenzione alla situazione di occupazione bellica ed a quella post-occupazione. In quest'ultima ipotesi sono stati presi in considerazione i problemi correlati all'immunità dalla giurisdizione delle corti locali di cui spesso beneficiano i *contractors* in base agli accordi stipulati dallo Stato d'invio e dallo Stato ospitante e i problemi di impunità per le violazioni dei diritti umani che si pongono. Sono stati peraltro illustrati i rimedi esistenti sul piano nazionale ed internazionale nonché alcuni connessi problemi applicativi. Infine, nel medesimo capitolo sono state prese in considerazione le misure di controllo che alcuni tra i più importanti Stati ospitanti hanno adottato nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza privata.

4. Vorremmo infine compiere alcune considerazioni sul lavoro da noi svolto nel suo complesso. La finalità principale della trattazione è consistita nel fornire una visione di insieme del fenomeno delle compagnie militari e della

sicurezza privata e come esso si inquadra nel sistema internazionale inter-statale.

Il taglio dato al presente lavoro ha condotto pertanto ad escludere dalla trattazione questioni altrettanto attuali ed importanti che le compagnie militari e della sicurezza suscitano, tra cui quella relativa alla responsabilità delle organizzazioni internazionali nel caso in cui impieghino *contractors* privati oltre che la tematica concernente la eventuale responsabilità diretta delle compagnie militari private in base al diritto internazionale.

Lo studio è servito a correggere alcune affermazioni compiute all'inizio dell'espandersi del fenomeno delle compagnie militari e della sicurezza privata, tra cui quella secondo cui le compagnie e i rispettivi *contractors* si troverebbe adoperare in un "vuoto normativo". Al contrario, dall'analisi si è ricavato come *in primis* gli Stati, in base al diritto internazionale, nel momento in cui ricorrono alle compagnie militari e della sicurezza, hanno precisi obblighi da rispettare. Dall'intero lavoro infine, è stato possibile ricavare la considerazione secondo cui il rispetto di tali obblighi da parte degli Stati si traduce in un'azione di controllo nei confronti delle compagnie che è cruciale per garantire il rispetto delle norme internazionali nei contesti in cui le compagnie svolgono le loro attività.

PRIMA PARTE

LE ATTIVITÀ MILITARI DI PRIVATI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Capitolo I

Operazioni belliche condotte da privati nel sistema internazionale tra il XIII ed il XIX secolo

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il fenomeno delle rappsaglie private. — *a)* Le lettere di marca e di rappsaglia. — *b)* Le condizioni alle quali era sottoposta la concessione da parte del sovrano delle lettere di marca e di rappsaglia. — *c)* Il regime della responsabilità nella prassi delle rappsaglie private attraverso le lettere di marca e di rappsaglia. — 3. Il fenomeno del « privateering » o guerra di corsa. — *a)* La patente di corsa. — *b)* La definizione dei rapporti tra i « privateers » e lo Stato che vi faceva ricorso e i riflessi sul regime della responsabilità. — *c)* La Dichiarazione di Parigi del 1856 e la successiva scomparsa del fenomeno. — 4. La pirateria. — 5. I mercenari. — *a)* I mercenari in epoca medievale. — *b)* I mercenari tra il XVI ed il XVIII secolo. — 6. Le compagnie commerciali. — *a)* Origini e loro espansione nei territori extra-europei. — *b)* I rapporti tra le compagnie commerciali e gli Stati europei. — 7. Considerazioni finali. Analisi dei soggetti privati attraverso il criterio dell'autorizzazione da parte dell'autorità sovrana.

1. Introduzione

Ciò che s'intende compiere nel presente capitolo è un'indagine storica che analizzi l'utilizzo della forza armata da parte dei soggetti privati a partire dall'epoca medievale fino al XIX secolo.

Tale disamina appare di particolare interesse in uno studio riguardante le attuali *private military companies* le quali presentandosi come società private specializzate nello svolgimento di funzioni a carattere prevalentemente militare, mettono in crisi la concezione dello Stato moderno cui si è soliti pensare, inteso come un apparato di governo centrale che possiede il monopolio della forza armata. Proprio a tale riguardo, occorre sottolineare come nei secoli precedenti le funzioni militari fossero svolte da soggetti privati a cui l'entità sovrana ricorreva per la condotta delle ostilità.

Il processo che fa da sfondo a questo capitolo è quello in cui il concetto di guerra subisce un'evoluzione divenendo da *privata*, a partire dall'Alto Medioevo, a *pubblica* nell'età moderna.

Fino agli inizi del Medioevo infatti, era consentito a ciascun individuo dichiarare guerra a qualsiasi membro di un'altra comunità da cui fosse provenuta un'offesa. Tuttavia occorre sottolineare come già in epoca medievale

i sovrani feudali tentassero di controllare tali rappresaglie private attraverso delle apposite autorizzazioni². Infatti in seguito alla frammentazione politica dell'Impero e la conseguente fine dell'unità medievale, i signori feudali cominciarono a rivendicare un controllo nei confronti dei loro sudditi introducendo la lettera di marca e di rappresaglia quale strumento per autorizzare l'utilizzo della forza armata da parte dei privati³.

Durante l'epoca medievale il problema era di notevole importanza e assumeva una particolare rilevanza soprattutto nei rapporti tra le diverse città. È per tale motivo che esso venne affrontato anche da numerosi giuristi dell'epoca.

Si ricordi Bartolo da Sassoferrato il quale, nel suo *Tractatus represaliarum*⁴, affrontò il problema del diritto delle città a farsi giustizia, dell'autorizzazione alla rappresaglia e dei modi per effettuarla contribuendo, in tal modo, alla definizione delle relazioni tra le città⁵ e Martino da Lodi, il quale affrontando il problema del rapporto tra i poteri delle città che si stavano formando in quell'epoca, analizzò anche quello delle rappresaglie e di chi avesse la facoltà di autorizzarle⁶.

² V. NYS E., *Le Origines de Droit International*, Bruxelles, 1894, pp. 78-94, secondo cui « le droit de faire la guerre n'appartient qu'au pouvoir souverain; dans la société organisée, il est un des attributs de l'État; c'est le cas pour l'antiquité classique et pour l'époque moderne. Au moyen âge apparaît, au contraire, la guerre privée qui a sa raison d'être dans le morcellement de la souveraineté; quiconque se sent la force nécessaire, se fait justice à soi-même; l'individu est substitué à l'ensemble; c'est comme si chaque homme concentrait en lui la puissance du peuple. [...] La guerre privée fut la grande calamité du moyen âge; en Allemagne, en France, en Italie, en Espagne, en Angleterre, dans presque toute l'Europe féodale, se présentait une situation identique au fond, modifiée seulement dans les détails. [...] La guerre privée dépendait évidemment du degré de vigueur ou de faiblesse du pouvoir central [...]. Par une conséquence naturelle, la guerre privée disparut d'abord dans les pays où l'idée gouvernante fit les plus rapides progrès ».

³ Sulla fine dell'unità medioevale e la conseguente nascita di enti territoriali sovrani autonomi dall'Impero e dalla Chiesa, v. GUERRA MEDICI M. T., *Diritto internazionale nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. V, Torino, pp. 258-274, secondo cui « Tra il XIII e il XIV secolo il sistema, sviluppatosi intorno ai due poli dell'Impero e del Papato, cominciava a manifestare evidenti smagliature nella sua armonica struttura [...]. L'antica comunità medievale che si riconosceva nei simboli unificanti del papato e dell'impero, in una sorta di identificazione politica spirituale e culturale, dava vita a degli enti *superiorem non recognoscentes* che intrecciavano rapporti, stabilivano accordi e si impegnavano a concordare e mantenere tregue, trattati e alleanze. Si stabilivano patti tra le nascenti monarchie nazionali così come tra le città-stato che, più o meno grandi e potenti, intessevano fitte reti di relazioni diplomatiche ».

⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus represaliarum*, in *Bartoli a Sassoferrato Commentaria*, IX, *Super Authenticis et Institutiones*, Venezia, 1615.

⁵ Secondo Bartolo, la rappresaglia si concedeva e si esercitava in generale contro gli uomini di un dato luogo, cioè contro tutti i cittadini ed abitatori del medesimo o, più precisamente, contro tutti coloro che pagavano tributi in una data terra. Quanto alle cose contro cui la rappresaglia si poteva esercitare, può formularsi la regola che vi soggiacessero tutti i beni delle persone sottoposte alla concessione della medesima, in DEL VECCHIO, CASANOVA, *Le rappresaglie nei Comuni medievali*, Bologna, 1894, p. 71.

⁶ MARTINO GARRATI DA LODI, *Martini Laudensis, De represaliis*, in *Tractatus univ. Iuris*, Venezia, 1589.

Nonostante il progressivo accentramento di poteri che il governo centrale compie a scapito degli individui ad esso sottoposti, quest'ultimi rimangono per tutto il XIII e il XIV secolo gli attori principali che utilizzano la forza armata per la soddisfazione di interessi propri o pubblici attraverso diverse forme di autorizzazione da parte del sovrano.

Nel presente capitolo concentreremo l'attenzione soprattutto nell'analisi delle modalità con cui avvenivano tali autorizzazioni oltre che nell'analisi di chi fossero i soggetti destinatari di tali autorizzazioni allo scopo di ricavare elementi utili ai fini della ricostruzione del regime giuridico della responsabilità vigente nel periodo storico considerato.

2. Il fenomeno delle rappresaglie private

Come si è accennato, la guerra e più in generale il ricorso alla forza armata agli inizi del Medioevo era lasciato alla libera iniziativa di ciascun individuo. In altri termini, era consentito ad un individuo o un gruppo di privati condurre delle azioni armate o reagire in rappresaglia armata contro un altro individuo dal quale si era subito un'offesa ⁷.

Nel periodo medioevale tuttavia si ha un'evoluzione dell'istituto della rappresaglia parallelamente al perfezionarsi degli ordinamenti interni delle singole città, specialmente con riguardo all'amministrazione della giustizia tra cittadini, in base alla quale l'azione in rappresaglia non poteva esplicarsi tra i cittadini di una medesima città bensì solo tra cittadini di città diverse ⁸. In tale processo, più evidente nei regni in cui il controllo del territorio da parte del sovrano era maggiore, il diritto di rappresaglia individuale comincia ad essere limitato consentendolo solo dopo averne fatto richiesta al sovrano il quale

⁷ Sulla guerra privata e la prassi delle rappresaglie private, v. NYS, cit. pp. 78-94; WARD R., *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe*, 1795; WALKER T., *History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899; CLARK G., *The English Practice with regard to Reprisals by Private Persons*, in *American Journal of International Law*, 1933, pp. 694-723; JESSUP P. & DEAK F., *Neutrality, Its History, Economics & Law: The Origins*, 1935; LOBEL J. *The Rise and Decline of the Neutrality Act: Sovereignty and Congressional War Powers in the United States Foreign Policy*, in *Harvard International Law Journal*, 1983, pp. 1-71.

⁸ Sull'origine e l'evoluzione storica dell'istituto della rappresaglia, v. la voce *Rappresaglia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1939, pp. 1089-1092.

attribuiva al proprio suddito il diritto di agire in rappresaglia, peraltro solo dopo aver attestato l'esistenza di particolari circostanze⁹.

In particolare, è nei secoli VIII e IX che si hanno le prime leggi per regolare il procedimento di rappresaglia, le quali si sforzano di limitarlo disponendo che il privato non potesse agire in rappresaglia nei confronti dello straniero senza l'autorizzazione da parte dell'autorità sovrana. I sovrani peraltro concludevano patti tra di loro stabilendo nei loro rapporti reciproci in quali circostanze l'autorizzazione non dovesse concedersi, in particolare non prima che il sovrano avesse inviato una richiesta di soddisfazione all'altro, nell'interesse del cittadino offeso. Questi primi provvedimenti, sebbene contenessero già gli elementi caratterizzanti il successivo diritto di rappresaglia, riuscirono ad affermarsi solo più tardi attraverso la costituzione di leghe stipulate tra le diverse città-stato allo scopo di evitare guerre tra le comunità sociali¹⁰.

Dalla metà del secolo XII compare la denominazione più precisa di « rappresaglia », con cui comunemente l'istituto fu tramandato e che da quell'epoca sostituì i termini più generali *pignus*, *pignorantia* o *pignoratio*, con cui prima era indicato in Italia¹¹.

a) Le lettere di marca e di rappresaglia

Il termine *marca* si rintraccia per la prima volta nel 1293 in un breve proclama di Edoardo I, re d'Inghilterra, documento considerato in dottrina come « the earliest mention of letters of marque or reprisal that has been

⁹ Tale processo di accentramento dei poteri da parte del sovrano non avvenne in maniera eguale in Europa. Al contrario, si verificò prima nei regni in cui l'idea di un governo centrale si era fatta maggiormente largo, come per esempio in Inghilterra, mentre avvenne solo più tardi in paesi come ad esempio la Germania dove l'indipendenza dei vassalli dal potere centrale era pressoché totale e dunque il diritto di guerra privata, la *Faustrecht*, caratterizzò gran parte dell'epoca medievale. Prima dell'affermarsi del potere dei sovrani locali fu peraltro la Chiesa a emanare regole che limitassero il diritto alla guerra privata in nome di un'ideale di pace da essa professato, attraverso la proclamazione delle c.d. « tregue di Dio », *pax* o *treuga Dei*, in cui si ordinava la sospensione di tutte le ostilità in particolari periodi dell'anno. Tale principio fu in seguito solennemente proclamato nel Concilio di Clermont nel 1095 e in quello di Latran nel 1179 assumendolo come legge generale della cristianità. È interessante notare come si istituirono per garantire il rispetto di tale principio, anche delle giurisdizioni speciali, i c.d. « giudici della pace », *pacarii* o *judices pacarii*, i quali avevano il compito di punire coloro che avessero violato tali regole attraverso le misure sanzionatorie della scomunica e dell'interdizione. V. NYS, cit., p. 79-81; FOCARELLI C., *Lezioni di Storia del Diritto internazionale*, Perugia, 2002, p. 32.

¹⁰ V. la voce *Rappresaglia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, cit., p. 1090.

¹¹ *Ibidem*.

found »¹². Sebbene si discuta sulle origini del termine, si ritiene che esso derivi con molta probabilità dal verbo latino *marcare* che significa catturare qualcosa come pegno (in inglese « to seize as a pledge »). Le espressioni in cui tale termine è citato nel proclama di Edoardo I sembrano peraltro coincidere con tale significato: « literas marquandi seu gagiandi », « gagiata seu marquata », « marca seu gagatione » che possono tradursi come lettere di marca e di saccheggio, bottino di guerra o marca (in inglese « letters of marque or loot », « booty or marque »). Anche le origini del termine rappresaglia si rintracciano nella parola latina *repraesalia* la quale trarrebbe origine, a sua volta, dal latino *ripreso*¹³.

Le lettere di marca e di rappresaglia costituivano delle concessioni che il sovrano faceva in tempo di pace nei confronti dei propri sudditi permettendo loro di reagire in rappresaglia nei confronti di qualsiasi membro della comunità da cui si era ricevuta l'offesa, consistente solitamente in depredazioni compiute nei confronti di mercanti, allo scopo di compensare le perdite subite¹⁴.

Ad esempio, nel 1295 Edoardo I re d'Inghilterra autorizzava *Bernard Dongresilli*, cittadino e mercante inglese, a sequestrare con la forza i beni del re del Portogallo o di qualsiasi suo suddito, in qualsiasi luogo, in quantità tali da risarcirlo delle perdite che aveva subito precedentemente nel porto di Lascoss, in Portogallo, da parte di alcuni cittadini portoghesi, comprese le spese che *Bernard* aveva dovuto sostenere nel catturare tali beni¹⁵.

¹² MARSDEN R., *Documents Relating to Law and Custom of the Sea*, (1915), Vol. I, p. 38.

¹³ V. CLARK, cit., pp. 700-701.

¹⁴ V. la voce *Rappresaglia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, cit., p. 1090, secondo cui « un ulteriore progresso è riscontrabile nel secolo XIII per l'adozione delle carte di concessione delle rappresaglie, per cui con speciale forma e solo dopo l'accertamento di speciali circostanze, si consentiva al cittadino il diritto di rappresaglia e pubblicamente gli si attestava tale diritto ».

¹⁵ V. CLARK, cit., p. 694, caso *Dongresilli v. The Portuguese*. Secondo l'a. « this document of the late 13th century is of extraordinary interest in a study of the development of the English theory and practice of reprisals by private persons [...] ». La lettera di concessione della rappresaglia recitava: « [...] Yielding to the prayer of the said merchant, [we] have given and granted, and now give and grant to him, Bernard, his heirs, successors, and posterity, liberty to make reprisals upon the people of the realm of Portugal, and particularly upon those of the city of Lisbon aforesaid, and upon their goods, wheresoever he may find them, whether within the dominion of our lord, the King and Duke, or without, [and] to retain and keep them for himself, until he and his heirs or successors or posterity, shall be fully satisfied for [the loss of] his goods so spoiled as aforesaid, or their value as declared above, together with the expenses reasonably incurred by him in that behalf ». Nell'approvare e ratificare la concessione, re Edoardo I dichiarava infine che « [...] in case satisfaction shall be made to the said Bernard in the premises, reprisals shall thereupon cease, [and] there shall be no further keeping or appropriation [of goods]; and if it shall happen that he shall have captured and shall keep anything beyond [the value of his loss], he shall be obliged to answer faithfully for such excess ».

Vi sono numerosi altri casi, soprattutto inglesi che dimostrano il diffuso utilizzo, da parte del sovrano, di lettere di marca e rappresaglia concesse a privati cittadini o a rappresentanti del sovrano, agenti per conto del privato, allo scopo di compensare le perdite subite.

Si consideri ad esempio il caso *Arnald de Santo Martino v. The Castilians*. La controversia risaliva al 1293, durante il regno di Edoardo I d'Inghilterra, il quale era stato nominato come arbitro della controversia dai rappresentanti del Regno di Castiglia e quello di Bayonne. Nell'ambito della guerra tra quest'ultimi, i cittadini di entrambi le parti avevano subito numerose depredazioni. Tra questi vi era anche *Arnald de Santo Martino*, suddito del Regno di Bayonne, il quale non era stato risarcito per le perdite subite equivalenti a 230 marchi. Edoardo I, in qualità di arbitro della controversia, aveva stabilito che tutti i beni derubati da entrambe le parti dovessero essere restituiti ai legittimi proprietari. Di fronte al mancato soddisfacimento della richiesta da parte del re di Castiglia e dunque anche al mancato risarcimento dovuto ad *Arnald*, re Edoardo II, nel 1316, autorizzava un proprio siniscalco a sequestrare i beni di qualsiasi suddito o mercante del Regno di Castiglia che fosse presente nel Regno di Bayonne per un valore equivalente a quello spettante ad *Arnald* per le perdite precedentemente subite allo scopo di soddisfazione¹⁶.

Si veda anche il caso *John de Waghen v. The Leydenese*. John de Waghen, suddito inglese, aveva chiesto il risarcimento ad un mercante della città di Leyden per un debito insoluto. La controversia era rimasta irrisolta per tutto il regno di Riccardo II e per quello di Enrico IV. Entrambi avevano chiesto, senza riuscirvi, al Duca di Bavaria e Conte d'Olanda di risolvere la controversia. Enrico V decise quindi di risolvere la controversia autorizzando un proprio rappresentante, agente per conto di *John*, a sequestrare i beni del

¹⁶ V. CLARK, cit., p. 706. La lettera recitava: « Vobis mandamus, quod omnia bona & Mercimonia hominum & Mercatorum, de potestate dicti Regis Castellae, quae infra terram nostram Vasconiae proterunt inveniri, usque ad valentiam Centum, sexaginta, & quinque Marcarum, & viginti Denariorum praedictorum, necnon aestimationis dictorum dampnorum, cum vobis inde legitime constiterit, ut est dictum, sien dilatione qualibet arrestari, & salvo custodiri faciatis, quosque prefato Arnaldo de Centum sexaginta, & quinque Marcis & viginti Denariis, de dampnis praedictis, ad plenum fuerit satisfactum, vel aliud a nobis super hoc habueritis in mandatis ».

Duca di Olanda e dei suoi sudditi per un valore equivalente alle perdite, nonché ai costi e le spese sostenute da *John* ¹⁷.

I sovrani europei ricorrevano inoltre, soprattutto a partire dai secoli XIV e XV, alla stipulazione di accordi aventi come oggetto l'istituzione, nei loro rapporti reciproci, di metodi pacifici di risoluzione delle controversie tra privati allo scopo di ridurre le rappresaglie private.

Ne è un esempio l'accordo tra Inghilterra e Olanda nel 1309 il quale non solo risolveva alcune controversie pendenti tra i cittadini dei due regni, ma soprattutto prevedeva la nomina, da parte di ciascun sovrano, di due giudici all'interno del proprio regno con la funzione specifica di accogliere i reclami provenienti dai sudditi dell'altro regno istituendo in tal modo una specie di corte dei reclami ¹⁸.

I sovrani si obbligavano, nei loro rapporti reciproci, a risarcire i cittadini stranieri qualora essi fossero stati derubati o avessero subito un illecito di altro genere sul proprio territorio. In questo senso depongono gli articoli dell'accordo stipulato tra Inghilterra e Portogallo nel 1386. L'articolo IX del trattato specificava infatti che nell'ipotesi in cui i sudditi di uno dei due regni avessero commesso depredazioni nei confronti dei beni dei sudditi dell'altro regno, il re, di cui i soggetti privati erano sudditi, « shall be obliged to repair, restore, mend and make good [...] and to punish the delinquents agreeably to the pleasure and discretion of the King on whom such injury shall have been inflicted » ¹⁹. L'articolo XI riconosceva invece come legittima la rappresaglia privata, ma solo a determinate condizioni, prevedendo che « if a serious and

¹⁷ *Ibidem*, p. 708. La lettera concessa dal re affermava: « We [...] command you, and each of you, that from time to time you cause to be seized and arrested all and singular the ships of the aforesaid town of Leyden that now are in any ports or elsewhere within our dominions or power, or may hereafter come within the same, together with the merchants on board them, and their masters and mariners, as well as all the goods, merchandise, and things belonging to the merchants, masters and mariners, that you find in such ships or elsewhere, to the value aforesaid, in addition to the damages, costs and expenses reasonably incurred by him, John, in this behalf, by way of marque and reprisal, and that you cause the same to be delivered to him without delay » (trad. inglese).

¹⁸ *Ibidem*, p. 709. Si legga la lettera inviata dal re inglese al Duca d'Olanda riguardante tale accordo: « Et quod vos, infra potestatem vestram, certos assignabitis Justiciarios, ad querelas hominum nostrorum, de hominibus vestris, infra potestatem vestram, conqueri volentium, audiendas; & ad plenam & celerem Justiciam hujusmodi conquerentibus exhibendam; Et quod nos similiter hujusmodi assignamibus Justiciarios, qui querelas hominum vestroreum, de hominibus nostris, infra potestatem nostram, conqueri volentium, potestatem habeant audiendi, & plenam ac celerem inde justitiam querelantibus faciendi: Quodque vos hominibus nostri infra potestatem vestram, ad querelas suas inibi prosequendas, venire volentibus, slavum & securum Conductum praestare debitis, dum fecerint ibi noram: Quod etiam nos hominibus vestris, querelas suas infra Regnum nostrum prosequi volentibus, faciemus ».

¹⁹ V. CLARK, cit., p. 710.

deliberate injury be inflicted, then the outraged party may proceed [...] for the advantage of said party so injured to redress the outrages, in whatever way it may appear to him proper »²⁰.

I sovrani potevano accordarsi anche allo scopo di sospendere la facoltà dei rispettivi sudditi di reagire in rappresaglia, come dimostra il trattato concluso nel 1495 tra Enrico VII d'Inghilterra e Filippo Arciduca d'Austria e Duca di Borgogna, il cui articolo XXIX prevedeva che « all and singular the Letters of Reprisals, Mark and Countermark, already granted or issu'd out of the Chancery, or any other Court, of the foresaid Princes [...] shall be suspended ». Ovvero i sovrani potevano stipulare accordi allo scopo di mettersi d'accordo in quali circostanze le lettere di marca e di rappresaglia potessero essere ammesse nei loro rapporti reciproci, come nell'accordo concluso tra Inghilterra e Spagna nel 1670 secondo cui « No letters of reprisal shall be given, or any other proceedings of that nature had, except justice shall be denied or unreasonably delayed; in which case it shall be lawful for that King, whose subject has suffered the injury, to proceed in any manner according to the law of nations till reparation shall be given to the injured party »²¹.

b) Le condizioni alle quali era sottoposta la concessione da parte del sovrano della lettera di marca e di rappresaglia

La lettera di marca e di rappresaglia, nel fornire l'autorizzazione necessaria per reagire all'illecito, rappresentava per il sovrano il modo attraverso cui controllare l'uso della forza armata da parte del soggetto privato. Dalla prassi, soprattutto inglese, del XIII e del XIV secolo possono desumersi le condizioni alle quali era sottoposta la concessione all'individuo privato, da parte del sovrano, della lettera di marca e di rappresaglia.

Innanzitutto il privato, nel fare richiesta della lettera, doveva dimostrare che l'illecito fosse tale in base al diritto della comunità di cui era membro; inoltre, egli doveva fornire delle prove che testimoniassero che l'illecito era realmente accaduto oltre che dimostrare al sovrano di aver esaurito tutti i mezzi

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, pp. 710-711.

pacifici per ottenere la riparazione del danno. A tale riguardo, si può sottolineare come dai casi esaminati sembrerebbe che quest'ultimo obbligo fosse rispettato anche dai sovrani, i quali ricorrevano alla lettera di marca e di rappresaglia solo dopo che fossero fallite le richieste di risarcimento inoltrate al sovrano di cui il responsabile dell'illecito era suddito ovvero solo dopo che una delle due parti non avesse ottemperato a decisioni arbitrali o obblighi derivanti da accordi ²².

Inoltre la lettera di rappresaglia conteneva l'esatta quantità di merci che era permesso al privato depredare, la quale equivaleva alle perdite subite e alle spese che l'avente diritto aveva dovuto sostenere per ottenere la riparazione nonché indicava nei confronti di quali individui era permesso al privato agire in rappresaglia. Inoltre, quest'ultima doveva cessare nel momento in cui il privato aveva ottenuto la riparazione del danno, come previsto nella lettera. Se ciò non avveniva e dunque se il privato avesse depredato una quantità maggiore di merce rispetto a quella prevista, la rappresaglia per questa parte avrebbe dovuto considerarsi illegittima e i beni eccedenti avrebbero dovuto essere restituiti ²³.

Da ultimo occorre ricordare una condizione importante ai fini della legittimità delle rappresaglie private autorizzate attraverso la lettera di marca e di rappresaglia, e cioè la sussistenza di uno stato di pace tra i sovrani interessati alla controversia. Quest'ultimo elemento riveste un notevole interesse poiché indica come il sovrano rivendicasse un controllo non solo sul proprio territorio ma anche nei confronti dei propri sudditi e dei rapporti di quest'ultimi con le altre comunità. Le rappresaglie private dunque, sebbene tollerate, trovavano un limite rilevante ai fini della loro legittimità, nello stato di pace esistente tra i regni ed erano condizionate al rispetto di regole prestabilite proprio al fine di non condurre i rispettivi sovrani ad una guerra tra di essi.

La presenza di uno stato di pace o di guerra tra i regni coinvolti è peraltro una differenza fondamentale ai fini della distinzione tra le lettere di marca e di

²² V. VERZIJL J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1972, pp. 408-409, secondo cui « letters [of reprisals] were granted — and were in later time expressly limited to that case — when the State which, or whose subjects committed the injurious act refused to take the consequences by indemnifying the person injured, or by submitting their claims to its courts for adjudication and appraisal. Hence the appearance in treaties of provisions subordinating the validity of the issue of letters of reprisal against the respective subjects to a previous denial of justice by the State which or whose subjects were guilty of the injury ».

²³ V. CLARK, cit.

rappresaglia concesse a privati, di cui si sta parlando, e quelle invece concesse ai c.d. *privateers* di cui si dirà in seguito a proposito della guerra di corsa.

c) Il regime della responsabilità nella prassi delle rappresaglie private attraverso le lettere di marca e di rappresaglia

Dalla prassi delle lettere di marca e di rappresaglia concesse dall'autorità sovrana a singoli individui sviluppatasi in epoca medievale, si possono ricavare alcuni elementi di particolare interesse ai fini della formazione del regime della responsabilità.

Il primo elemento di rilievo risiede nella constatazione che in epoca medievale esisteva un diritto dell'individuo ad agire in rappresaglia armata come strumento di riparazione ad illeciti subiti che costituiva il lascito del concetto di guerra privata così come era intesa fino al secolo XIII.

Il secondo elemento che appare di maggiore rilievo per la novità che apporta al regime previgente, consiste nella crescente interferenza nel diritto di rappresaglia individuale dell'autorità sovrana che in quel periodo storico stava formandosi e caratterizzandosi attraverso la pretesa di un controllo su un proprio territorio e nei confronti degli individui che vi abitavano nonché nei confronti delle relazioni *esterne* tra la propria comunità e i membri delle comunità dei diversi regni che stavano formandosi in quel periodo nel continente europeo²⁴.

Si assiste dunque ad un passaggio significativo del concetto di utilizzo della forza che da *diritto* pressoché illimitato del soggetto privato diviene sempre più una *facoltà* concessa dall'autorità al singolo individuo.

²⁴ DE LA BRIERE Y., *Évolution de la Doctrine et de la Pratique en Matière de Représailles*, in *Recueil des Cours*, 1928, II, p. 253, secondo cui « Bien que la relation directement visée soit une relation de droit privé, entre simples particuliers, remarquons pourtant que, dans la théorie des juristes, et pareillement des théologiens, l'on fait intervenir à trois reprises l'idée et l'autorité de la puissance publique. Les représailles deviennent licites à concision que le souverain de celui qui les exerce accorde l'autorisation de les accomplir et reconnaisse qu'elle sont justifiées ». Sul crescente controllo esercitato dai sovrani sulle relazioni interne ed internazionali quale fattore di fondamentale importanza ai fini della formazione dell'attuale struttura inter-statale e del diritto internazionale, si veda SCHWARZENBERGER G., *International Law in Early English Practice*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 25, 1948, pp. 52-90, secondo cui « foreign affairs become more calculable if, in a world full of potential and actual enemies, the position of allies and neutrals can be fixed with a certain amount of reliability. It then becomes also possible – on the basis of mutual insurance between princes – to stabilize the internal position of sovereigns against rebellious nobles and dissidents and, by outlawry of all but public and just wars, to strengthen the king's monopoly in the conduct of foreign relations ».

Si può affermare quindi che il diritto di rappresaglia costituisce un elemento di congiunzione tra il periodo storico dominato dal concetto di guerra privata a quello in cui si afferma il concetto di guerra pubblica coincidente con il processo di evoluzione dello Stato moderno che fonda le proprie origini nell'epoca tardo medievale. Tale evoluzione, particolarmente nell'ambito dell'utilizzo della forza armata da parte dei soggetti privati, sarebbe dimostrata peraltro dai trattati stipulati, a partire dai secoli XIII e XIV, dai sovrani europei i quali si obbligavano nei loro rapporti reciproci sulla disciplina da applicare alla prassi delle rappresaglie private da parte dei rispettivi sudditi rivendicando, in tal modo, un controllo sul diritto di rappresaglia dei sudditi anche al di fuori dei propri confini territoriali²⁵.

È in questo periodo storico che si verifica l'accentramento di poteri in seno ad un unico organo superiore. In altri termini, si fa strada l'idea secondo cui sia compito dell'autorità sovrana stabilire quando un individuo possa utilizzare la forza armata, anche nel caso in cui questa sia utilizzata per il soddisfacimento di interessi privati. È compito dell'autorità centrale amministrare anche le questioni riguardanti la giusta soddisfazione degli interessi dei propri sudditi qualora questi interferiscano nei rapporti *esterni*, con i membri cioè di altre comunità a cui viene riconosciuta pari dignità²⁶.

A questa deve aggiungersi ulteriormente l'idea secondo cui tutti gli individui appartenenti ad una medesima comunità debbano rispondere per l'illecito commesso da uno solo dei membri. Ciò è reso palese dalle indicazioni contenute nelle lettere di marca e di rappresaglia prese in esame, in base alle quali colui che agiva in rappresaglia poteva rifarsi sui beni appartenenti ad uno *qualsiasi* dei membri di una data comunità.

²⁵ V. SCHWARZENBERGER, cit., p. 63, secondo cui « [...] Interests of very different kinds contribute to the choice of sovereign princes in favour of a limitation of their unbounded discretion, and they freely use treaties in order to create a foundation for a more rational type of international relations. Treaties providing for the establishment of truce and peace, for the limitation of reprisals, and for a check on piracy are the favourite means for the achievement of this end. On this basis it becomes possible to distinguish at least to some extent the state of war from those of truce and peace ».

²⁶ Si veda la dichiarazione del 1626 di Henry Marten, giudice della Corte dell'Ammiragliato inglese, per un'esemplificazione del concetto di responsabilità del Re nei confronti dei propri sudditi e del concetto di rappresaglia, intesa come misura ultima allo scopo di assicurare la giustizia: « It must be remembered that this commission [to take reprisals] is not of grace, but of justice; for it is intended that none have the Letters of Reprisall but such have received losse and damage of the wronges; to whome his Majesty, beeing not able otherwise to minister right and redresse of the wronges and losses (a duty incident to his royall function), doth in this kind, and by this meanes, affoord justice and due satisfaction », in MARSDEN, *Documents Relating to Law and Custom of the Sea*, 1915-1916, Vol. I, pp. 427-428.

Se dunque nell'epoca medioevale la situazione in merito alle rappresaglie private si presentava in tal modo, occorre svolgere alcune considerazioni su quali effetti essa producesse sul regime della responsabilità dello Stato per gli illeciti compiuti dai privati. In altri termini la domanda che ci si pone è se il crescente controllo esercitato dell'autorità sovrana nei confronti dei propri sudditi equivallesse ad una responsabilità del sovrano per gli illeciti privati.

Per rispondere a ciò, è utile fare riferimento alla cospicua prassi convenzionale, in parte da noi riprodotta precedentemente, in cui si ricavano gli obblighi riguardanti la disciplina delle rappresaglie private ai quali i sovrani si vincolavano. In particolare, essi limitavano la facoltà di reagire in rappresaglia da parte dei propri sudditi prevedendo dei meccanismi sostitutivi che i sovrani dovevano provvedere ad istituire sul proprio territorio al fine di consentire al privato leso di ottenere giustizia attraverso meccanismi giurisdizionali pacifici. I sovrani si obbligavano a provvedere alla riparazione dell'illecito subito dallo straniero sul proprio territorio prevedendo la possibilità da parte del privato di reagire in rappresaglia privata solo nell'ipotesi in cui vi fosse stato un diniego di giustizia da parte del sovrano²⁷.

Occorre dunque affermare che nell'epoca medioevale considerata esistevano due piani distinti di responsabilità, dello Stato e del soggetto privato, che non coincidono esattamente, vale a dire l'illecito commesso dal privato di per sé non costituiva un illecito dell'autorità sovrana. Ciò significa che il sovrano, nel suo tentativo di accentrare l'utilizzo della forza armata, assumeva degli obblighi *positivi* derivanti dai trattati stipulati che favorivano la riparazione del danno attraverso mezzi pacifici. La responsabilità del sovrano deve essere dunque circoscritta agli obblighi che egli volontariamente assumeva e non per qualsiasi illecito commesso dai propri sudditi. L'illecito commesso dal privato rimaneva come suo proprio. Sembra quindi che l'illecito commesso dal sovrano fosse di diverso tipo rispetto a quello commesso dal

²⁷ A tale proposito si veda l'articolo IX dell'accordo tra Inghilterra e Portogallo del 1386, in base al quale ciascun re « shall be obliged to repair, restore, mend and make good [...] and to punish the delinquents agreeably to the pleasure and discretion of the King on whom such injury shall have been inflicted ». In tal senso ancora più chiaro appare l'accordo tra Inghilterra e Spagna del 1670 secondo cui « No letters of reprisal shall be given, or any other proceedings of that nature had, *except justice shall be denied or unreasonably delayed*; in which case it shall be lawful for that King, whose subject has suffered the injury, to proceed in any manner according to the law of nations till reparation shall be given to the injured party », corsivo aggiunto.

privato e consistesse nella violazione di un trattato internazionale, nella fattispecie nell'obbligo di non aver provveduto all'interno del proprio territorio ad istituire meccanismi idonei a risarcire il danno del privato leso²⁸.

3. Il fenomeno del « privateering » o guerra di corsa

Dal fenomeno delle rappresaglie private e della prassi delle lettere di marca e di rappresaglia va tenuto distinto, almeno in una prima approssimazione, quello del « privateering », in italiano definibile come corsa marittima o, più propriamente, guerra di corsa²⁹. Essa costituiva una pratica utilizzata dai sovrani nella guerra marittima a partire dal XIII secolo consistente nell'autorizzare navi mercantili, armate da privati, a combattere a fianco di quelle reali allo scopo di catturare le navi mercantili nemiche³⁰.

La differenziazione operata tra il fenomeno delle rappresaglie private e quello del « privateering » è utile a distinguere tale pratica di guerra con la c.d. corsa di rappresaglia, risalente ai secoli XII e XIII, che rientra nella pratica delle rappresaglie private esercitate dai privati i quali, dopo aver ottenuto l'autorizzazione dai rispettivi governi, potevano attaccare le navi di un determinato paese dai cui cittadini avessero ricevuto un'offesa o un danno³¹.

²⁸ A tale proposito, si veda quanto affermato da SCHWARZENBERGER, cit., p. 66, secondo cui « there was to be a separation between responsibility for breach of treaty which was attributable to the sovereigns themselves and acts of their subjects. In the latter case, the treaty itself was not affected in its validity, but the contracting party had to make available proper organs of justice for the investigations of claims, to secure restitution, and frequently to make such acts punishable offences under his own municipal law. [...] The distinction introduced by these treaties between international torts committed by sovereigns and their subjects and the elaboration of rules regarding denial of justice and the necessity for seeking redress by diplomatic means prior to recourse to self-help are, however, of wider significance ».

²⁹ V. AFFERNI C., *Corsa marittima*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol XVI, 1938, pp. 291-292.

³⁰ Sul fenomeno del « privateering » v. HELFMAN T., *Neutrality, the Law of Nations, and the Natural Law Tradition: A Study of the Seven Years War*, in *Yale Journal of International Law*, 2005, pp. 549-586; GREWE W. G., *The Epochs of International Law*, Berlin, 2000, pp. 312-315, e 367-370; HARRINGTON M. P., *The Legacy of the Colonial Vice-Admiralty Courts (Part II)*, in *Journal of Maritime Law & Commerce*, 1996, pp. 323-351; THOMSON J. E., *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, 1994, p. 22-26 e 69-76; LYDON J. G., *Pirates, Privateers and Profits*, Upper Saddle River, 1970; ANDREWS K. M. R., *Elizabethan Privateering: English Privateering During the Spanish War, 1585-1603*, Cambridge, 1964; BOWER G., BELLOT H. H. L., *The Law of Capture at Sea. The Peace of Utrecht to the Declaration of Paris*, in *International Law Notes* 1918, pp. 181-186; *Report of the Committee on International Law*, in *International Law Notes* 1918, pp. 150-153; *Art. VII. – Naval Prize*, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence*, 1848-1849, pp. 344-359; *Art. IV. – On Prize and Booty of War*, in *Law Review & Quarterly Journal British & Foreign Jurisprudence*, 1848, pp. 281-330.

³¹ V. AFFERNI C., cit. La corsa di rappresaglia era frequentissima in tutto il Mediterraneo dal secolo XII in poi tanto che gli statuti e gli ordinamenti del mare stabilivano che i corsari, nel caso in cui si volessero armare per vendicare offese private, dovevano fare un deposito di garanzia e giurare di non offendere altri all'infuori dei cittadini specificamente nominati. Si ricordi, fra le più antiche di queste norme, i

La corsa marittima invece, che rispondeva all'idea di arrecare il maggior danno possibile al nemico dello "Stato" colpendolo nel suo commercio, prese nel medioevo il nome di guerra di corsa appunto perché si trattava di correre a caccia dei cd. "legni nemici"³². Essa inizialmente nacque per la scarsa protezione da parte dei vari Stati contro la pirateria. In principio la guerra di corsa veniva lasciata alla libera iniziativa dei privati tanto da confondersi con la stessa pirateria, sia pure esercitata a scopo di difesa³³.

I primi documenti che testimoniano l'utilizzo del « privateering » da parte dei sovrani risalgono intorno al XIII secolo allorché il sovrano inglese ordinò ad alcune navi private ferme nei cinque porti inglesi di Hastings, Hythe, Dover, Sandwich e Romney di attaccare la Francia contro cui il re era in guerra. Nel 1243 Enrico III d'Inghilterra emanò le prime « privateer commissions », una specie di patenti di guerra attraverso cui il re autorizzava una nave a praticare il « privateering » e in base alle quali il re inglese avrebbe dovuto ricevere metà del bottino catturato nella nave avversaria.

L'esercizio della corsa venne così ben presto regolato e posto sotto il controllo dello Stato sotto la cui bandiera il corsaro agiva. Nei secoli XVI, XVII e XVIII la corsa assunse sempre maggiori dimensioni contribuendo alla supremazia marittima e commerciale di alcuni paesi, quali ad esempio l'Inghilterra. Nel 1544 Enrico VIII, re d'Inghilterra, allo scopo di favorire l'espansione del fenomeno, concesse ai « privateers » inglesi un'ampia autorizzazione di guerra in base alla quale essi avrebbero potuto impadronirsi dell'intero bottino derivante dai saccheggi delle navi nemiche. Sempre la Corona inglese, nel XVI secolo, in guerra contro la Spagna, fece un largo uso dei « privateers » per contrastare e combattere le navi spagnole dirette nel Nuovo Mondo nonché per impossessarsi delle colonie spagnole nelle Americhe. A tale riguardo si è soliti ricordare un gruppo di corsari, i c.d.

Regolamenti di Pisa del 1298 e di Genova nel 1313 e nel 1316.

³² *Ibidem*.

³³ V. AFFERNI, cit. Si veda anche GOSSE P., *Storia della pirateria*, Firenze, 1962, pp. 117-133 in cui si afferma che « la Lega Anseatica, una delle più celebri istituzioni del Medioevo, trasse origine dal terrore che ispiravano i pirati scesi dal Nord. Nel 1241 le città di Lubecca e di Amburgo si accordarono per proteggere le loro navi mercantili dagli attacchi dei corsari in agguato all'imboccatura dei fiumi tedeschi che si gettavano nei mari del Nord e del Baltico »; per il medesimo scopo in Inghilterra cinque città della costa meridionale inglese, Hastings, Romney, Hythe, Dover e Sandwich, costituirono la c.d. « Lega dei Cinque Porti » il cui scopo era quello di proteggere la costa sud-est dell'Inghilterra dai pirati e di assicurare la sorveglianza dei mari vicini.

« Elizabethan sea dogs », di cui facevano parte celebri personaggi quali John Hawkins e Francis Drake, denominati in tal modo poiché sembra che la regina Elisabetta finanziasse direttamente le loro azioni e usufruisse di una parte dei guadagni ottenuti dai saccheggi ³⁴.

Occorre sottolineare inoltre come il carattere eminentemente commerciale e mercantile delle guerre combattute nei secoli XVII e XVIII dette sempre maggiore incremento a questo tipo di lotta sul mare. I trattati dell'epoca fissarono le condizioni necessarie per ritenere legittime le azioni corsare e ciascuno Stato aveva i propri regolamenti di corsa venendosi a creare una vera e propria organizzazione della guerra di corsa degli Stati. Inoltre gli Stati istituirono tribunali competenti a giudicare sulle controversie nascenti dalla cattura *jure belli* di beni di proprietà nemica. In particolare, sorse la necessità in seno agli Stati di sottoporre tutte le prede belliche catturate da navi da guerra ad un tribunale per definire se la cattura fosse legale o meno ³⁵.

In Inghilterra ad esempio, già nel 1357, si rintraccia un caso di reclamo da parte di alcuni commercianti portoghesi relativo a merci sequestrate come preda da catturanti inglesi che fu giudizialmente portato dinanzi all'Ammiragliato inglese, il quale in tempo di guerra funzionava come Corte delle prede ³⁶. Si sviluppò quindi con il tempo l'idea secondo cui, allo scopo di disciplinare la guerra di corsa, fosse necessario istituire un regolare sistema di diritto di preda ³⁷.

³⁴ GREWE, cit., p. 308, GOSSE, cit., pp. 135-149 riguardo i corsari elisabettiani.

³⁵ V. PYKE H. R., *The Law of the Prize Court. A Study of the Legal Character and Sources of British Prize Law*, in *Law Quarterly Review*, 1916, pp. 144-167; ROSCOE E. S., *Prize Court Procedure*, in *British Yearbook of International Law*, 1921-122, pp. 90-98; POTTER H., *The Foundations of Modern Prize Law*, Grotius Transactions, 1925, pp. 37-46; JOHN COLOMBOS C., *Diritto internazionale marittimo*, Roma, 1953, 525-545.

³⁶ Si legga la lettera diretta da Edoardo III al Re di Portogallo « praesertim cum admirallus noster cora quo bona hujusmodi fuerant judicialiter repetita » riportato in JOHN COLOMBOS, cit., p. 525.

³⁷ A tale riguardo, si legga il Proclama reale pubblicato dalla Regina Elisabetta nel 1602 in cui si affermava che « di nessuna preda si potrà disporre prima che sia giudicata dal detto giudice (della Corte dell'Ammiragliato) e questi non abbia ordinato circa la sua disponibilità », o la Commissione conferita nel 1626 da Carlo I a Dudley Lord Carleton ed altri con l'ordine di avere riguardo alle leggi applicabili alle prede che d'ora in poi saranno catturate « da qualunque delle nostre navi per causa bellica o da qualunque nave dei nostri sudditi » essendo Sua Maestà « desiderosa di stabilire al riguardo una norma di procedura che sia corrispondente a giustizia ed alle leggi e consuetudini di questo nostro Regno d'Inghilterra e di altre nazioni con le quali siamo in rapporti di alleanza od ostilità », in JOHN COLOMBOS, cit., p. 525.

a) La patente di corsa

È interessante analizzare in cosa consistessero le autorizzazioni che i sovrani rilasciavano ai « privateers » allo scopo di condurre la c.d. guerra di corsa. Esse erano delle patenti contenenti disposizioni che definivano i limiti entro i quali i corsari potevano legittimamente attaccare il nemico e depredarlo.

A tale proposito è utile riferirci al testo di una di esse, la « Patente con facoltà di armare in guerra un Bastimento con la Bandiera della Maestà Cattolica di Filippo V » rilasciata in data 17 novembre 1718 dal Marchese della Banditella Don Odoardo di Silva e Grunenbergh all'Illustrissimo Pietro Puilobies « prescrivendo le Regole con che vi ha da fare il corso, contra i Turchi, Mori ed altri Inimici della Corona »³⁸.

In tale patente il Console Generale della Maestà Cattolica della nazione spagnola Don Odoardo de Silva affermando che « en estos Mares, y especialmente en los de Levante haya alguno Corsarios, que armen en Corso para perseguir los turcos y otros Piratas que las infestan » concede a Pietro Puilobies « todas las honras, gracias, prerogatives, y exempciones que como tal Capitan Corsarios le pertenencen, y deben ser guardadas a todos los Capitanes de su genero; [...] Portanto en nombre de su Mayestas ordeno, y pido a todos los oficiales de Mar, y de Guerra, como a los de su Reales exercitos, y demas de los Principes Amigos le reconoscan por tal Capitan preminiendo que el citato hà prestado juramento y dado idones fianza en mis manos de que con su no harà Presas ilegítimas, y se arreglarà come debe a la real Ordenanza de su Mayestad, dada en el Pardo à 17 de Noviembre 1718 [...] ».

Nei suoi 40 articoli, questa patente mostra la complessità di norme e prescrizioni a cui il corsaro doveva attenersi per evitare contenziosi e per consentire un sicuro controllo della correttezza del proprio operato³⁹.

Innanzitutto si faceva divieto a tutti i sudditi di prendere patenti o commissioni da Re nemici o Stati stranieri « per armare vascelli in Guerra e scorrere il Mare sotto della loro bandiera se non è che sia con permissione mia

³⁸ Archivio Mediceo del Principato, filza 2131, ins. 38 *Negozi degli Armatori in Corso*, Archivio di Stato di Firenze.

³⁹ V. BONO S., *Lumi e Corsari. Europa e Maghreb nel Settecento*, Perugia, 2005, p. 48.

sotto pena d'esser trattati come Pirati » (art. 5) così come « qualsivoglia Vascello che combattesse sotto d'altra Bandiera che quella dello Stato di cui tenesse, Patente, o Commissione o che senza Patente di due differenti Principi [...] gli Capitani e ufficiali siano castigati come Pirati » (art. 7).

Sarebbero stati considerati “buona presa” « tutti li Vascelli appartenenti a Nemici e quelli comandati da Pirati Corsari e t'altra gente che scorresse il Mare senza Patente di nessun Principe né Stato Sovrano » (art. 6).

Inoltre la patente prescriveva alcune misure di tipo procedurale riguardanti il diritto di presa affinché essa potesse considerarsi legittima. « Subbito che i Cap.ⁿⁱ dei Vascelli armati in Guerra vi fossero impadroniti di alcuni Vascelli, raccoglieranno le loro Patenti, passaporti, Manifesti, polizze di carico e tutti l'altri fogli concernenti al loro Carico » (art. 17). Si faceva divieto « sotto pena della vita a tutti i capi soldati e marinari il che buttino a picchio i Vascelli predati e di sbarcare i prigionieri nell'Isole o coste remote per occultar la presa » (art. 18) oltre affermarsi che « se nelle prese portate ai miei porti da Vascelli di Guerra armati con Patenti o Commissione straniera si trovassero mercanzie appartenenti a Sudditi o aleati di Spagna quelle dei Sudditi saranno restituite e le altre non potranno esser poste in Magazzino ne comprate da Persona alcuna sotto qualsivoglia pretesto, che sia » (art. 16), « [...] e quando per non potere i predatori portar seco il Vascello predato, e gli togliessero solamente le Mercanzie e rilasciassero il tutto per via d'accordo averanno l'obbligo d'impossessarsi dei fogli e di portar seco almeno i due uficiali principali del Vascello predato sotto pena d'esser privati di tutto ciò che li potesse toccar della presa, et anco di castigo corporale se lo richiedesse in caso » (art. 19).

Infine era concesso « a tutta la Gente di Mare, e di Guerra, che navigasse nei detti Vascelli che fortissero in Corso, e gli armatori di essi hanno da godere degli esenzioni, e preminenze così nell'abiti come nelle altre cose, che gode la gente di Milizia di questi Regni » (art. 37).

Dal testo di questa patente di corsa si rileva il numero cospicuo di norme a cui i corsari erano sottoposti. Innanzitutto essi erano autorizzati a condurre la guerra di corsa solo contro determinati nemici, quelli dello Stato di bandiera, in questo caso « i Turchi, i Mori ed altri Inimici della Corona ». Inoltre la patente

doveva considerarsi esclusiva nel senso che un corsaro non poteva possederne più di una pena l'essere considerato un pirata, cioè privo di autorizzazione di qualsiasi Stato e perciò perseguibile da ciascuno degli Stati.

In secondo luogo, era prevista una procedura molto dettagliata per quanto riguarda il diritto di preda loro concesso. Il bottino una volta catturato, doveva essere immediatamente condotto al porto spagnolo più vicino per essere giudicato come “buona presa” ed era fatto assoluto divieto “occultar la presa”.

Inoltre non potevano considerarsi come una presa legittimamente ottenuta le merci appartenenti a sudditi o alleati della Corona di Spagna ⁴⁰.

b) La definizione dei rapporti tra i « privateers » e lo Stato che vi faceva ricorso e i riflessi sul regime della responsabilità

La questione a cui occorre prestare attenzione ora è a quali rapporti la patente di corsa producesse sul piano della responsabilità, dello Stato e del corsaro.

A tale riguardo è opportuno compiere una precisazione riguardo il concetto di guerra connesso ai « privateers ».

Come si è visto, le rappresaglie private autorizzate tramite le lettere di marca e di rappresaglia costituiscono un passaggio significativo tra il concetto

⁴⁰ Si veda, a proposito delle disposizioni contenute nelle patenti di corsa, anche « General Instructions of President Madison to Private Armed Vessels », 1812, riportate in MOORE J. B., *A Digest of International Law*, Vol. VII, p. 544, in cui si afferma, tra l'altro, « 1. The tenor of your commission under the Act of Congress, entitled, 'An act concerning letters of marque, prizes and prize goods', a copy of which is hereto annexed, will be kept constantly in your view. [...] You may nevertheless execute your commission within that distance of the shore of a nation at war with Great Britain, and even on the waters within the jurisdiction of such nation, if permitted so to do.
2. You are to pay the strictest regard to the rights of neutral powers, and the usages of civilized nations; and in all your proceedings towards neutral vessels, you are to give them as little molestation or interruption as will consist with the right of ascertaining their neutral character, and of detaining and bringing them in for regular adjudication, in the proper cases. You are particularly to avoid even the appearance of using force or seduction, with a view to deprive such vessels of their crews or of their passengers, other than persons in the military service of the enemy.
3. Towards enemy vessels and their crews, you are to proceed, in exercising the rights of war, with all the justice and humanity which characterize the nation of which you are members.
4. The master and one or more of the principal persons belonging to the captured vessels, are to be sent, as soon after the capture as may be, to the judge or judges of the proper court in the United States, to be examined upon oath, touching the interest or property of the captured vessel and her lading; and at the same time, are to be delivered to the judge or judges all passes, charter-parties, bills of lading, invoices, letters and other documents, and writings found on board; the said papers to be proved by the affidavit of the commander of the capturing vessel, or some other person present at the capture, to be produced as they were received, without fraud, addition, subduction or embezzlement ».

di guerra privata e quello di guerra pubblica⁴¹. Attraverso le lettere di marca e di rappresaglia, l'autorità sovrana infatti rivendica il controllo delle controversie tra privati quando queste siano suscettibili di interferire nei rapporti *internazionali*. La rappresaglia tuttavia, come si è detto in precedenza, costituiva uno strumento per la soddisfazione di interessi privati, compiuto solitamente dalla parte offesa in seguito all'autorizzazione del sovrano. Inoltre l'azione in rappresaglia poteva compiersi solo in tempo di pace.

È a questo proposito che i « privateers » presentano delle differenze sostanziali rispetto alle rappresaglie private. Il loro utilizzo infatti era consentito solo in tempo di guerra, intendendo riferirsi con tale termine alla guerra *pubblica* ovvero alla guerra autorizzata dall'autorità sovrana contro un altro Stato considerato nemico⁴².

All'interno della categoria di guerra pubblica tuttavia esistevano due diversi modi in cui uno Stato poteva essere in guerra: poteva infatti compiere una guerra pubblica *generale* o *qualificata, perfetta* o *imperfetta*⁴³. Nel caso di guerra pubblica *generale*, lo Stato dichiarava solennemente guerra ad un altro Stato e, in tal modo, autorizzava tutti i cittadini a combattere contro il nemico in qualsiasi circostanza, in tale ipotesi infatti tutti i cittadini agivano in base ad

⁴¹ V. SCHWARZENBERGER, cit., p. 70, secondo cui « sovereigns were anxious to eliminate private war, and they attempted to do so by bringing reprisals under state control and by taking severe measures against piracy. Thus there is definitely a noticeable trend from private war to public war ».

⁴² In tal senso si veda quanto affermato nella sentenza *Talbot v. Jansen*, 1795, in *Prize Cases decided in the United States Supreme Court 1789-1918*, Vol. I, p. 117, in base alla quale « by a due consideration of the law of the nations, [...] no hostilities of any kind [...] can lawfully be practised by one individual of a nation, against an individual of any other nation at enmity with it, but in virtue of some public authority. War can alone be entered into by national authority; it is instituted for national purposes, and directed to national objects; and each individual on both sides is engaged in it as a member of the society to which he belongs, not from motives of personal malignity and ill will. [...] Even in the case of one enemy against another enemy, therefore, there is no colour of justification for any offensive hostile act, unless it be authorized by some act of the government giving the public constitutional sanction to it ».

⁴³ Si veda a tale riguardo il caso *The Eliza* (1800) deciso dalla Corte Suprema statunitense, in *Prize Cases decided in the United States Supreme Court 1789-1918*, cit., p. 157. In particolare, si veda l'opinione del giudice Washington: « I believe that every contention by force between two nations, in external matters, under the authority of their respective governments, is not only war, but public war. If it be declared in form, it is called *solemn*, and is of the perfect kind; because one whole nation is at war with another whole nation; and *all* the members of the nation declaring war, are authorized to commit hostilities against all the members of the other, in every place, and under every circumstance. In such a war all the members act under a general authority, and all the rights and consequences of war attach to their condition. But hostilities may subsist between two nations more confined in its nature and extent, being limited as to places, persons, and things; and this is more properly termed *imperfect war*; because not solemn, and because those who are authorized to commit hostilities, act under special authority, and go no farther than to the extent of their commission. Still, however, it is a *public* war, because it is an external contention by force, between some of the members of the two nations, though all the members are not authorised to commit hostilities such as in solemn war, where the government restrain the general power ».

una generale autorizzazione. Nel caso invece di guerra pubblica *qualificata*, vi era una guerra, anche se non dichiarata ufficialmente, tra due Stati in cui erano autorizzati a combattere non tutti i cittadini ma solo determinate persone, appunto i « privateers », sulla base di una speciale autorizzazione concessa loro dall'autorità sovrana.

Si constata dunque che, con l'utilizzo dei « privateers », la guerra si caratterizza come *pubblica*, cioè combattuta contro i nemici dello Stato e autorizzata dall'autorità sovrana, ma *qualificata*.

Tali precisazioni appaiono utili soprattutto per comprendere meglio la disciplina a cui i « privateers » erano sottoposti e le conseguenze giuridiche che ciò comportava nei rapporti tra loro e lo Stato che li assumeva. La questione riveste un interesse particolare poiché i « privateers » pur svolgendo una funzione *pubblica*, rimanevano dei soggetti privati anche in seguito all'autorizzazione ricevuta dallo Stato attraverso la lettera di marca. Ciò è reso chiaro da Lord Stowell, giudice della Corte dell'Ammiragliato inglese, il quale affermò: « that privateers are private property in one sense is certainly true; but they have at the same time a public character impressed upon them by their employment: *though they are private property, they are still private property employed in the public service. A privateer has no public character unless she is in actual employment at the time as such* »⁴⁴.

Il carattere privato del « privateer », pur svolgendo una funzione pubblica, dava vita a due diversi piani di responsabilità, analogamente a quanto visto nel caso delle rappresaglie private. I livelli di responsabilità distinti corrispondono ai principali soggetti coinvolti nella guerra di corsa: lo Stato, o comunque il sovrano che autorizzava l'attività di « privateering », e il proprietario ed armatore della nave corsara a cui era rilasciata la patente di corsa. Dalle sentenze prese in esame si ricava infatti una distinzione operata dai giudici in tal senso che analizzeremo qui di seguito.

⁴⁴ *Edward's Admiralty Reports*, 271, riportato in *Art. IV. – On Prize and Booty of War*, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence* 1848, pp. 281-330, corsivo aggiunto. Si legga sempre in *Art. IV. – On Prize and Booty of War*, p. 298, la curiosa definizione data da Sir Leonine Jenkins dei « privateers », secondo cui « the privateers in our wars are like the Mathematici (Astrologers) of old Rome, a sort of people that will always be found fault with, but still made use of ».

Per quanto concerne il proprietario della nave, ovvero colui che si impegnava dinanzi allo Stato per conto dell'equipaggio della nave relativamente al rispetto delle istruzioni contenute nella patente di corsa e, più in generale, sulla buona condotta che i membri dell'equipaggio stesso avrebbero dovuto tenere nell'attività corsara ⁴⁵, si può affermare che nel caso in cui ciò non fosse avvenuto e dunque l'equipaggio della nave si fosse reso responsabile di illeciti, ad esempio di danni e di spoliazioni compiute sulla nave catturata prima che questa fosse stata giudicata come "buona presa" dal tribunale competente, il proprietario della nave corsara si rendeva responsabile per la condotta dei suoi agenti, degli ufficiali e dell'equipaggio della nave, nei confronti "di tutto il mondo" ⁴⁶.

L'indipendenza, per così dire, dell'armatore della nave corsara rispetto allo Stato che lo ha autorizzato, sul piano della responsabilità, trova conferma anche in altre sentenze soprattutto della Corte suprema statunitense che funzionava in tempo di guerra come Corte delle Prede. Peraltro nelle sentenze esaminate, accanto alla responsabilità del proprietario del « privateer », sono definiti gli obblighi che lo Stato è tenuto a rispettare.

Ad esempio, nel caso *The Amiable Nancy* ⁴⁷, il giudice Story se da un lato afferma che « the owners of the privateer upon whom the law has, from motives of policy, devolved a responsibility for the conduct of the officers and crew employed by them », dall'altra dichiara che « while the government of the country shall choose to authorize the employment of privateers in its public wars, with the knowledge that such employment cannot be exempt from occasional irregularities and improper conduct, it cannot be the duty of the

⁴⁵ In tal senso si veda, oltre le disposizioni delle patenti di corsa già esaminate, anche quanto affermato in MOORE, cit., p. 543, secondo cui « by the law of most of the nations of Europe, the owners of privateers are required to give bond and security, in amount from \$8,000 to \$12,000, to comply with the regulations concerning their cruising, and to prevent them from committing illegal acts ». Vedi anche Art. X. – *The Law on Privateers and Letters of Marque*, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence* 1853-1854, p. 161, in cui si afferma che « the owners, before the commission is granted, give security to the Admiralty to make compensation for any violation of the treaties subsisting with those powers towards whom the nation is at peace, and to forbear from employing any such vessel in smuggling ».

⁴⁶ L'espressione utilizzata è la traduzione in italiano di quanto affermato nella sentenza *Del Col v. Arnold*, 1796, in *Prize Cases Decided in the United Supreme Court 1789-1918*, Vol. I, Oxford, 1923, p. 151, secondo cui « [...] that the owners of the privateers are responsible for the conduct of their agents, the officers and crew, to all the world; and that measure of such responsibility is the full value of the property injured, or destroyed », corsivo aggiunto.

⁴⁷ *The Amiable Nancy*, 1818, in *Prize Cases*, cit., p. 1026-1027.

courts of justice to defeat the policy if the government, by burthening the service with a responsibility beyond what justice requires [...] intended to punish offenders ».

In altri termini, l'autorizzazione concessa dallo Stato al « privateer » non significava che lo Stato doveva essere considerato, solo per tale motivo, direttamente responsabile per gli illeciti commessi dall'equipaggio della nave: « the simple fact that the captors were in possession of a French commission, or that their character had been recognized by the authorities of France at some time before or after the alleged wrong, was not deemed sufficient of itself to charge their government. A commissioned cruiser may be guilty of crimes on the ocean, for which his commission will not protect him; and where this is the fact, the offence cannot by any fair interpretation be imputed to the nation whose flag he has abused. [...] It is the duty of the nation whose flag he sails under, to take care in either case that the appropriate redress is not withheld » ⁴⁸.

Quella dello Stato che ha autorizzato l'attività di corsa costituisce un livello secondario di responsabilità sul piano internazionale, ed equivale alla non ottemperanza dell'obbligo di istituire sul proprio territorio dei rimedi allo scopo di giudicare le prese attraverso un proprio processo. In tal senso, si veda quanto affermato dal giudice Story, secondo cui « before the ship or goods be disposed of by the captor there must be a regular judicial proceedings, wherein both parties may be heard, and condemnation thereupon as prize in a court of admiralty, judging by the law of nations and treaties » ⁴⁹.

Nonostante quindi la difficoltà di esercitare un effettivo controllo sull'attività corsara, lo Stato doveva dimostrare di aver istituito sul proprio territorio tutti quei meccanismi idonei a controllare che le prese dei « privateers » fossero compiute lecitamente ⁵⁰.

⁴⁸ *French Indemnity, Notes on Some of the Questions Decided by the Board of Commissioners under the Convention with France, of 4th July 1831*, Philadelphia, 1836, p. 397.

⁴⁹ *The Sloop Townsend*, 1907, in *American Journal of International Law*, 1908, 2, pp. 421-433.

⁵⁰ Si veda quanto affermato in MOORE, cit., Vol. VII, 549: « It has been found essentially necessary from the experience of all maritime nations to place all privateers navigating by their authority under rigorous instructions, to prevent them from degenerating into pirates. [...] That rules and regulations for the government of privateers, and tribunals for the trials of captures made by them conformably to the laws of nations, are held to be indispensable, and are the only safeguard by which foreign nations can trace the line of discrimination between freebooters and lawful belligerents ». A conferma di ciò, si veda anche

Lo strumento attraverso il quale lo Stato esercitava un controllo nei loro confronti era la Corte dell'Ammiragliato, in Inghilterra, o comunque la Corte delle Prede che ciascuno Stato si apprestava ad istituire prima di iniziare la guerra. Tali Corti esercitavano peraltro un controllo preventivo e successivo. Preventivo poiché, come ad esempio avveniva in Gran Bretagna, esse avevano il compito di assegnare le lettere di marca prima dello scoppio delle ostilità⁵¹. Era questo il momento in cui l'armatore della nave corsara doveva prestare all'Ammiragliato garanzie sull'eventuale riparazione che egli avrebbe dovuto prestare nel caso di catture effettuate illegittimamente e doveva assicurare che la nave corsara non avrebbe violato i diritti degli Stati con cui lo Stato per conto del quale combatteva era in pace⁵².

Il controllo sull'operato dei corsari avveniva anche successivamente la cattura poiché solo dopo che la presa era giudicata come "buona" dalla Corte, i diritti di proprietà sui beni catturati erano trasferiti dal vecchio ai nuovi proprietari, il proprietario della nave corsara e l'equipaggio della stessa⁵³.

La patente poteva inoltre essere revocata dalla Corte per cattiva condotta della nave o per atti crudeli compiuti dal suo equipaggio⁵⁴.

quanto affermato dal Segretario di Stato americano Buchanan, nel 1847, in MOORE, cit., Vol. II, p. 973: « whenever civilized governments resort to thi expedient [the issuing of letters of marque and reprisal] to annoy their enemies, they adopt the regulations and restrictions necessary to prevent or punish abuses almost necessarily arising from the grant to private individuals of the authority to make war upon the ocean. Responsible securities are required in such cases from the commanders of privateers, to prevent them from abusing their high trust. By means such as these the rights of the citizens and subjects of the power granting the commission, as well as those of neutrals, are maintained, and the rights of war, according to the practice of civilized nations, are secured even to the enemy. These precautions are necessary to prevent such commissions from falling into the hands of freebooters, slave traders, and pirates prepared to violate all laws, human and divine, in the pursuit of plunder ».

⁵¹ V. HARRINGTON M. P., *The Legacy of the Colonial Vice-Admiralty Courts (Part II)*, in *Journal of Maritime Law & Commerce* (1996), p. 328, in cui si afferma che « beginning in 1708, Parliament passed a series of prize acts that gave a statutory right to a portion of vessels taken as prize. These acts also contained instructions to privateers, which required that prizes be brought before a court for adjudication and the evidence be preserved. In addition owners of privateers were required to provide adequate surety for the observance of the instructions. This requirement enabled the prize court to exercise a disciplinary function over privateers in addition to its role in adjudicating whether a particular vessel was prize or not ».

⁵² In *Art. IV. – On Prize and Booty of War*, cit., p. 298.

⁵³ Il corsaro incorreva nell'accusa di pirateria nel caso in cui la cattura, sebbene compiuta nei termini della commissione ricevuta, non fosse stata giudicata tale dalla Corte dell'Ammiragliato. A tale riguardo E. NYS, *Francis Lieber — His life and his work*, in *A.J.I.L.* (1911), pp. 355-393, riporta che « Captain Kidd, accused of piracy in 1698, produced an absolutely regular commission in order to justify himself; but the court objected that it did not suffice to show a regular license or commission; it was necessary to give proof that the captured vessels had been condemned by a court of prize. In not having his prizes sanctioned by a competent court, Captain Kidd had acted contrary to the commission which he showed, contrary to maritime law, and he had rendered himself guilty of piracy. He was condemned to death as a pirate and executed ».

⁵⁴ *The Marianne*, 5 *Robinson's Admiralty Reports*, 9, *ibidem*, in cui Lord Stowell dichiarò che « the offence charged to be of a very atrocious kind and which if proved would draw with it a forfeiture of the letter of

Lo Stato infine poteva revocare, ma solo in casi eccezionali, l'autorizzazione anche dopo lo scoppio delle ostilità ovvero poteva sequestrare la cattura compiuta dai « privateers » se riteneva che ciò fosse più opportuno ai fini degli interessi generali dello Stato o della sua politica nazionale. Ciò è reso chiaro da Lord Stowell nel caso *Elsebe* in cui si afferma che « the captors bring in their prizes subject in all cases to such interposition of the Crown; but such interposition is, and ought to be, of rare occurrence, and only under very special circumstances; as, for instance, where the detention of the vessel may be detrimental to the general interests of the country »⁵⁵.

c) La Dichiarazione di Parigi del 1856 e la successiva scomparsa del fenomeno

La situazione che si presentava agli inizi del XIX secolo vedeva tutti gli Stati utilizzare la guerra di corsa nelle proprie guerre. Se da un lato, l'utilizzo dei « privateers » era dunque considerato come legittimo, dall'altra spesso le violazioni commesse da tali “truppe ausiliarie” conducevano spesso a proteste da parte degli Stati, soprattutto quelli neutrali, le cui navi mercantili erano spesso vittime di depredazioni, che davano vita a richieste di indennizzi per le perdite subite⁵⁶. Anche da parte degli Stati che ne facevano maggiormente uso, come ad esempio gli Stati Uniti d'America, i quali, agli inizi del XIX secolo, erano una nazione giovane e dunque priva di un esercito stabile sufficientemente forte, provenivano proteste sulla mancanza di controllo nei

marque ».

⁵⁵ *The Elsebe*, 5 *Robinson's Admiralty Reports*, 173, in *Art. IV. – On Prize and Booty of War*, cit. A tale proposito si veda anche quanto affermato dal giudice Story nel caso *The Thomas Gibbons*, 1814, in *Prize Cases*, cit., p. 639, secondo cui « it is very clear that the president has, under the prize act, power to grant, annul and revoke, at his pleasure, the commission of privateers; and by the act declaring war, he is authorized to issue the commission in such form as he shall deem fit. The right of capture is entirely derived from the law: it is not an absolute, vested right which cannot be taken away or modified by law. [...] In this view, the commission is qualified and restrained by the power of the president to issue instructions. The privateer takes it subject to such power, and contracts to act in obedience to all the instructions which the president may lawfully promulgate. [...] It has been the great object of every maritime nation to restrain and regulate the conduct of privateers: they are watched with great anxiety and vigilance, because they may often involve the nation, by irregularities of conduct, in serious controversies, not only with public enemies, but also with neutrals and allies. If a power did not exist to restrain their operations in war, the public faith might be violated, cartels and flags of truce might be disregarded, and endless embarrassments arise in the negotiations with foreign powers ».

⁵⁶ V. HOUSE G. W., *The French Spoliation Cases – An Unanswered Question*, in *Virginia Journal of International Law*, 1971-1972, pp. 120-131.

confronti di tali truppe e la loro scarsa professionalità⁵⁷. Ciò fece sorgere l'esigenza da parte di alcuni Stati particolarmente colpiti da questo fenomeno, di accordarsi allo scopo di garantire l'inviolabilità delle merci dei neutrali⁵⁸.

A ciò occorre aggiungere anche la constatazione che l'assenza di norme che disciplinassero il commercio marittimo e il principio della « libertà dei mari » di fatto costituissero dei vantaggi per gli Stati più forti, quale era la Gran Bretagna, la quale attraverso la corsa marittima era riuscita ad ottenere la propria supremazia marittima e commerciale e, sempre attraverso di essa, a mantenerla⁵⁹.

Non tardarono quindi tentativi da parte degli Stati, individualmente o in accordo tra di loro, di concludere alleanze allo scopo di garantire tra le parti contraenti il rispetto dei diritti commerciali dei neutrali e lo stabilimento di alleanze armate allo scopo di difendere tali diritti. Da cui la definizione di « Armed Neutrality » date a questi patti. Tra quest'ultimi si ricordi in particolare quelli stipulati tra la Danimarca e la Svezia nel 1691 e nel 1693 per garantire il commercio neutrale nel Mar Baltico⁶⁰.

Il tentativo tuttavia più riuscito di un'alleanza armata fu quello proposto da Caterina II di Russia attraverso la costituzione, il 26 febbraio 1780, della c.d. « Prima Neutralità Armata ». In tale documento, che trasse origine dalla protesta russa per la cattura di due navi commerciali russe da parte di

⁵⁷ A tale proposito si leggano le significative affermazioni del Segretario di Stato statunitense Jefferson, in MOORE, cit., p. 546 ss., secondo cui « the right to employ this kind of extraordinary naval force is unquestioned, nor is it at all against the usage of nations in times past to grant commissions even to privateers owned by aliens. [...] A nation which maintains no great navy is thus enabled to call into activity a temporary force, on brief notice, and at small cost. Thus an inferior state, with a large commercial marine, can approach on the sea nearer to an equality with a larger rival, having a powerful fleet at its disposal. And as aggressions are likely to come from large powers, privateering may be a means, and perhaps the only effectual means, of obtaining justice to which a small commercial state can resort. On the other hand, the system of privateering is attended with very great evils. (1) The motive is plunder. It is nearly impossible that the feeling of honor and regard for professional reputation should act upon the privateersman's mind. And when his occupation on the sea is ended, he returns with something of the spirit of a robber to infest society. [...] The control over such crews is slight, while they need great control. They are made up of bold, lawless men, and are where no superior authority can watch or direct them. The responsibility at the best can only be remote ».

⁵⁸ V. OPPENHEIM L., *International Law A Treatise. Vol. II Disputes, War and Neutrality*, London, 1955, p. 629, secondo cui « as privateering was legitimate and in general use, neutral commerce was considerably disturbed during every war between naval States ».

⁵⁹ Sul concetto di neutralità v. COLOMBOS, cit., p. 392-399; GREWE, cit., pp. 367-393. Più in generale sulla supremazia inglese v. MAHAN A. T., *The Influence of Sea Power upon the French Revolution and Empire*, Vol. II, pp. 207-214.

⁶⁰ V. KULSRUD C. J., *Armed Neutralities to 1780*, in *American Journal of International Law*, 1935, pp. 423-447; CARTER A. C., *The Dutch as Neutrals in the Seven Years War*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1963, pp. 818-834; HELFMAN T., cit., pp. 549-586.

« privateers » inglesi, si sanciva il principio secondo cui « all neutral vessels might, of right, navigate freely from port to port and along the coasts of nations at war; which laid down the principle of Free Ships Free Goods »⁶¹. Numerosi Stati aderirono alla Dichiarazione ed anche coloro che non conclusero alcun trattato con la Russia, come gli Stati Uniti, la Francia e la Spagna, riconobbero formalmente tali principi. A questa « Prima Neutralità Armata » ne seguì una seconda, nel 1800, per volontà del successore di Caterina II, lo zar Paolo⁶².

Il fenomeno della corsa marittima fu abolito ufficialmente nel 1856 dagli Stati firmatari del Trattato di Parigi (Francia, Gran Bretagna, Russia, Prussia, Austria, Regno di Sardegna e Turchia) concluso alla fine della guerra di Crimea. A tale trattato fu allegata infatti una Dichiarazione nella quale si affermavano alcuni principi particolarmente importanti al fine di introdurre una disciplina uniforme sul diritto marittimo in tempo di guerra e di garantire il rispetto dei neutrali. Innanzitutto all'articolo 1 si stabiliva che il « privateering is, and remain abolished » mentre, per quanto concerneva il diritto di preda, si ammetteva la cattura da parte di un belligerante di navi neutrali che trasportassero merci nemiche escludendo invece la cattura delle merci neutrali anche se a bordo di navi nemiche⁶³.

La portata innovativa della Dichiarazione di Parigi consisteva essenzialmente nell'adesione ad essa della Gran Bretagna, potenza marittima che aveva sempre considerato il « privateering » una pratica legittima⁶⁴.

Sebbene al momento della firma della Dichiarazione i principi in essa contenuti non corrispondessero ad una norma internazionale consuetudinaria, successivamente la maggioranza degli Stati vi aderì, tranne gli Stati Uniti e il Venezuela. È da sottolineare come la posizione statunitense, la quale difendeva il ricorso alla corsa marittima⁶⁵, fu in seguito duramente criticata dalla Gran

⁶¹ V. THOMSON, cit., p. 70.

⁶² V. COLOMBOS, cit., p. 398.

⁶³ V. MALKIN H. W., *The Inner History of the Declaration of Paris*, in *British Yearbook of International Law*, 1927, pp. 8-44; PHILLIPS G. I., *The Declaration of Paris*, in *Law Quarterly Review* 1918, pp. 63-71.

⁶⁴ V. in U.K. *Hansard Parliamentary Debates*, 3d ser., vol. 142 (1856), col. 539, il dibattito all'interno dell'House of Lords riguardo l'adesione alla Dichiarazione di Parigi, secondo cui il governo inglese intendeva « surrender a right which belonged to us, which was established as a right by all jurists of earlier days, which has been upheld by every statesman of importance in this country [as the] mainstay of the naval power of England ».

⁶⁵ V. in PIGGOTT F., *The Declaration of Paris*, 1856, London, 1919, p. 395, la dichiarazione resa dal Segretario di Stato statunitense all'indomani della firma della Dichiarazione di Parigi, secondo cui « the

Bretagna, paese che aveva fatto in passato un ricorso massiccio ai « privateers ». Dopo il 1856 la Gran Bretagna si presentava dunque come una forte sostenitrice del divieto della corsa marittima intendendo in tal modo proteggere i propri commerci marittimi, ormai stabilizzatisi, dalle incursioni dei corsari operanti per conto degli altri Stati ⁶⁶.

In seguito alla Dichiarazione del 1856 il ricorso ai « privateers » si fece sempre più raro. Gli Stati Uniti, durante la guerra civile americana, trovandosi per la prima volta minacciati dai continui attacchi corsari da parte delle truppe confederate, chiesero alla Francia e alla Gran Bretagna, paesi neutrali al conflitto, di non riconoscere loro lo *status* di belligerante. Infine, nel 1898, nella guerra marittima tra Spagna e Stati Uniti, nessuna delle due parti fece ricorso alla guerra di corsa anzi, il Congresso statunitense dichiarò di sentirsi vincolato ai principi contenuti nella Dichiarazione di Parigi del 1856, pur non avendola ratificata ⁶⁷.

4. La pirateria

Una definizione generalmente accettata di pirateria è oggi quella secondo cui essa consisterebbe in atti illeciti commessi in alto mare dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave privata contro un'altra nave per scopi privati ⁶⁸.

right to resort to privateers is as clear as the right to use public armed ships, and as incontestable as any other right appertaining to belligerents. The policy of that law has been occasionally questioned, not, however, by the best authorities; but the law itself has been universally admitted, and most nations have not hesitated to avail themselves of it; it is well sustained by practice and public opinion as any other to be found in the Maritime Code ».

⁶⁶ Si legga in MALKIN, cit., p. 30, quanto scritto al delegato statunitense dal rappresentante inglese: « Privateering is a kind of Piracy which disgraces our Civilisation, its abolition throughout the world would be a great step in advance ».

⁶⁷ *Ibidem*, p. 43. V. OPPENHEIM L., cit., p. 461, il quale, riguardo l'adesione ai principi contenuti nella Dichiarazione di Parigi del 1856, afferma che « since, with the exception of the United States of America and a few other States, all members of the Family of Nations are now parties to the Declaration of Paris, it may well be maintained that the rules quoted are general International Law, the more so as the non-signatory Powers have hitherto in practice always acted in accordance with those rules ».

⁶⁸ Art. 101 della Convenzione di Montego Bay, 1982, in <http://www.un.org/Depts/los/convention/agreements/text/unclos>, secondo cui « piracy consists of any of the following acts: (a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b) ». Per una definizione di pirateria, vedi anche OPPENHEIM L., cit., p. 608; COLOMBOS, cit., p. 256.

La caratteristica principale dell'atto di pirateria consisterebbe dunque nell'essere *privato* e, sotto questo aspetto, esso si distinguerebbe dall'atto di « privateering » per non essere autorizzato attraverso la patente di corsa da alcuno Stato e dunque per non essere sottoposto ad alcun controllo da parte dell'autorità sovrana ⁶⁹.

Tale *denazionalizzazione* ha fatto sì che gli Stati definissero i pirati come « *hostes generis humani* » potendo perciò essere perseguiti da tutti gli Stati membri della comunità internazionale in deroga alla norma secondo cui ciascuna nave è sottoposta all'esclusiva giurisdizione dello Stato di bandiera ⁷⁰. Numerosi documenti risalenti ai secoli XVI e XVII confermerebbero ciò, come ad esempio la dichiarazione resa dagli Stati Generali olandesi in base alla quale i pirati potevano essere puniti da qualsiasi principe e la punizione doveva essere esemplare in modo da servire da monito per gli altri ⁷¹. In modo analogo si esprimeva anche il giudice dell'Ammiragliato inglese Sir Leonine Jenkins

⁶⁹ In dottrina si veda GREWE, cit., e VERZIJL, cit., Part IV, p. 253. La distinzione da noi operata trova conferma nella prassi giurisprudenziale del periodo considerato: si veda ad esempio il caso *Virginus*, riportato in MOORE, cit., Vol. II, p. 967, in cui ci si rifà alla definizione secondo cui « this crime [is] the offence of depredating on the sea without being authorized by any sovereign State, or with commission from different sovereigns at war with each other, [...] to constitute piracy *jure gentium*, it is necessary, first, that the offence be adequate in degree [...], must be committed on the high seas and not within the territorial jurisdiction of any nation; and, second, that the offenders, at the time of the commission of the act, should be in fact free from lawful authority ». Vedi anche *The Amiable Isabella* 1821, in *Prize Cases*, cit., pp. 1107, in cui si afferma che « with regard to private armed vessels, unless they have a public commission, their acts are absolutely unlawful, and all board may be treated as pirates. At all events, they can derive no title under captures thus made, unless they have a commission. [...] Nor can the commission be issued to the inanimate machine. It must be to the organized association of human beings who are to control and govern them, such an association would be nothing but a band of pirates. The interests of mankind will not tolerate the existence of such a monster as a ship of war without a lawful commander ». Infine si veda *The Gran Para* 1822, in *Prize Cases*, cit., p. 1211, in cui si afferma : « this Court inquire into every seizure on the high seas, for the purpose of ascertaining whether the taking were lawful or piratical; for if there be no commission, the seizure is piracy *de facto* and *de jure*, and renders the captors responsible *civiliter et criminaliter*. [...] Every such tribunal, therefore, will inquire, *first*, into the existence of a commission; *secondly*, the competency of the power granting it; both of which are essential in order to distinguish *capture* from *piracy*, and the commission issued by a state or nation from that which is granted by a few associated persons, or an isolated individual, who have assumed the exercise of sovereign powers ».

⁷⁰ Si veda il caso *Re Tivnan*, 1864, in *British International Law Cases*, Vol. 6, 1967, p. 414, in cui si afferma che « a pirate, under the law of nations, is an enemy of the human race. Being the enemy of all, he is liable to be punished by all. Any act which denotes this universal hostility, is an act of piracy. Not only an actual robbery therefore, but cruising on the high seas without commission, and with intent to rob, is piracy. This is an offence against all and every nation, and is therefore alike punishable by all. [...] Piracy under the law of nations, which alone is punishable by all nations, can only consist in an act which is an offence against all. No particular nation can increase or diminish the list of offences thus punishable ». Si veda anche il caso *Le Louis, Forest*, 1817, in *British International Law Cases*, cit., Vol. 3, p. 695, in cui si dichiara che « all nations has a right to seize pirates, because they were general robbers, *hostes humani generis*; their violence was not confined to one nation, but was universal; and the general law of self-preservation gave a right to all to seize persons so conducting themselves. [...] With professed pirates there is no state of peace. They are the enemies of every country, and at all times; and therefore are universally subject to the extreme rights of war ».

⁷¹ GREWE, cit., p. 306.

secondo cui « every body is commissioned, and is to be armed against them [pirates] as against rebels and traitors, to subdue and to root them put »⁷² nonché la dottrina dell'epoca la quale si esprimeva nel senso che le navi di qualsiasi Stato fossero autorizzate a catturare i pirati, anzi, che sussistesse un obbligo giuridico in capo agli Stati in tale senso⁷³.

Tuttavia nell'analisi delle patenti di corsa operata precedentemente, un elemento riscontrabile è quello secondo cui, in talune ipotesi, lo stesso « privateer » potesse essere giudicato come pirata. In particolare, ciò poteva avvenire qualora la nave corsara avesse attaccato navi di Stati non in guerra con lo Stato che autorizzava la corsa⁷⁴. Allo stesso modo, il corsaro incorreva nell'accusa di pirateria nel caso in cui si fosse impossessato della proprietà dei beni catturati senza che la Corte delle prede li avesse giudicati come “buona presa”⁷⁵ ovvero quando il corsaro avesse posseduto più di una patente di corsa derivante da differenti sovrani.

Peraltro gli Stati spesso definivano come pirata un soggetto privato che per il paese nemico era un « privateer ». Così avvenne, ad esempio, nella guerra d'indipendenza delle colonie statunitensi dalla madrepatria inglese, in cui il corsaro Paul Jones era considerato in Inghilterra come un pirata o come avvenne durante la guerra civile americana in cui il governo federale dichiarò che « it would treat all privateers supplied with letters of marque by the Confederacy as pirates, because the Confederacy was in revolt against the

⁷² *Ibidem*.

⁷³ V. GENTILI A., in *De iure belli libri tres*, 1588/59, part. 1, Ch. 25, secondo cui « piratica est contra ius gentium et contra humanae societatis communionem. Et itaque promeretur bellum ab omnibus; quia in eo iure laesi omnes laeso omnes et singuli in se laedi deinceps possunt », GROZIO, in *De iure belli ac pacis libri tres*, 1655, Part. 2, Ch. 17, secondo cui « es neglectu tenentur reges ac magistratus, qui ad inhibenda latrocinia et piraticam non adhibent ea quae possunt ac debent remedia ».

⁷⁴ Si veda *Art. VI. - On Prize and Booty of War*, cit., p. 298.

⁷⁵ Il corsaro infatti incorreva nell'accusa di pirateria nel caso in cui la cattura, sebbene compiuta nei termini previsti nella patente di corsa, non fosse stata giudicata tale dalla Corte dell'Ammiragliato. In tal senso, si veda quanto riportato a proposito di Capitan Kidd in NYS E., *Francis Lieber – His Life and His Work*, in *American Journal of International Law*, 1911, pp. 355-393, secondo cui « Captain Kidd, accused of piracy in 1698, produced an absolutely regular commission in order to justify himself; but the Court objected that it did not suffice to show a regular license or commission; it was necessary to give proof that the captured vessels has been condemned by a court of prize. In not having his prizes sanctioned by a competent court, Captain Kidd has acted contrary to the commission which he showed, contrary to the maritime law, and he had rendered himself guilty of piracy. He was condemned to death as a pirate and executed ».

legitimate authority and could not be considered a sovereign and regular government »⁷⁶.

Tale utilizzo del termine pirateria ha fatto parlare alcuni autori in dottrina di *pseudo-piracy* o *piracy per analogiam*⁷⁷. A tale proposito occorre compiere, da ultimo, un accenno ai cd. « Stati barbareschi », cioè alle province dell'Impero Ottomano situate sulla costa africana settentrionale, le cui capitali, in particolare Algeri, Tunisi e Tripoli, avevano fatto dell'attività corsara la loro principale attività economica⁷⁸.

Nonostante la definizione di pirati data dai regnanti europei a tali popolazioni, tuttavia essi intrattennero intense relazioni diplomatiche con essi allo scopo di garantire alle proprie navi ed ai propri sudditi il rispetto da parte di questi Stati, e soprattutto l'immunità dai loro attacchi, poiché ciò rappresentava una indispensabile condizione di vantaggio nella concorrenza commerciale con altre nazioni. Strinsero con essi soprattutto alleanze militari, come avvenne ad esempio nel 1543 quando Francesco I re di Francia concluse un'alleanza con Solimano e Kheyr-ed-din, condottiero e capo degli « Stati barbareschi », il quale fu invitato a Marsiglia e accolto come un Capo di Stato⁷⁹. Sul piano giuridico dunque, nonostante l'impropria definizione di «pirati», essi erano considerati dell'entità statali al pari di quelle europee⁸⁰.

⁷⁶ NYS, cit., p. 365. A proposito dei diversi significati che nel corso delle epoche sono stati dati alla pirateria, si veda l'ottimo studio di RUBIN A. P., *The Law of Piracy*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 15, 1986-1987, pp. 173-233, il quale distingue almeno sei diversi significati attribuiti alla pirateria, i quali consisterebbero in « (1) a vernacular usage with no direct legal implications; (2) an international law meaning related to unrecognized States or recognized States whose governments are not considered to be empowered at international law to authorize the sorts of public activity, like the Barbary States of about 1600-1830 [...]; (3) an international law meaning related to unrecognized belligerency, like Confederate States commerce raiders and privateers during the American Civil War of 1861-65 in the eyes of the Federal Government of the United States; (4) an international law meaning related to the private acts of foreigners against other foreigners in circumstances making criminal jurisdiction by a third states acceptable to the international community despite the absence of the usual territorial or nationality links [...]; (5) various special international law meanings derived from particular treaty negotiations; and (6) various municipal law meanings defined by the statutes and practices of individual states ».

⁷⁷ V. VERZIJL, cit., p. 255 e RUBIN, p. 173.

⁷⁸ Sugli Stati barbareschi si veda GOSSE P., *Soria della pirateria*, Firenze, 1962, p. 21, BONO S., *I corsari barbareschi*, 1964, Torino, ID., *Il Mediterraneo da Lepanto a Barcellona*, 1999, Perugia, DE MONTMORENCY J. E. G., *Piracy and the Barbary Corsairs*, in *Law Quarterly Review*, vol. 35, 1919, pp. 133-142, MOSSNER J., *The Barbary Powers in International Law*, in *Grotian Society Papers, Studies in the History of the Law of Nations*, The Hague, 1972, pp. 197-221.

⁷⁹ GOSSE, cit., pp. 39-40. Secondo l'a. furono proprio i contrasti tra le nazioni euro-cristiane che permisero a tali Stati di svilupparsi: « Le risorse dell'Europa occidentale, lo sviluppo della sua potenza nazionale, la qualità dei suoi eserciti e delle sue flotte avrebbero probabilmente consentito di tenere il Mediterraneo pressoché sgombro, se quello sforzo non fosse stato costantemente frustrato dalle lotte che avvenivano tra le stesse nazioni cristiane ». Si veda BONO, *I corsari barbareschi*, cit., in particolare p. 57 ss.

⁸⁰ Si veda in tal senso quanto affermato dal giudice Scott nel caso *The Helena*, 1801, in *British International*

5. Il fenomeno del mercenarismo a partire dall'epoca medievale fino alla formazione dello Stato moderno

a) I mercenari in epoca medievale

Tra i soggetti privati a cui erano delegate funzioni militari, occorre occuparsi soprattutto della figura del mercenario, intendendo riferirsi con tale termine ad una persona che combatte per un governo o un'entità straniera dietro pagamento di un compenso. Si ritiene che il fenomeno sia tra i più antichi, addirittura che le armate dell'antica Grecia e dell'Impero romano fossero costituite quasi per intero da mercenari⁸¹. Nel seguente paragrafo daremo conto della figura del mercenario a partire dall'epoca medievale fino alla formazione dello Stato moderno considerando, in particolare, alcune forme di mercenarismo che si svilupparono nel periodo considerato e tralasciando la figura del mercenario come si configura nel secolo XX la quale sarà approfondita nel capitolo seguente⁸².

Nel continente europeo è in epoca medievale che tale fenomeno assume dimensioni considerevoli per una serie di ragioni. Innanzitutto per l'estrema frammentazione delle entità politiche formatesi all'indomani della caduta

Law Cases, cit., Vol. 3, p. 770, riguardo ad una controversia sorta in merito alla legittimità o meno di una presa di una nave inglese da un cittadino algerino: « this ship appears to have been taken by the Algerines; and it is argued, that the Algerines are to be considered in this acts as pirates, and that no legal conversion of property can be derived from their piratical seizure. Certain it is, that the African states were so considered many years ago, but they have long acquired the character of established governments, with whom we have regular treaties, acknowledging and confirming to them the relations of legal states. Although their notions of justice, to be observed between nations, differ from those which we entertain, we do not, on that account, venture to call in question their public acts. As to the mode of confiscation, which may have taken place on this vessel, whether by formal sentence or not, we must presume it was done regularly in their way ».

La posizione tenuta dalle nazioni europee nei confronti degli Stati barbareschi incontrò peraltro critiche. Fra tutte, si ricordi quanto affermato da MURATORI A., in *Annali d'Italia*, XII, Milano, 1749, p. 146, con riferimento all'anno 1726, secondo cui « Sempre sarà (non si può tacere) vergogna de i Potentati della Cristianità, sì Cattolici che Protestanti, il veder che in vece di unir le loro forze per ischiantar, come potrebbero, que' nidi di scellerati Corsari, vanno di tanto in tanto a mendicar da essi con preghiere e regali, per non dire con tributi, la loro amistà, che poscia alle pruove si truova sovente inclinare alla perfidia ».

⁸¹ Sulla storia dei mercenari v. ZOOK D., HIGHAM R., *A Short History of Warfare*, 1967, GRIFFIN G., *The Mercenaries of the Hellenistic World*, 1968, MOCKLER A., *The Mercenaries*, New York, 1969, PARKE H. W., *Greek Mercenary Soldiers: From the Earliest Time to the Battle of Ipsus*, 1970, SPOULDING O., NICKERSON H., WRIGHT J. *Warfare: A Study of Military Methods from the Earliest Times*, 1972, PRESTON R., WISE S., *Men in arms*, 1979, THOMSON, cit., TRUNDLE M., *Greek Mercenaries from the Archaic Period to Alexander*, 2004.

⁸² Per un'analisi della figura del mercenario come oggi si presenta e per un esame delle definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali vigenti, v. *infra* il capitolo secondo della prima parte del nostro lavoro.

dell'Impero e per le difficoltà economiche che esse incontravano nel mantenere eserciti stabili. Inoltre, occorre considerare che tali entità non esercitavano un controllo sul territorio e non erano ancora dotate di una struttura tale da organizzarsi con proprie forze militari. L'epoca medievale, come si è accennato, è caratterizzata dal concetto di guerra *privata* e tale rimarrà fino alla formazione dello Stato moderno. La figura dei mercenari s'inserisce appunto in questo processo di formazione dello Stato che solo nel secolo XV si caratterizza come un apparato centrale con proprie truppe.

In secondo luogo, si consideri che il sistema militare in epoca feudale era organizzato in modo tale da porre una serie di restrizioni alla classe militare del tempo, cioè i cavalieri, i quali avevano l'obbligo di combattere per un periodo determinato di giorni all'anno e, inoltre, che in molti regni furono istituiti sistemi che esoneravano i vassalli dall'obbligo militare, come avveniva, ad esempio, per lo *scutagium* inglese⁸³.

Nel Medioevo e nel periodo rinascimentale il fenomeno, nelle sue diverse forme, conobbe uno sviluppo considerevole, andando a costituire un mercato internazionale di manodopera militare in cui il paese d'origine o la nazionalità non erano gli elementi determinanti per combattere per l'uno o l'altro Stato.

Se nel XIII secolo i mercenari erano reclutati individualmente, nel secolo seguente essi iniziarono ad organizzarsi in compagnie di ventura. Essendo divenuti un elemento permanente dell'organizzazione militare, essi iniziarono a darsi una struttura organizzativa più stabile attraverso la formazione di compagnie sotto la guida di capitani. D'altra parte ciò veniva incontro anche ad un'esigenza dei signori feudali per i quali era più agevole assoldare intere compagnie piuttosto che singoli mercenari da riunire in un secondo momento alle truppe cittadine⁸⁴. Nel XIV secolo le compagnie divennero delle organizzazioni stabili di truppe mercenarie a cui si rivolgevano i signori feudali. Le compagnie maggiori erano di fatto un amalgama di tante compagnie minori, i cui contratti erano firmati dal capo eletto dalla compagnia ed il bottino veniva diviso tra i membri tenendo conto del rango e del servizio prestato. Tuttavia tali compagnie divennero progressivamente una minaccia per

⁸³ THOMSON, cit., p. 27.

⁸⁴ V. MALLETT M., *Signori e mercenari. La guerra nell'Italia del Rinascimento*, Bologna, 1983, p. 29.

gli stessi signori feudali poiché, in assenza di guerre da combattere, tali « libere » compagnie si davano al brigantaggio saccheggiando le città.

Solo alla fine del XIV secolo le compagnie ebbero un declino d'importanza dovuto allo sviluppo di una struttura politica più articolata all'interno degli Stati europei, come avvenne ad esempio nella penisola italiana in cui la tendenza dei vari Stati ad ampliare il proprio territorio e a mettere in piedi un'organizzazione politica più coerente e centralizzata portò anche a concepire dei sistemi di difesa propri. È in questo momento, tra la fine del '300 e l'inizio del '400, che i signori feudali iniziano ad utilizzare i *condottieri*.

La *condotta* era un contratto stipulato tra il condottiere ed il sovrano che lo assumeva in cui veniva fissata la fornitura di truppe per un determinato periodo dietro compenso. I condottieri potevano essere militari di mestiere o semplicemente persone che investivano il proprio denaro nell'allestimento e reclutamento di forze militari. La *condotta* conteneva delle clausole riguardanti il numero dei soldati che un condottiere s'impegnava a mettere a disposizione prevedendo anche la durata del contratto e contenente il corrispettivo del servizio prestato, che nel XV secolo era diverso a seconda che i mercenari dovessero combattere in tempo di guerra o in tempo di pace. Inoltre questi contratti si articolavano in una serie di clausole relative all'autorità del condottiere sui suoi uomini, all'esenzione della compagnia da imposte e pedaggi o all'immunità dei membri della compagnia dall'essere perseguibili per debiti contratti prima dell'inizio del contratto. Il contratto poteva poi prevedere un giuramento di fedeltà a chi assumeva la compagnia e spesso vi si trovava inclusa una disposizione relativa ad ispezioni sul comportamento del condottiere e dei suoi uomini ⁸⁵.

Per certi aspetti la compagnia di un condottiere era analoga ad una scorta feudale e, al contempo, ad una società commerciale. Molti di coloro che si mettevano al seguito di un condottiero erano legati a lui in forza di un contratto o di una partecipazione ad una specie di iniziativa d'affari. Tuttavia le minacce, per gli stessi sovrani, provenienti dai *condottieri* erano sempre presenti, come sta a dimostrare il caso della Grande Compagnia Catalana la quale, dopo aver

⁸⁵ MALLETT, cit. p. 92.

prestato servizio per il duca di Atene, nel 1331 rovesciò il suo governo e si sostituì ad esso costituendo una sorta di « ducato dei mercenari » che regnò per 63 anni ⁸⁶.

La scarsa fedeltà che tali truppe mercenarie dimostravano al sovrano ⁸⁷ e allo stesso tempo la loro crescente importanza all'interno dei regni, condusse i monarchi europei ad integrarle in un'organizzazione stabile controllata dal sovrano stesso. Ciò peraltro avvenne in concomitanza con l'avvenuto sviluppo dello Stato moderno, inteso come una struttura governativa che stabilmente controllava una popolazione all'interno di confini territoriali determinati ⁸⁸.

Il primo tentativo in tal senso furono le riforme apportate da Carlo VIII re di Francia al proprio esercito tra il 1439 e il 1445, attraverso le quali furono costituite quindici *compagniers d'ordonnances* comandate da capitani designati dalla Corona e si proibì a chiunque che non fosse il re di arruolare soldati ⁸⁹. Tali riforme possono considerarsi come il primo tentativo di costituzione di un esercito permanente da parte di uno Stato moderno: esso doveva infatti essere organizzato su base permanente e professionale, doveva consistere in compagnie di pari consistenza numerica e armate in modo uniforme, gli ufficiali e i soldati delle quali erano posti direttamente al servizio del sovrano al quale peraltro dovevano rispondere della propria condotta.

b) Il mercenarismo tra il XVI ed il XVIII secolo

Nel corso del XVI e del XVII secolo la politica innovativa di Carlo VIII fu seguita anche dalle altre monarchie europee che si dotarono di eserciti permanenti composti prevalentemente da stranieri tali da poter essere definiti come « a truly multinational force » ⁹⁰. Era pratica diffusa che tali eserciti

⁸⁶ V. THOMSON, cit., p.28.

⁸⁷ Si ricordi quanto scritto sulle truppe mercenarie da Niccolò Machiavelli secondo cui « le [arme] mercenarie e ausiliarie sono inutile e pericolose; e se uno tiene lo stato suo fondato in su l'arme mercenarie, non starà mai fermo né sicuro, perché le sono disunite, ambiziose, senza disciplina, infedele, gagliarde infra gli amici, infra' nimici vile [...] le non hanno altro amore né altra cagione che le tenga in campo che un poco di stipendio, il quale non è sufficiente a fare che vogliano morire per te [...] ora la ruina d'Italia non è causata da altro che per essersi per spazio di molti anni riposata in su le armi mercenarie », in *Il Principe*, Cap. XII, Torino, 1995, pp. 79-80.

⁸⁸ V. STRAYER J. R., *On The Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, 1970.

⁸⁹ V. THOMSON, cit., p. 114.

⁹⁰ *Ibidem* p. 28.

venissero noleggiati ad altri Stati che ne avessero avuto bisogno come per esempio avvenne per l'esercito inglese che reclutava il suo contingente straniero principalmente dagli Stati tedeschi e dall'Olanda o per l'esercito francese che nel XVII secolo era composto per il 20% da truppe straniere⁹¹. Dunque la pratica degli Stati di noleggiare stranieri e quella di permettere ai propri sudditi di arruolarsi nelle forze armate di un altro Stato caratterizzò il periodo che va dal XVI al XVIII secolo.

Tuttavia il fenomeno del mercenarismo cominciò a costituire un problema nelle relazioni tra gli Stati con l'affermarsi della nozione di neutralità. Gli Stati infatti iniziarono a pretendere gli uni dagli altri che, alla dichiarazione di neutralità compiuta da uno Stato in conseguenza di un conflitto, dovessero corrispondere precisi obblighi giuridici in capo a quest'ultimo riguardo la non partecipazione a tale conflitto, in particolare da parte dei propri cittadini⁹².

La questione si pose per la prima volta nel 1793 con la dichiarazione di guerra da parte della Gran Bretagna e dell'Olanda alla Francia, in relazione alla quale gli Stati Uniti si affrettarono a dichiarare la loro neutralità. Tuttavia si poneva per gli Stati Uniti un problema di compatibilità tra la posizione di neutralità che essi volevano mantenere nell'ambito del conflitto e gli obblighi che li legavano alla Francia, con cui nel 1778 avevano stipulato un trattato di alleanza e di commercio. In particolare le disposizioni contenute in quest'ultimo trattato obbligavano gli Stati Uniti ad escludere dai propri porti le navi da guerra delle altre nazioni, ad eccezione di quelle francesi, o quelle navi che avessero trasportato bottini di guerra catturati nelle navi francesi⁹³.

Inoltre il massiccio reclutamento di « privateers » statunitensi da parte del ministro francese negli Stati Uniti, Genet, provocò dure critiche soprattutto da parte della Gran Bretagna nei confronti della dichiarata neutralità statunitense. Fu per reagire a tali critiche e soprattutto per difendere la neutralità degli Stati Uniti, considerata d'importanza fondamentale nel mantenimento delle relazioni

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Sull'evoluzione del concetto di neutralità, v. GREWE, cit., pp. 366-393; VERZIJL, cit., Part IX-B, pp. 46-82; LOBEL, cit.

⁹³ V. LOBEL, cit., p. 12, HYNEMANN C. S., *Neutrality Among the European Wars of 1792-1815: America's Understanding of Her Obligations*, in *American Journal of International Law*, 1930, pp. 279-281.

commerciali essenziali per sviluppare l'economia del giovane Stato ⁹⁴, che il Segretario di Stato statunitense Jefferson affermò in uno *statement* che « the granting of military commissions, within the Unites States by any other authority than their own, is an infringement on their sovereignty and particularly so when granted to their own citizens, to lead them to commit acts contrary to the duties they owe their own country » ⁹⁵.

Tale posizione fu successivamente inserita nel 1794 nel *Neutrality Act* con cui il governo statunitense faceva divieto ai propri sudditi di arruolare persone per un paese straniero e vietava ai residenti sul territorio statunitense di organizzare spedizioni militari contro Stati con cui gli Stati Uniti non fossero in guerra.

Il *Neutrality Act* è a ragione considerato come uno spartiacque nello sviluppo della nozione di neutralità. Sebbene infatti, nel momento in cui fu emanato, le disposizioni in esso contenute non corrispondessero al diritto internazionale consuetudinario ⁹⁶, di lì in avanti la gran parte degli Stati introdusse al proprio interno delle legislazioni che prevedevano il divieto ai propri cittadini, o ai residenti sul proprio territorio, di prestare servizio militare per uno Stato straniero. Il *Neutrality Act* è importante non solo per l'impulso dato alla prassi successiva, ma anche perché sancisce il definitivo controllo che lo Stato intende esercitare nei confronti dei propri cittadini o dei residenti sul proprio territorio, in particolare nell'ambito dell'uso della forza armata da parte di quest'ultimi.

Il declino del mercenarismo è dunque strettamente connesso con il processo di costituzione dello Stato moderno e, accanto ad esso, con l'affermarsi del potere esclusivo dello Stato di iniziare una guerra, attraverso

⁹⁴ Si legga quanto affermato dal Consigliere del Presidente degli Stati Uniti Randolph in una lettera nel 1795: « an infant country, deep in debt; necessitated to borrow in Europe; without manufacture; without a land or naval force; without a competency of arms or ammunition; with a commerce, closely connected beyond the Atlantic, with a certainty of enhancing the price of foreign productions, and diminishing that of our own; with a constitution more than four years old; in a state of probation, and no exempt from foes [...] such a country can have no greater curse in store for her than war. That peace was our policy has been admitted by Congress, and by France herself », in LOBEL, cit., p. 21.

⁹⁵ V. THOMSON, cit, p. 77.

⁹⁶ Si veda quanto affermato dalla corte distrettuale statunitense di New York nel 1851 nel caso *United States v. O' Sullivan* al riguardo: « there is no conceded doctrine of that [international] law, nor any uniform usage of nations which prohibits the citizens and subject of neutral power enlisting in the service or taking part with either belligerent, and thus that the statute' prohibitions on a belligerent's enlisting men on neutral soil was merely a matter of municipal regulation, not international law », in LOBEL, cit., p. 17.

un proprio esercito, contro gli altri Stati. In altri termini, si viene ad affermare pienamente nel sistema internazionale il concetto di guerra *pubblica* ⁹⁷ « to repress and punish all enterprises of private war, one of the last relics of medieval barbarism » ⁹⁸.

6. Le compagnie commerciali

a) Le origini delle compagnie commerciali e la loro espansione nei territori extra-europei

Le compagnie commerciali si distinguono dagli attori privati precedentemente considerati poiché costituiscono delle entità *nuove*, create dagli Stati europei nel XVI secolo. Un'altra rilevante differenza consiste nel fatto che gli Stati delegarono loro non solo il potere di utilizzo della forza armata, ma le autorizzarono anche ad esercitare sui territori colonizzati poteri che fino ad allora erano stati di esclusiva prerogativa statale ⁹⁹.

Le compagnie commerciali nascono agli inizi del XVI secolo in Inghilterra. In principio esse erano delle associazioni commerciali la partecipazione alle quali era ristretta ai commercianti professionisti che, attraverso il pagamento di una quota associativa, si vincolavano al rispetto delle regole dell'associazione usufruendo, in cambio, dei privilegi commerciali che la compagnia possedeva.

Nel XVII secolo queste associazioni iniziano ad assumere la forma di « chartered companies », ovvero di società operanti sulla base di privilegi concessi loro dal sovrano attraverso la « charter », cioè un'autorizzazione con

⁹⁷ Si legga quanto affermato dal Segretario di Stato statunitense Jefferson all'ambasciatore statunitense in Francia Morris nel 1793, secondo cui « if one citizen has a right to go to war of his own authority, every citizen has the same. If every citizen has that right, then the nation has a right to go to war, by the authority of its individual citizens. But this is not true either on the general principles of society, or by our Constitution, which gives that power to Congress alone and not to the citizens individually », in MOORE, cit., Vol.6, p. 917.

⁹⁸ V. LOBEL, cit., p. 25.

⁹⁹ V. GREWE, cit., pp. 298-304, THOMSON, cit., p. 32-40, VERZIIL, cit., Part II, pp. 39-43, HOLDSWORTH W. S., *The Early History of Commercial Societies*, in *Juridical Review*, 1916, pp. 305-344, SCHMITTHOFF M., *The Origin of the Joint-Stock Company*, in *University of Toronto Law Journal*, 1939-1940, pp. 74-96, BONASSIEUX P., *Les Grandes Compagnies de Commerce*, Parigi, 1892, HANNAY D., *The Great Chartered Companies*, London, 1962, CAILLEY-BERT J., *Le Compagnies de Colonisation Sous L'ancien Régime*, Parigi, 1898.

cui lo Stato concedeva alla compagnia il monopolio del commercio di una certa merce o con determinate aree geografiche. La *carta* peraltro serviva anche ad indicare ai governi stranieri che la compagnia operava sotto l'egida dello Stato e che dunque illeciti commessi a danno della compagnia avrebbero potuto provocare delle rappresaglie da parte del governo.

La prima « chartered joint-stock company » inglese fu « the Mysterie and companie of the Merchants adventurers for the discoverie of Regions, Dominions, Islands and places unknown » poi conosciuta come « Russian Company » a cui la Corona inglese nel 1555 concesse il diritto di intraprendere rapporti commerciali con l'Asia¹⁰⁰. Successivamente nacquero quelle che poi divennero le principali compagnie commerciali: le inglesi *United East India Company* e la *Hudson Bay Company* e l'olandese *Dutch East India Company*.

È possibile operare delle distinzioni delle compagnie sulla base della regione con cui esse commerciavano. A questo proposito, le compagnie si distinguevano in due tipi, quelle strettamente commerciali e quelle che traevano profitto dallo sfruttamento delle coltivazioni nei territori colonizzati; le prime operanti nelle Indie Orientali, mentre le seconde si concentravano soprattutto nelle Americhe¹⁰¹. Un altro criterio distintivo è la struttura con cui esse erano organizzate, che variava a seconda del paese in cui la compagnia si era costituita. Ad esempio, le società inglesi ed olandesi si presentavano come società a partecipazione esclusivamente privata; quelle portoghesi e soprattutto quelle francesi avevano invece una forte partecipazione statale, dunque anche le loro politiche erano influenzate dalla volontà statale.

È nel corso del XVII secolo che gli Stati cominciarono ad accordare a tali compagnie oltre ai privilegi commerciali anche altri tipi di concessioni, come ad esempio il potere di usufruire di un proprio esercito e di una propria flotta, costruire fortificazioni sui territori extra-europei allo scopo di proteggere i porti da cui partivano ed arrivavano le merci, il potere di aprire le ostilità e di condurre guerre, quello di esercitare la potestà di governo nei confronti delle popolazioni autoctone e in alcuni casi anche quello di coniare una propria moneta. Numerosi sono i casi che testimoniano tale trasformazione. Nel 1602

¹⁰⁰ V. GREWE, cit., p. 299.

¹⁰¹ *Ibidem*.

la *Dutch East India Company* fu autorizzata dal governo olandese a concludere trattati di pace e di alleanza, a condurre guerre, a costruire fortificazioni sui territori colonizzati, ad arruolare personale civile e militare che avrebbe dovuto prestare giuramento di fedeltà alla Compagnia ed agli Stati Generali olandesi ¹⁰². Nel 1621 anche la *Dutch West India Company* fu autorizzata « to make war and peace with the indigenous powers, to maintain naval and military forces and to exercise judicial and administrative functions in those regions » ¹⁰³.

Nel 1670 la Corona inglese concesse alla *Hudson Bay Company* il diritto di amministrare il territorio colonizzato, d'istituirvi tribunali, di costituire proprie forze navali e militari, di erigere fortificazioni « and generally defend its fieldom in any way it chose ». Anche nel caso della *English East India Company*, la più importante tra le compagnie inglesi, la Corona inglese nel 1661 le rinnovò la *carta* nel senso di concedere alla compagnia « criminal and civil jurisdiction over all persons belonging to the said Governor and Company or that shall live under them; [the power] to make war or peace with non-Christian princes or people; and [...] to erect fortifications and to export munition from England » ¹⁰⁴. Le relazioni dunque che si vennero a creare tra le compagnie e le popolazioni locali, attraverso i contratti che quest'ultime stipulavano con i capi delle popolazioni, costituivano sostanzialmente dei rapporti di vassallaggio attraverso cui tali popolazioni si sottomettevano alle compagnie concedendo loro tutta una serie di privilegi commerciali e prerogative sovrane da esercitarsi sul territorio. Si venivano a costituire, in altri termini, i c.d. protettorati coloniali ¹⁰⁵.

¹⁰² V. THOMPSON, cit., p. 35.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Si legga quanto affermato dal giudice Huber, nel lodo arbitrale sull'*Isola di Palmas* del 4 aprile 1928 in una controversia tra Olanda e Stati Uniti, riguardo tali compagnie commerciali, in particolare sui loro rapporti con i capi delle popolazioni locali: « [...] From the end of the 16th till the 19th century, companies formed by individuals and engaged in economic pursuits, were invested by the States to whom they were subject with public powers for the acquisition and administration of colonies [...]. The form of the legal relations created by such contracts [between such companies and native princes or chiefs of people] is most generally that of suzerain and vassal, or of the so-called *colonial protectorate* [...] », in *Reports of International Arbitral Awards* II, p. 829 ss. Sull'esistenza di tali rapporti di vassallaggio nelle Indie orientali, v. ALEXANROWICZ C. H., *An Introduction To The History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th, 18th centuries)*, Oxford, 1967.

La giustificazione originaria che era stata data dai governi nel concedere alle compagnie il potere di utilizzare la forza armata era quella secondo cui, per mantenere i traffici commerciali stabiliti con le aree extra-europee, le compagnie dovevano possedere i mezzi militari necessari per difendere i propri insediamenti e le proprie navi dagli attacchi degli altri Stati e delle popolazioni indigene. Una volta insediatesi nei territori e costruite le strutture militari di difesa, le compagnie giustificarono l'esigenza di mantenere i monopoli commerciali con le spese che dovevano sopportare per mantenere tali strutture ¹⁰⁶.

b) I rapporti tra le compagnie commerciali e gli Stati europei

Soprattutto all'inizio, i primi beneficiari degli insediamenti extra-europei furono gli Stati europei per i quali le rotte commerciali delle compagnie e soprattutto le terre con cui esse commerciavano, rappresentavano delle possibilità per estendere la propria sfera d'influenza. La concessione di ampi poteri sovrani alla compagnia stava peraltro a dimostrare la volontà degli Stati di voler beneficiare di tale situazione senza tuttavia impegnarsi in prima persona nella colonizzazione delle terre.

Tuttavia le compagnie, divenute ormai degli enti « semi-sovrani » sui territori, non tardarono a condurre politiche diverse ed autonome rispetto all'*home state*. Ciò divenne evidente nelle guerre che le compagnie condussero non solo contro le popolazioni non cristiane, ma soprattutto contro le altre compagnie commerciali e gli Stati europei ¹⁰⁷.

È da sottolineare inoltre che l'autonomia raggiunta dalle compagnie rispetto alla madrepatria portò non di rado a conflitti tra i due soggetti e a episodi di disobbedienza della compagnia rispetto agli obblighi che l'*home state* assumeva nei confronti degli altri Stati. Ciò avvenne ad esempio quando la *Dutch East India Company*, contraria all'accordo di pace firmato tra gli Stati

¹⁰⁶ V. HOLDSWORTH, cit., p. 329, secondo cui, per quanto riguardava la *East India Company*, « [...] it was a body whose governmental functions were becoming progressively more important than its commercial functions ».

¹⁰⁷ Si ricordi la guerra tra la compagnia inglese e quella olandese per il controllo del commercio nelle Indie Orientali, quella combattuta in Nord America tra la *North West Company* e la *Hudson's Bay Company*, entrambe compagnie inglesi, per il controllo del commercio delle pellicce, in THOMPSON, cit., p. 60.

Generali olandesi ed il Portogallo nel 1622, continuò ad attaccare e conquistare le postazioni portoghesi nelle Indie Orientali fino al 1641 provocando dure proteste da parte del governo portoghese ¹⁰⁸.

Tale comportamento delle compagnie commerciali era peraltro avallato dal fatto che sia gli Stati che le compagnie ritenevano i territori colonizzati proprietà privata della compagnia e non come appartenenti allo Stato. Significativo al riguardo è quanto affermato dagli Stati Generali nel 1644, secondo cui « the places and strongholds which they [the companies] had captured in the East Indies should not be regarded as national conquests but as the property of private merchants, who were entitled to sell those places to whomsoever they wished, even if it was to the King of Spain, or to some other enemy of the United Provinces » ¹⁰⁹.

Il declino delle compagnie iniziò dopo il XVIII secolo per varie ragioni. Alcune scomparvero per ragioni intrinseche, per bancarotta ad esempio, come avvenne nel caso delle compagnie francesi, o perché si fusero con altre compagnie, come nel caso della *North West Company* che venne incorporata nel 1821 alla *Hudson's Bay Company*.

Altre compagnie invece decadde per ragioni, per così dire, estrinseche. Ciò coincise con il momento in cui i governi nazionali iniziarono a rivendicare un controllo sulle compagnie e sui territori da loro posseduti. Ciò è quanto avvenne in Inghilterra dove il Parlamento iniziò a criticare i monopoli commerciali rivendicando il potere di controllo su di essi. Tale trasformazione s'inseriva peraltro nella lotta più generale che il Parlamento inglese stava conducendo per ottenere un ruolo di controllo nei confronti del potere della Corona inglese, in cui rientrava anche la concessione di monopoli alle compagnie commerciali. Nel 1766 fu istituita la prima Commissione d'inchiesta per indagare sulle attività della compagnia inglese *East India Company*, nell'ambito della quale si riaffermò chiaramente il primato della sovranità statale sul diritto di proprietà della compagnia affermando che

¹⁰⁸ Si legga quanto affermato dai direttori della *Dutch East India Company* riguardo le ragioni della contrarietà all'accordo: « That the Honourable Company had waxed great through fighting the Portuguese, and for this reason they had now secured a monopoly of most of the seaborne trade in Asia: that they expected on average yearly return of between seven and ten millions; and that if they were allowed to continue in the same way, the above return would increase sharply », in THOMPSON, cit., p. 62.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

qualsiasi territorio d'oltremare conquistato non poteva che appartenere alla nazione inglese ¹¹⁰.

Nel 1813 il Parlamento rinnovò l'autorizzazione alla compagnia restringendola alla Cina e solo per il commercio del tè « without prejudice to the undoubted sovereignty of the crown of the United Kingdom ». Nel 1834 la compagnia cessò di essere un'organizzazione privata commerciale per divenire l'istituzione governativa britannica amministratrice dell'India ¹¹¹.

La questione se le compagnie commerciali fossero o meno da considerarsi come degli organi di fatto dei rispettivi *home states* è stata esaminata dall'arbitro Huber in una nota sentenza arbitrale resa il 4 aprile 1928, nel caso relativo all'*Isola di Palmas*, sorto da una controversia tra Stati Uniti e Paesi Bassi ¹¹². In quell'occasione l'arbitro, chiamato a stabilire quale tra i due paesi avesse diritto ad esercitare la sovranità sull'isola di Palmas, dovette esaminare, tra l'altro, anche il problema se gli atti compiuti dalla Compagnia olandese delle Indie Orientali (*East India Company*) in tale isola al momento della colonizzazione, potessero essere considerati come atti compiuti per conto dello Stato olandese. Tale questione era stata sollevata dagli Stati Uniti i quali contestavano il potere della Compagnia di aver agito validamente in base al diritto internazionale per conto dei Paesi Bassi. A tale riguardo, l'arbitro Huber rispose affermando che « [t]he acts of the East India Company, in view of occupying or colonizing the regions at issue in the present affair must, in

¹¹⁰ « The relation between the public, and the territory now held by the Company in India, called for definition. It was maintained on the one hand, as an indisputable maxim of law, supported by the strongest considerations of utility, that no subjects of the crown could acquire the sovereignty of any authority for themselves, but only for the nation. On the side of the Company, the abstract right of property, and the endless train of evils which arise from their infringement, were vehemently enforced; while it was affirmed that the Company held not their territories in sovereignty, but only as a farm granted by the Mogul, to whom they actually paid an annual rent ». V. THOMPSON, cit., p. 100.

¹¹¹ V. THOMPSON, cit., pp. 101-102.

¹¹² In *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 831-871. La controversia tra i due paesi era sorta nel 1906, in occasione di una visita da parte di un ufficiale statunitense nell'isola di Palmas, situata nell'arcipelago delle Filippine, il quale aveva trovato issata sull'isola la bandiera olandese. In reazione a ciò, gli Stati Uniti protestarono contro i Paesi Bassi adducendo il fatto che loro, e non lo Stato olandese, avessero diritto ad esercitare la sovranità sull'isola in ragione del fatto che essa era stata ceduta loro dalla Spagna con il Trattato di Parigi del 10 dicembre 1898, che aveva posto fine alla guerra ispano-americana. Al contrario, i Paesi Bassi affermavano di aver esercitato la sovranità effettiva sull'isola a partire dal secolo XVII secolo, quando cioè la Compagnia olandese delle Indie Orientali aveva stipulato i primi accordi con i capi-tribù dell'isola principale dell'arcipelago. Con un compromesso firmato a Washington il 23 gennaio 1925, i due Stati sottoposero la controversia al giudice unico Huber.

international law, be entirely assimilated to acts of the Netherlands State itself »¹¹³.

7. Considerazioni finali. Un'analisi dei soggetti privati attraverso il criterio dell'autorizzazione da parte dell'autorità sovrana. Il controllo da parte dell'autorità sovrana quale elemento necessario ai fini della legittimità dell'ente privato

Nel ripercorrere l'utilizzo della forza armata nel sistema internazionale dall'epoca medievale al secolo XIX, sembra in conclusione che possano ricavarsi alcune considerazioni.

La prima, di carattere generale, secondo cui l'evoluzione del concetto di guerra, da *privata* a *pubblica*, è strettamente connessa al processo costitutivo dello Stato moderno. Tanto più quest'ultimo si accresce e riesce a controllare un proprio territorio e gli individui ivi residenti, quanto più accentra su di sé il monopolio dell'uso della forza armata.

Se ciò è vero e rimane come contesto di fondo del periodo storico esaminato, occorre altresì affermare che tale processo ha visto al suo interno una varietà di soggetti "intermedi" a cui, in vari modi, l'entità statale ricorreva o autorizzandoli ad agire per soddisfare esclusivamente un interesse privato nell'ipotesi delle rappresaglie private ovvero autorizzando tali forze ad agire per conto dello Stato nell'ipotesi dei corsari che agiscono su commissione dallo Stato e nel caso dei mercenari. *A contrario* vi è l'ipotesi dei pirati, i quali, proprio perché non autorizzati da alcuno Stato, si riteneva che potessero essere perseguiti da tutti gli Stati.

Si deduce inoltre che lo Stato potesse ricorrere a ciascuno di tali soggetti solo in determinati contesti. I corsari, ad esempio, potevano essere impiegati dallo Stato solo in tempo di guerra altrimenti sarebbero stati considerati come pirati, e così le rappresaglie private, le quali potevano essere autorizzate dallo Stato solo in tempo di pace.

¹¹³ Cfr. p. 858, della sentenza.

Passando ad analizzare l'elemento del controllo che l'entità sovrana esercitava nei confronti dei soggetti privati, occorre dire che, soprattutto nel caso dei corsari, questo si presentasse come effettivo ed abbastanza sofisticato, attraverso la Corte delle prede, la quale era chiamata a valutare la legittimità della cattura alla luce di una molteplicità di fattori, tra cui vi erano anche il rispetto delle condizioni contenute nella lettera di marca. Gli Stati quindi, pur delegando la funzione militare a soggetti privati, rimanevano gli enti sovrani e potevano revocare la propria autorizzazione quando l'azione dei corsari risultasse ad esempio incompatibile con gli interessi nazionali.

Non sembra che ciò avvenisse in eguale misura per quanto concerne la figura dei mercenari. Quest'ultimi erano assoldati in epoca medievale dai signori feudali ma le loro azioni non sembra fossero sottoposte a alcun controllo. Solo nella forma più evoluta della figura dei mercenari, cioè i condottieri, ed in particolare nel contratto che legava loro al signore feudale, la *condotta*, erano contenute delle disposizioni che prevedevano ispezioni sul comportamento dei condottieri e sulla fedeltà che quest'ultimi dovevano prestare al sovrano. Ci sembra tuttavia che tale tipo di contratto sia rilevante non tanto per le disposizioni ivi contenute disciplinanti i rapporti tra i soggetti privati ed il sovrano, quanto perché rappresentava lo strumento attraverso cui le compagnie di mercenari si organizzavano in strutture più complesse, somiglianti, per alcuni versi, a delle società commerciali. Ciò sembra confermato dal fatto che, anche dopo l'introduzione della *condotta*, i mercenari continuarono ad essere considerati per i sovrani come una minaccia alla loro sovranità e ciò li indusse ad istituire strutture stabilmente organizzate poste sotto il proprio controllo. Tuttavia, come si è visto, solo nel corso del XVIII, con lo sviluppo del concetto di neutralità, verrà richiesto allo Stato di esercitare un controllo effettivo su di essi, momento che coincide peraltro con un'epoca in cui lo Stato moderno rappresenta l'attore principale nel sistema internazionale.

Da tutto ciò devono essere tenute distinte le compagnie commerciali, le quali rispetto ai soggetti anzidetti, pongono problemi diversi, trattandosi innanzitutto di persone giuridiche, con competenze ben maggiori rispetto a quest'ultimi e costituendo delle entità a cui gli Stati delegavano competenze

sovrane da esercitarsi esclusivamente su determinate aree geografiche extra-europee. Rispetto a quest'ultime inoltre, ci sembra sia da sottolineare che la loro nascita avvenga proprio in quegli Stati che avevano avuto un maggiore sviluppo economico e politico. Le compagnie commerciali sorgono quindi con la piena autorizzazione da parte dello Stato, il quale attribuisce loro poteri sovrani da esercitarsi in territori che si trovano al di fuori del continente europeo. In tale ipotesi, vi è non solo una delega ben più ampia rispetto alle precedenti ipotesi, ma anche una sostanziale assenza di controllo da parte dello Stato, almeno nella fase iniziale di espansione delle compagnie e della concomitante colonizzazione da parte di quest'ultime dei territori extra-europei. All'iniziale autorizzazione fa seguito infatti, sempre da parte dello Stato, un riconoscimento della sovranità delle compagnie commerciali su tali territori. In tal senso, appare emblematico il riconoscimento dei territori extra-europei come proprietà *privata* delle compagnie commerciali. In questa situazione, lo Stato appare un beneficiario del potere che queste esercitano e degli effetti che quest'ultime producono all'interno degli Stati europei, in termini di apertura e sviluppo di nuovi traffici commerciali e di colonizzazione di nuovi territori. Le compagnie commerciali appaiono quindi, come entità private, autonome dallo Stato, dotate di competenze sovrane *funzionali* agli Stati europei stessi e delegate da quest'ultimi. Il fatto che si trattasse, tuttavia, di una *delega* di competenza da parte dello Stato a favore della compagnia e, come tale, fosse in ogni momento revocabile dallo Stato stesso, è dimostrato dal fatto che gli Stati hanno revocato tali poteri sovrani alle compagnie nel momento in cui queste erano suscettibili di minacciare il principio della sovranità statale.

Un ultimo punto che si ricava dall'analisi concerne il grado di legittimità posseduto dagli enti privati esaminati. L'analisi da noi svolta ha voluto sottolineare i caratteri distintivi tra i suddetti soggetti alla luce del criterio del controllo esercitato nei loro confronti dall'ente sovrano. Si può osservare che il controllo esercitato aveva il rilevante effetto di legittimare il soggetto privato a compiere azioni armate. In altre parole, gli enti privati esaminati, al fine di continuare a svolgere la loro attività di carattere militare e continuare a trarre profitto da ciò, hanno dovuto sottomettersi al sistema di regole emanate dai

sovrani (“processo di legittimazione”). Da tale processo ne sono rimasti estranei alcune categorie di privati che tutt’oggi sono considerati dei soggetti “illegittimi” in quanto non sono sottoposti al controllo di alcuno Stato. Essi sono i pirati considerati appunto come *hostes generis umani* e i mercenari, considerati come una minaccia per l’autorità sovrana. Come si vedrà in prosieguo, quelli del controllo e della legittimità costituiscono ancora oggi degli elementi che riescono a spiegare, a nostro parere, alcune delle dinamiche relative al fenomeno delle compagnie militari e della sicurezza private nella misura in cui esse, a partire dalla loro espansione ad oggi, hanno dichiarato di presentarsi come degli enti legittimi sottoposti al controllo degli Stati.

Capitolo II

Il regime giuridico dei mercenari nelle guerre di liberazione coloniale del XX secolo e i problemi della sua applicazione ai *contractors* contemporanei

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. — La comparsa dei mercenari nel XX secolo come problema “africano”. — 2.1. La sentenza del Tribunale rivoluzionario popolare di Luanda, in Angola. 3. — La disciplina convenzionale internazionale in tema di mercenari. — 3.1. L’art. 47 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra. — 3.1. *i*) I limiti contenuti nella definizione dell’articolo 47. — 3.2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l’utilizzo, il finanziamento e l’addestramento di mercenari. — 3.2. *ii*) Una definizione di mercenario “allargata”. — 3.2. *ii*) Alcune osservazioni. — 4. La normativa sui mercenari sul piano regionale: la Convenzione dell’Organizzazione per l’Unità Africana per l’eliminazione del mercenarismo in Africa. — 4.1. La struttura della Convenzione OUA. 5. — Comparazione e differenze tra le definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni esaminate. — 5.1. L’articolo 47: una definizione ristretta applicabile solo in contesti di conflitti armati internazionali. — 5.2. L’articolo 1 della Convenzione ONU: una definizione “ampia” valevole solo per gli Stati Parti. — 5.3. La Convenzione OAU: la criminalizzazione del mercenario in ambito africano. — 5.4. Alcune considerazioni sull’applicabilità delle convenzioni internazionali in vigore in tema di mercenari. — 6. L’applicazione delle definizioni di mercenario ai *contractors*. — 6.1. Il problema dell’applicazione delle definizioni di mercenario come affrontato dalla dottrina. — 6.2. Critica dell’impostazione adottata in dottrina ed individuazione delle ipotesi in cui è possibile applicare la disciplina dei mercenari ai *contractors*. *a*) *Contractors* con funzioni di combattimento. Il caso degli Stati africani e di altri Stati appartenenti ad aree del sud del mondo. — 1. L’intervento dell’*Executive Outcome* e della *Sandline International* in Sierra Leone. — 2. L’intervento della *Sandline International* in Papua Nuova Guinea. — *b*) *Contractors* con funzioni di sicurezza. Caso dei *contractors* italiani sequestrati in Iraq. — 1. Le ordinanze del Tribunale di Bari del 1° ottobre 2004 e del 18 ottobre 2004 relative ai *contractors* italiani in servizio in Iraq. 6.3. — La “novità” delle compagnie militari e della sicurezza private rispetto ai “tradizionali” mercenari come affrontato nell’ambito delle Nazioni Unite. Una nuova definizione di mercenario? — 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Dopo aver compiuto nel capitolo precedente un esame dei soggetti privati che svolgevano attività militari nel sistema internazionale fino al secolo XIX e aver cercato di ricostruire i rapporti che sussistevano tra esso e l’ente sovrano, nel capitolo che segue intendiamo prendere in considerazione il fenomeno dei

mercenari così come si ricava dalla disciplina giuridica internazionale sviluppatasi nel XX secolo. Un esame della disciplina relativa ai mercenari si rende necessaria in uno studio sulle compagnie militari e della sicurezza private odierne nella misura in cui esse, e soprattutto i loro dipendenti, sono stati e sono tuttora definiti, in determinati contesti, come “mercenari”. La seguente analisi ha dunque lo scopo anzitutto di comprendere se e in quale misura la definizione giuridica di mercenario è ad essi applicabile. Cercheremo quindi di riassumere le ipotesi in cui, in principio, la normativa convenzionale si applica alle compagnie esprimendo tuttavia alcune considerazioni sui caratteri innovativi che esse presentano rispetto alla figura tradizionale dei mercenari, considerazioni che spiegano le ragioni per cui si ritiene che le definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali siano difficilmente applicabili nei confronti dei *contractors*.

A tale proposito, nell’analisi sarà dato spazio altresì anche ad alcune considerazioni volte a comprendere i motivi per cui le compagnie militari e della sicurezza private nonché i loro impiegati sono stati definiti, in alcuni casi, come “mercenari” pur senza fare riferimento alle suddette convenzioni.

La prima parte dell’analisi sarà dedicata così all’esame delle norme convenzionali, ed eventualmente consuetudinarie, di diritto internazionale formatesi in tema di mercenari, in particolare di divieto di utilizzo di truppe mercenarie da parte degli Stati. In particolare, si esamineranno le principali risoluzioni adottate dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite le quali condannano l’utilizzo di mercenari contro i popoli in lotta per l’autodeterminazione valutandone quale sia il loro valore giuridico. A ciò seguirà l’analisi delle convenzioni internazionali adottate sul piano universale e regionale. Quindi procederemo con l’affrontare la questione, molto discussa in dottrina, dei motivi per cui si ritiene difficile un’applicazione delle norme sui mercenari alla figura attuale dei *contractors* e più in generale al fenomeno delle *private military companies*, i quali saranno trattati in modo più esteso nel capitolo successivo. A tale riguardo, è opportuno fornire fin da ora una prima definizione di cosa s’intenda per *private military companies* dal momento che uno degli scopi del presente capitolo è proprio quello di esaminare se ed eventualmente fino a che punto il regime giuridico valevole per i mercenari

possa essere applicato anche a tali compagnie. Con esse ci si vuole riferire a società private che forniscono servizi di carattere militare e legati alla sicurezza in ambito internazionale. Peraltro le *private military companies* possono a loro volta distinguersi in due categorie a seconda del settore in cui operino. Si definiscono propriamente *private military companies* quelle società le cui attività sono di carattere strettamente militare prevedendo la partecipazione diretta a conflitti interni e internazionali o provvedendo all'addestramento ed all'equipaggiamento delle forze dell'esercito dello Stato a favore del quale forniscono la prestazione. Per *private security companies* s'intendono invece quelle società che si occupano prevalentemente della sicurezza interna di uno Stato, ad esempio attraverso l'addestramento della polizia locale o la protezione di luoghi o persone. Nella prassi si parla spesso anche di *contractors* per indicare gli individui che lavorano per tali società sulla base di un contratto di diritto privato stipulato tra quest'ultime e lo Stato o l'ente che richiede la prestazione ¹¹⁴.

2. La comparsa dei mercenari nel XX secolo come problema “africano”

Nel XX secolo il fenomeno dei mercenari ricompare nel contesto storico-politico della decolonizzazione avvenuta principalmente nel continente africano negli anni '60 ¹¹⁵.

Per decolonizzazione s'intende quel fenomeno storico-politico che ha interessato prevalentemente il continente africano e che ha visto, attraverso il riconoscimento giuridico da parte della comunità internazionale ed *in primis* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del diritto di autodeterminazione dei popoli e della legittimità delle lotte di liberazione nazionale, il raggiungimento dell'indipendenza dei popoli sottoposti a dominazione

¹¹⁴ Cfr. SINGER P. W., *War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, pp. 521-549; ID., *Corporate Warriors. The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca and London, 2003; ZARATE J. C., *The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder*, in *Stanford Journal of International Law*, 1998, pp. 75-162.

¹¹⁵ Cfr. GREEN L. C., *Essays on the Modern Law of War*, New York, 1985, pp. 175-213. Si veda anche GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, in *La Comunità internazionale*, 1985, pp. 38-79, il quale scrive che « dopo un lungo periodo nel quale era pressoché scomparso, il fenomeno dei mercenari riappare sulla scena politica internazionale agli inizi degli anni sessanta ed è legato prevalentemente alle lotte per l'indipendenza coloniale ».

coloniale e della conseguente formazione di nuovi Stati ¹¹⁶. In tale contesto, la figura dei mercenari è emersa all'attenzione della comunità internazionale in tutta la sua gravità per l'utilizzo che di essi è stato fatto da parte degli Stati coloniali allo scopo di reprimere, attraverso l'uso della forza armata da parte di truppe mercenarie, i movimenti di liberazione nazionale sorti nei territori sottoposti a regime coloniale per il raggiungimento della loro indipendenza e la formazione di un proprio Stato.

L'analisi che segue dunque parte dal presupposto che il problema del mercenarismo moderno si caratterizzi come "problema africano" e di conseguenza anche la normativa internazionale sviluppatasi a partire da tale fenomeno, ne sia stata condizionata e caratterizzata ¹¹⁷.

Nell'ambito delle Nazioni Unite, il primo organo nel quale la questione dei mercenari viene affrontata in termini generali ¹¹⁸ è l'Assemblea Generale delle

¹¹⁶ Cfr. ARANGIO-RUIZ G., *Conseguenze della decolonizzazione nel diritto internazionale*, in *Conseguenze internazionali della decolonizzazione*, Atti del Convegno della SIOI, Padova, 1968, pp. 149-222.

¹¹⁷ Cfr. DAVID E., *Les mercenaires en droit international*, in *Revue Belge de Droit International*, 1977, pp. 197-237; TERCINET J., *Les mercenaires et le droit international*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1977, pp. 269-293. Secondo quest'ultimo autore, p. 269, « après la deuxième guerre mondiale, l'activité des mercenaires reprend de l'importance, en liaison avec les difficultés de la décolonisation, surtout en Afrique Noire ... Ils sévissent de manière endémique en Afrique où ils contribuent à compliquer l'accession à l'indépendance des nouveaux Etats et la vie politique interne des Etats existants ». Cfr. anche VIÑAL CASAS A., *El Estatuto jurídico-internacional de los mercenarios*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1977, pp. 289-313, secondo cui, p. 289-290 « a partir de la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo a partir de 1960, aparece en tierras africanas, al propio tiempo que la lucha de los pueblos coloniales por ejercer su derecho a la libre determinación y a la independencia, la figura del mercenario ... Este recrudecimiento del mercenariado en tierras africanas ... ha contribuido notablemente a sensibilizar la opinión pública internacional y a actualizar ... la necesidad de delimitar con toda precisión el estatuto jurídico-internacional de los mercenarios » ; CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1980, pp. 1-30. V. anche ZARATE J. C., *The emergence of a New Dog of War*, cit., pp. 75-102, secondo cui « The genesis of the international movement to ban the use of mercenaries followed the unsettling effects of mercenary activities in post-colonial Africa. ... The resolutions and conventions banning the recruitment and use of mercenaries developed in the context of mercenaries who challenged the sovereignty of states and the independence of movements of national liberation ».

¹¹⁸ L'Assemblea Generale aveva in precedenza già trattato il problema dei mercenari in questioni specifiche. Cfr. ad esempio la risoluzione n. 2395 adottata il 29 novembre 1968 sui Territori sottoposti all'amministrazione portoghese, in cui, dopo aver riconosciuto al par. 1 l'inalienabile diritto dei popoli sottoposti a dominazione portoghese all'autodeterminazione, alla libertà ed all'indipendenza, si afferma al par. 9 che l'Assemblea « *urgently appeal* to all States to take all measures to prevent the recruitment or training in their territories of any persons as mercenaries for the colonial war being waged in the Territories under Portuguese domination and for violations of the territorial integrity and sovereignty of the independent African States » in <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/243/55/IMG/NR024355.pdf?OpenElement>. In precedenza anche il Consiglio di Sicurezza si era occupato dei mercenari in relazione a specifiche situazioni, la prima delle quali fu la crisi scoppiata in Congo in seguito alla proclamazione dell'indipendenza dell'ex colonia belga nel 1960. Per i fatti, v. GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, cit., pp. 46-47. Si consideri ad esempio la risoluzione n. 241 del 15 novembre 1967 in cui il Consiglio di Sicurezza « *concerned* by the serious situation created in the democratic Republic of the Congo following the armed attacks committed against that country by foreign forces of mercenaries; *concerned* that Portugal allowed those mercenaries to use the territory of Angola under its

Nazioni Unite. In tale ambito, il problema dei mercenari è affrontato all'interno del riconoscimento delle lotte di liberazione nazionale e del diritto di autodeterminazione dei popoli sottoposti a dominazione coloniale sotto due diversi profili, il primo dei quali inquadra l'utilizzo dei mercenari da parte di uno Stato come un comportamento che viola il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali nonché un comportamento che costituisce un'ingerenza negli affari interni di uno Stato. Sotto il secondo profilo invece, la figura del mercenario è analizzata autonomamente rispetto ad altre norme allo scopo di definire quale sia lo *status* giuridico del mercenario nelle lotte per l'indipendenza¹¹⁹.

Tra le risoluzioni più rilevanti inquadrabili nel primo profilo, occorre ricordare la risoluzione n. 2548 dell'11 dicembre 1969, *Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and*

administration as a base for their armed attacks against the Democratic Republic of the Congo; *taking into consideration* the support and assistance that those mercenaries have continued to receive from some foreign sources with regard to recruitment and training, as well as transport and supply of arms; *condemns* any act of interference in the internal affairs of the Democratic Republic of the Congo; *condemns* ... the failure of Portugal ... to prevent the mercenaries from using the territory of Angola under its administration as a base of operation for armed attacks against the Democratic Republic of the Congo; *calls upon* Portugal to put an end immediately ... to the provision to the mercenaries of any assistance whatsoever; *calls upon* all countries receiving mercenaries who have participated in the armed attacks against the Democratic Republic of the Congo to take appropriate measures to prevent them from renewing their activities against any State » in <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/93/IMG/NR024093.pdf?OpenElement>.

Successivamente, il Consiglio di Sicurezza affrontò altre crisi collegate sempre con il processo di decolonizzazione in atto in quegli anni. Al riguardo, v. anche la risoluzione n. 405 del 14 aprile 1977 concernente la Repubblica del Benin in cui il Consiglio si dichiarava « ... *gravely concerned* at the violation of the territorial integrity, independence and sovereignty of the State of Benin ... *condemns* any State which persists in permitting or tolerating the recruitment of mercenaries and the provision of facilities to them, with the objective of overthrowing the Governments of Member States ... *calls upon* all States to exercise the utmost vigilance against the danger posed by international mercenaries and to ensure that their territory and other territories under their control, as well as their nationals, are not used for the planning of subversion and recruitment, training and transit of mercenaries designed to overthrow the Government of any Member State; ... *further calls upon* all States to consider taking necessary measures to prohibit, under their respective domestic laws, the recruitment, training and transit of mercenaries on their territory and other territories under their control; ... *condemns* all forms of external interference in the internal affairs of Member States, including the use of international mercenaries to destabilize States and/or to violate their territorial integrity, sovereignty and independence ».

¹¹⁹ Cfr. CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, cit., pp. 7-9, secondo cui le risoluzioni adottate dagli organi delle Nazioni Unite potrebbero essere distinte in due periodi. Il primo periodo, nel quale sia l'Assemblea Generale che il Consiglio di Sicurezza adottano risoluzioni concernenti specifiche situazioni (ad esempio, nel caso della crisi in Congo nel 1961). Secondo l'a., tali risoluzioni riflettono la volontà degli Stati africani e ciò sarebbe dimostrato dal fatto che il mercenarismo è posto in relazione alle lotte anti-coloniali e definito come una minaccia all'indipendenza ed all'integrità territoriale delle ex colonie. Al contrario in esse non verrebbe condannato l'utilizzo di mercenari da parte degli Stati africani per garantire la propria sicurezza interna e rafforzare i propri eserciti. Il secondo periodo sarebbe invece caratterizzato da risoluzioni in cui il problema dei mercenari è inserito in un contesto più generale nel quale il mercenario è definito come un "outlaw" e in cui si chiede agli Stati di adottare al proprio interno misure tese a prevenire il reclutamento, il finanziamento e l'addestramento di mercenari. Secondo l'a. tale approccio rifletterebbe maggiormente la volontà degli Stati socialisti rispetto a quelli africani.

Peoples, in cui al par. 7 si dichiara che « ... the practice of using mercenaries against movements for national liberation and independence is punishable as a criminal act and that the mercenaries themselves are outlaws, and calls upon the Governments of all countries to enact legislation declaring the recruitment, financing and training of mercenaries in their territory to be a punishable offence and prohibiting their nationals from serving as mercenaries »¹²⁰.

Occorre considerare inoltre anche la risoluzione n. 2625 adottata dall'Assemblea Generale nel 1970 riguardante i principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati, nella quale la questione dei mercenari è inserita all'interno del divieto della minaccia o dell'uso della forza sancito all'art. 2, par. 4 della Carta delle Nazioni Unite. Si afferma infatti che « every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands, including mercenaries, for incursion into the territory of another State »¹²¹. A questa si aggiunga la risoluzione n. 3314 del 14 dicembre 1974 contenente la definizione di aggressione, il cui art. 3 (g) dichiara che sarà considerato un atto di aggressione « the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein »¹²².

¹²⁰ In <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/256/82/IMG/NR025682.pdf?OpenElement>. L'Assemblea Generale in realtà si era già espressa su questo ambito nella risoluzione n. 2465 adottata il 20 dicembre 1968, nella quale al par. 8 si afferma che « ... the practice of using mercenaries against movements for national liberation and independence is punishable as a criminal act and that the mercenaries themselves are outlaws, and calls upon the Governments of all countries to enact legislation declaring the recruitment, financing and training of mercenaries in their territory to be a punishable offence and prohibiting their nationals from serving as mercenaries » in <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/244/25/IMG/NR024425.pdf?OpenElement>. Successivamente tale dichiarazione è stata ribadita anche nella risoluzione n. 2708 del 14 dicembre 1970 nella quale, in concomitanza con il riconoscimento della legittimità delle lotte di liberazione nazionale contro dominazioni straniere, si riafferma che « ... the practice of using mercenaries against national liberation movements in the colonial Territories constitutes a criminal act and calls upon all States to take the necessary measures to prevent the recruitment, financing and training of mercenaries in their territory and to prohibit their nationals from serving as mercenaries », in <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/73/IMG/NR034973.pdf?OpenElement>, § 8.

¹²¹ In <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>.

¹²² In <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>. Cfr. anche la risoluzione n. 31/91 adottata dall'Assemblea Generale il 14 dicembre 1976, in tema di non interferenza negli affari interni di uno Stato, in cui sempre dopo aver reiterato che « ... the use of force to deprive peoples of their national identity constitutes a violation of their inalienable rights and of the principle of non-intervention », al par. 3 « *denounces* any form of interference, overt or covert, direct and direct, including recruiting and sending mercenaries, by one State or group of States and any act of military, political, economic or other form of intervention in the internal or external affairs of other States,

Per quanto concerne invece il secondo profilo, occorre far riferimento alla risoluzione n. 3103 del 12 dicembre 1973 riguardante i principi sullo *status* giuridico dei combattenti contro regimi coloniali, dominazioni straniere e regimi razzisti, in cui al par. 5 si afferma che « the use of mercenaries by colonial and racist regimes against the national liberation movements struggling for their freedom and independence from the yoke of colonialism and alien domination is considered to be a criminal act and the mercenaries should accordingly be punished as criminals »¹²³.

L'azione delle Nazioni Unite in tema di mercenari si è concentrata dunque sull'aspetto del loro utilizzo nell'ambito delle lotte per l'autodeterminazione dei popoli. Ma quale valore giuridico hanno tali risoluzioni? Come è noto, le risoluzioni adottate dagli organi delle Nazioni Unite non sono atti vincolanti per gli Stati. Lo stesso può dirsi anche per le Dichiarazioni di principio adottate dall'Assemblea Generale, le quali tuttavia possono svolgere un ruolo rilevante come conferma di regole consuetudinarie preesistenti o come elementi rilevanti ai fini della formazione di nuove regole consuetudinarie¹²⁴.

Si ritiene che tali risoluzioni, almeno al momento della loro adozione, non riflettessero il diritto consuetudinario e non contenessero dunque norme vincolanti per gli Stati¹²⁵. Tale posizione si fonda soprattutto sul fatto che gli Stati, nonostante l'adozione di tali risoluzioni, non hanno di fatto ottemperato alle disposizioni ivi contenute attraverso l'emanazione di specifiche

regardless of the character of their mutual relations or their social and economic systems ... *Calls upon* all States, in accordance with the purposes and principles of the Charter of the United Nations, to undertake necessary measures in order to prevent any hostile act or activity taking place within their territory and directed against the sovereignty, territorial integrity and political independence of another State » in <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0302/74/IMG/NR030274.pdf?OpenElement>.

¹²³ In <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0281/75/IMG/NR028175.pdf?OpenElement>.

¹²⁴ Cfr. CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, pp. 53-56.

¹²⁵ Cfr. BURMESTER H. C., *The Recruitment and Use of Mercenaries in Armed Conflict*, in *American Journal of International Law*, 1978, pp. 33-56, secondo il quale, per quanto concerne le risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza circa la situazione in Congo « it can be argued that the obligation imposed on states by the Security Council was in the exercise of its powers to prevent a breach of the peace and related only to the situation on the Congo and thus did not reflect a general norm of international law ». Tale opinione è stata espressa successivamente anche da YUSUF A. A., *Mercenaries in the Law of Armed Conflict*, cit., p. 121. Nello stesso senso, cioè della non corrispondenza delle risoluzioni con il diritto internazionale contemporaneo, v. anche TERCINET J., *Les mercenaires et le droit international*, cit., p. 282, secondo cui « ces résolutions tendent à une prohibition générale du mercenariat, mais elles ne créent pas de véritables obligations juridiques pour les Etats. Ce sont de simples recommandations, adoptées à des majorités variables, et leur formulation n'est pas impérative, se bornant à « demander » aux Etats de prendre des mesures. Toutefois, leur multiplication constitue une pression incontestable ».

legislazioni al loro interno o attraverso l'adozione di comportamenti in linea con esse ¹²⁶.

Tuttavia, secondo alcuni autori, tali risoluzioni dimostrerebbero il consolidarsi di un'*opinio juris* da parte della maggioranza degli Stati nel senso di condannare e in tutti i modi sfavorire l'utilizzo di mercenari nello specifico contesto della decolonizzazione. In altre parole, ciò che può dirsi di queste risoluzioni è che esse hanno denunciato il fenomeno del mercenarismo e la sua diffusione nel continente africano preparando il terreno, in un certo senso, per una discussione in termini giuridici del problema dei mercenari che si avrà in occasione della Conferenza diplomatica sul diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati che porterà all'adozione del I Protocollo addizionale di Ginevra e, più tardi, con l'adozione della Convenzione generale sul fenomeno del mercenarismo ¹²⁷.

Un elemento importante da sottolineare riguardo a tali risoluzioni consiste nel fatto che la condanna dei mercenari ivi contenuta si rivolge ai governi delle potenze coloniali ed è limitata al contesto della decolonizzazione e delle lotte per l'indipendenza. Rimane di conseguenza impregiudicata da queste risoluzioni la questione della liceità dell'utilizzo dei mercenari da parte degli stessi movimenti di liberazione nazionale e in ambiti diversi da quello caratterizzato da una lotta per l'indipendenza di un popolo contro un regime coloniale ¹²⁸.

¹²⁶ Su questo punto, v. soprattutto CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?*, cit., p. 10, secondo cui « ... the resolutions in question could not modify the rules of the IIIrd Geneva Convention of 1949. Nor does international practice following their adoption suggest that they led to uniform behaviour by States, or groups of States, sufficient to allow the conviction that a customary rule was gradually evolved by modifying the provisions of existing international law. For which reasons, these resolutions may only be seen as an authoritative expression of the intention to modify the existing law by creating a favourable position for national liberation movement fighters ... and an unfavourable position for mercenaries employed by colonial or racist power ».

¹²⁷ Cfr. GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, cit., p. 55, secondo cui « ... indipendentemente dalla loro forza giuridica, le risoluzioni hanno avuto un peso determinante nel processo di elaborazione successivo di regole internazionali in particolare per quanto concerne il problema dello status giuridico dei mercenari ».

¹²⁸ Cfr. DAVID E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, 1978, p. 103, secondo cui « l'illicéité de la répression des mouvements de libération nationale par un gouvernement colonial minoritaire raciste ou étranger se traduit, sur le plan du volontariat international, par une double obligation: obligation pour ces gouvernements de ne pas engager des mercenaires pour combattre des mouvements de libération nationale, obligation pour les Etats tiers à une guerre de libération nationale d'empêcher leurs ressortissants de s'engager dans l'armée de ces gouvernements, ou de leur apporter une quelconque aide ».

2.1. La sentenza del Tribunale rivoluzionario popolare di Luanda, in Angola

Ancor prima di analizzare le norme convenzionali riguardanti i mercenari, occorre far riferimento all'unico caso di "presa in considerazione" delle risoluzioni dell'Assemblea Generale ¹²⁹. Si tratta del processo svoltosi in Angola nel 1976, da parte del Tribunale rivoluzionario popolare di Luanda nei confronti di tredici mercenari ¹³⁰.

L'11 novembre 1975 in seguito alla proclamazione dell'indipendenza dell'Angola e la costituzione di un governo provvisorio, il paese cadde in una guerra civile che vedeva contrapposti i tre principali movimenti di liberazione nazionale costituitisi durante la dominazione coloniale portoghese: il Movimento popolare per la liberazione dell'Angola (MPLA) guidato da A. Neto, il Fronte Nazionale di Liberazione dell'Angola (FLNA) di H. Roberto e l'Unione Nazionale per l'Indipendenza dell'Angola (UNITA) guidato da J. Savimbi ¹³¹. Nonostante le vittorie riportate dal Movimento popolare, il quale si era dichiarato come il legittimo governo dell'Angola, la guerra si protrasse per lungo tempo e fu aggravata dalla partecipazione di numerosi mercenari, entrati in territorio angolano attraverso la frontiera con lo Zaire per combattere a fianco del Fronte Nazionale contro le forze governative del MPLA. Alla conclusione del conflitto, tra l'11 e il 19 giugno 1976, tredici di questi

¹²⁹ L'unico precedente di processo contro un mercenario è quello avvenuto dinanzi alla Corte Marziale del Sudan nel 1971 nei confronti di R. Steiner, cittadino della Repubblica Federale tedesca, entrato in territorio sudanese, secondo l'accusa, per supportare e aiutare alcuni gruppi ribelli nella loro guerra contro il Governo. Arrestato in Uganda dalle autorità ugandesi ed estradato in Sudan in conformità ad un accordo bilaterale di estradizione in vigore tra i due paesi, Steiner fu accusato del reato di "waging war against the Government". In questo caso tuttavia fu applicato dalla Corte marziale sudanese il diritto penale interno, in particolare l'art. 98 del codice penale che punisce chiunque raduni armi, munizioni ed uomini per preparare una guerra contro il governo del Sudan. V. *International Law Report*, N. 74, pp. 478-492. Sull'impossibilità di applicare il diritto internazionale, v. in particolare § 152, in cui il giudice afferma che « ... although it can be said and justifiably so that the principle of the attendant clause crystallized into a practice which could be a source of international law, it cannot be said that there is an unequivocal and uniform yard-stick as to what is and what is not a political offence to make a rule of international law ».

¹³⁰ HOOVER M. J., *The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1977, pp. 323-406. In appendice il testo del processo.

¹³¹ Cfr. GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, cit., pp.54-55.

mercenari, di nazionalità britannica e statunitense, furono processati dal Tribunale rivoluzionario del popolo angolano ¹³².

L'accusa mossa nei loro confronti era quella di essersi resi colpevoli del crimine di mercenarismo e di crimini contro l'umanità commessi « by the enemies of the Angolan people and the People's Republic of Angola, in a mercenary war of aggression, carried out with the aim of extinguishing the independence of the country, enslaving, oppressing, and dividing the Angolan people and pillaging the natural resources of the territory for the benefit of foreign, neocolonialist and imperialist interests » ¹³³. Secondo l'accusa, le modalità di reclutamento e di organizzazione della partenza di tali mercenari nei rispettivi paesi d'origine dimostrava peraltro l'acquiescenza rispetto a tali attività dei governi statunitense ed inglese, e la complicità di apposite agenzie operanti nel Regno Unito, come la *Security Advisory Services*, addette al trasferimento dei mercenari in Angola ¹³⁴.

Inoltre, secondo l'accusa, il crimine di mercenarismo trovava il proprio fondamento giuridico, oltre che nel codice penale interno angolano, in due *statements* dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri

¹³² Il Tribunale era stato istituito ai sensi della legge interna angolana No. 7/76 del 1° maggio 1976, in base alla quale esso era competente a giudicare i crimini compiuti contro il popolo, il territorio ed il governo angolano, gli atti e le attività che minacciano i diritti fondamentali previsti nella Costituzione dell'Angola nonché i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. Nessuna delle disposizioni della legge faceva riferimento al crimine di mercenarismo. V. l'art. 3 della legge istitutiva secondo cui « 1. The People's Revolutionary Court is competent to bring to judgment crimes carried out against the Angolan people and their unity, against the sovereignty of the People's Republic of Angola and its territorial integrity, of acts and activities which threaten the principles and fundamental rights stipulated in the Constitutional Law, of those threaten the organs the state or the MPLA or their titulars, as well as war crimes and crimes against humanity. 2. The People's Revolutionary Court is further competent to try any other crimes if due to their nature, perpetrator or public repercussions, the Court itself should so decide », in HOOVER M. J., *The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War*, cit., p. 383.

¹³³ HOOVER M. J., *The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War*, cit., p. 353. V. anche il resoconto dei fatti nella sentenza: « At the end of 1975 ... the National Army of the People's Republic of Angola, which was defeating the simultaneous and concerted attack of the racist South African army, and the imperialist puppets FNLA and UNITA on all fronts, the colluding forces of American imperialism, racist South African fascism, bankrupt colonialism and the traitorous FNLA and UNITA bands, with the support and complicity of governments subject to the dictates of imperialism, decided to intensify the use of mercenaries. This new and criminal warlike aggression was a vain attempt to prevent the inexorable victory of the Angolan people, united in the establishment, maintenance and progress of the People's Republic of Angola ».

¹³⁴ *Ibidem*, p. 355: « the mercenaries were all armed and equipped with war material of American, British, French, Belgian, Portuguese and Chinese origin, by which is also shown the nature of the international "holy alliance" which criminally armed these enemies of the Angolan people ». V. anche p. 374 in cui si afferma che « ... the defendants, together with many others, were recruited as mercenaries in Great Britain and the United States of America, through specialised agencies which operate there freely and with the consent of the authorities of these two countries, having been transported by air to the capital of Zaire, where, with the complicity of the government of that country, they were outfitted with uniforms and military equipment ».

dell'Organizzazione per l'Unione Africana emanati rispettivamente a Kinshasa nel 1967 e ad Addis Abeba nel 1971, e soprattutto in alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di condanna del mercenarismo, in particolare la n. 2395, la n. 2465, la n. 2548 e la n. 3103 ¹³⁵.

Secondo l'accusa « ... the major capitalist powers were agreeing among themselves on a programme for the overthrow of the People's Republic of Angola and that, having realised that direct military intervention was unviable, they resorted to private armies. ... And the defendants were in fact the instruments for the action of this orchestration! » ¹³⁶.

La sentenza, che portò alla pena detentiva per nove degli imputati e a quella capitale per quattro di loro, sebbene rappresenti l'unico caso di applicazione delle risoluzioni dell'Assemblea Generale o di un presunto diritto consuetudinario corrispondente, si presta a numerose critiche per il modo in cui i giudici hanno dato applicazione al diritto internazionale. Il Tribunale infatti ha considerato gli imputati colpevoli del crimine di mercenarismo in base al diritto angolano e non in base a quello internazionale ¹³⁷. Secondo i giudici il crimine di mercenarismo nel diritto angolano doveva considerarsi come un crimine comune, con l'aggravante di essere compiuto dal desiderio di profitto: « ...this mercenary crime, which is known today as "paid crime to order", comes within the laws on criminal complicity, it being through them that the responsibility of he who orders and he who is ordered is evaluated » ¹³⁸. Sulla base di ciò, il crimine di mercenarismo poteva considerarsi previsto dall'Art. 20 No. 4 del Codice penale angolano. Le risoluzioni dell'Assemblea Generale dunque, nel quadro giuridico costruito dalla Corte, costituivano solo un supporto ulteriore alla tesi accusatoria secondo cui il mercenarismo costituiva un crimine in base al diritto interno ¹³⁹.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 380: « ... Mercenarism is considered a crime in the view of nations, and is expressly stated to be one in resolutions 2395 (XXIII), 2465 (XXIII), 2548 (XXIV) and 3103 (XXVII) of the General Assembly of the United Nations Organisation, and in OUA statements – Kinshasa 1967, and Addis Abeba 1971 ».

¹³⁶ *Ibidem*, p. 376.

¹³⁷ Cfr. CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, cit., p. 17 secondo cui « it would appear from this that the Tribunal's approach to the problem of mercenarism was based exclusively on Angolan criminal law. However, the Tribunal also approached the problem from the vantage point of international law, but without drawing a clear-cut distinction between the two levels ».

¹³⁸ *Ibidem*, p. 379.

¹³⁹ V. infatti nella sentenza il § 63, *ibidem* p. 380, in cui le risoluzioni sono citate alla fine del ragionamento

L'intero procedimento istituito nei confronti dei mercenari sembrò perseguire obiettivi di carattere più politico che giuridico ed in un certo modo tale obiettivo venne raggiunto nel senso che la parzialità e la mancata corretta applicazione delle norme internazionali da parte del Tribunale ebbero come conseguenza quella di far sorgere l'esigenza, in seno alla comunità internazionale, di elaborare regole giuridiche sulla questione dei mercenari. A tale riguardo, è di rilievo quanto affermato dai giudici nella sentenza secondo cui « ... in the convulsed history of the past 20 years, and always serving neo-colonial plans, there always been packs of dogs of war with blood-stained muzzles, engaged in acts of aggression, in crimes against peace and against humanity, decapitating or trying to decapitate revolutions, wrecking or trying to wreck the freedom of peoples ... Africa feels that mercenaries are a danger to peace for its children and to the security of its states. And since these values undoubtedly merit legal protection, the only realistic way to protect them is to regard mercenarism, war to order, as a formal crime » ¹⁴⁰.

A parte i suoi limiti, la sentenza tuttavia riveste un interesse per quanto concerne le reazioni che essa suscitò da parte dei governi coinvolti nella vicenda. A tale proposito, il Segretario di Stato degli Stati Uniti in seguito alla condanna a morte del cittadino statunitense coinvolto nel processo in Angola, dichiarò che « There is absolutely no basis in national or international law for the action now taken by the Angolan authorities. The "law" under which Mr. Gearhart was executed was nothing more than an internal ordinance of the MPLA issued in 1966, when the MPLA was only one of the many guerrilla groups operating in Angola » ¹⁴¹. Si veda anche quanto affermato dall'*Assistant Secretary of State* W. E. Schaefele dinanzi alla Commissione per le Relazioni Internazionali della Camera dei Rappresentanti statunitense, secondo cui « [A] legally accepted definition of what constitutes a mercenary does not exist in international law. Nor is the act of serving as a mercenary a crime in international law. [...] The general international practice appears to consider

dei giudici sul perchè il crimine di mercenarismo sia tale in base al diritto interno. Solo dopo, i giudici affermano: « *Finally*, mercenarism is considered a crime in the view of nations, and is expressly stated to be one in resolutions 2395 (XXIII), 2465 (XXIII), 2548 (XXIV) and 3103 (XXVII) of the General Assembly of the United Nations Organizations ... ».

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.380.

¹⁴¹ *Contemporary Practice of the United States, in American Journal of International Law*, 1977, p. 139.

mercenaries in the same status as other combatants and therefore to be treated as such under the terms of the Geneva Convention of 1949. This has certainly been American practice back to the Revolutionary War and was reflected in our treatment of captured Hessian troops. This was also the case in the Civil War when there were combatants on both sides who fought for hire, adventure, or beliefs and who could be considered by some as mercenaries »¹⁴².

Una posizione simile venne adottata anche dal Ministro degli esteri britannico il quale, dinanzi alla Camera dei Comuni, affermò che « although all the defendants were accused and found guilty of the crime of being a mercenary, we do not accept that it has been established that being a mercenary is a crime having a basis in international law »¹⁴³. Nel medesimo senso depongono anche le conclusioni raggiunte dalla Commissione d'inchiesta *Diplock* istituita dal governo britannico, secondo cui la professione del mercenario non poteva considerarsi illegale in base al diritto interno poiché una misura restrittiva di tal genere sarebbe consistita in una violazione della libertà personale di ciascun cittadino britannico. Secondo la Commissione inoltre, la legislazione britannica non avrebbe dovuto considerare un crimine il reclutamento di cittadini per operare come mercenari all'estero né tantomeno esso veniva considerato tale nel diritto internazionale¹⁴⁴.

¹⁴² *Ibidem*, p. 140.

¹⁴³ In CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, cit., p. 21.

¹⁴⁴ In *Revue Général de Droit International Public*, 1977, p. 544, in cui si riporta che « la Commission conclut que la législation anglaise ne peut faire du recrutement de mercenaires britanniques à l'étranger un délit criminel. Elle estime également qu'au regard du droit international ce n'est pas un crime que d'être mercenaire ». Nello stesso senso, si veda anche quanto affermato nella sua Dichiarazione del 10 giugno 1976 dalla Commissione internazionale d'inchiesta sui mercenari, la quale assistette al processo svoltosi in Luanda al fine di garantire l'imparzialità e l'equità del procedimento: « ... In fact, international organizations have condemned these activities on several occasions: Resolutions 2395 (XXIII), 2465 (XXIII), 2548 (XXIV) and 3103 (XXVII) of the United Nations General Assembly; Statements of the Heads of State and Government of the OAU, Kinshasa 1967 and Addis Abeba 1971; but these condemnations of mercenarism, which we applaud, have no practical effect and public opinion has not yet forced the relevant States to give them consideration. ... In all these aspects, mercenarism is revealed as the instrument of those who attempt to maintain, establish or restore fascism, colonialism, neo-colonialism and racism and, more generally, of imperialism's counteroffensive against the progress of liberty and peace in the world ».

3. La disciplina convenzionale internazionale in tema di mercenari

3.1. La definizione di mercenario contenuta nell'articolo 47 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra

Nonostante il processo svoltosi in Angola non possa considerarsi come significativo per i motivi sopra esposti, tuttavia esso rappresentò un forte stimolo, soprattutto per la risonanza che ebbe nell'opinione pubblica occidentale, per l'elaborazione di una disciplina giuridica della figura del mercenario nel diritto internazionale ¹⁴⁵.

L'occasione si presentò nel 1975 nell'ambito della Conferenza Diplomatica di Ginevra sul diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati, in particolare nelle discussioni svoltesi nell'ambito della III Commissione ¹⁴⁶ riguardanti le nuove categorie di legittimi combattenti da includere nel Protocollo ¹⁴⁷. A tale riguardo, la Nigeria propose, in seno al gruppo di lavoro della III Commissione, di negare ai mercenari lo *status* di combattenti legittimi e dunque anche il trattamento riservato a prigionieri di guerra in caso di cattura, introducendo una disposizione specifica ¹⁴⁸, che

¹⁴⁵ Cfr. VAN DEVENTER H. W., *Mercenaries at Geneva*, in *American Journal of International Law*, 1976, pp. 811-816, il quale afferma, riguardo all'opportunità di discutere la questione dei mercenari alla Conferenza diplomatica di Ginevra « ... at the third session of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, held in Geneva from April to June of 1976, the problem of mercenaries proved to be very troublesome indeed. The intensity of feelings about the matter was undoubtedly attributable to the apprehension of mercenaries who had been recruited to fight in Angola and by African memories of the employment of white mercenaries in earlier conflicts, such as the war in the Congo ». V anche SOSNOWSKI L., *The Position of Mercenaries under International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 382-390.

¹⁴⁶ L'obiettivo principale della Conferenza era quello di rivedere e sviluppare le regole contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 per meglio adattare alle esigenze e alle necessità dell'epoca attraverso l'adozione di due protocolli addizionali alle Convenzioni stesse, relativi rispettivamente alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e di quelli non internazionali. Vedi i testi in <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument> e in <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/475?OpenDocument>.

¹⁴⁷ In particolare, la discussione prese le mosse da un punto condiviso tra gli Stati, che consisteva nel considerare le guerre di liberazione nazionale come conflitti armati internazionali con la conseguenza che nei loro confronti si sarebbe dovuto applicare il diritto internazionale dei conflitti armati. Ciò comportava che coloro che combattevano in tali conflitti, qualora avessero soddisfatto i requisiti richiesti, avrebbero dovuto essere considerati legittimi combattenti. Da ciò sorgeva il problema se anche ai mercenari che partecipavano alle guerre di liberazione nazionale avrebbe dovuto estendersi tale *status*.

¹⁴⁸ V. l'intervento del rappresentante nigeriano sulle motivazioni d'introdurre una norma specifica riguardante i mercenari, in *Actes de la Conférence Diplomatique sur la Reaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire applicable dans le Conflicts Armées*, Geneve, (1974-1977), Vol. VI, CDDH/SR.41, p. 159, secondo cui « Sa délégation a pris l'initiative de proposer ce nouvel article parce qu'elle était convaincue que le droit applicable aux conflits armés devait s'accorder avec les nécessités et les aspirations de l'époque actuelle. La Conférence ne peut pas se permettre de faire fi des diverses résolutions adoptées par les Nations Unies et les organismes régionaux, tels que l'Organisation de l'unité africaine qui depuis plusieurs années condamnent l'action des mercenaires et

tuttavia non trovò il consenso degli Stati, in cui al primo comma si dichiarava che:

« 1. Le statut de combattant ou de prisonnier de guerre ne doit être accordé à aucun mercenaire qui prend part aux conflits armés visés par les Conventions et le présent Protocole ».

Al secondo comma si introduceva la definizione di mercenario:

« 2. Le terme “mercenaire” s’entend de toute personne n’appartenant pas aux forces armées d’une Partie au conflit, qui est spécialement recrutée à l’étranger et qui combat ou prend part à un conflit armé essentiellement en vue d’obtenir un paiement en espèces, une récompense ou un autre avantage personnel »¹⁴⁹.

I maggiori problemi che si presentavano per il raggiungimento di un consenso nella formulazione della definizione di mercenario derivavano dalla difficoltà di elaborare criteri che fossero condivisi tra gli Stati¹⁵⁰.

La disposizione definitiva adottata per *consensus* dalla Conferenza nel testo del I Protocollo addizionale fu la seguente:

« 1. Un mercenaire n’a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

leurs activités néfastes, notamment en Afrique, et qui ont demandé que soient interdits leur recrutement, leur formation, leur transport et leur financement. L’article 42 quater répond donc entièrement aux exigences de la conscience publique telles qu’elles sont énoncées dans les résolutions des Nations Unies, y compris la Déclaration relative aux principes du droit internationale touchant les relations et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV) de l’Assemblée générale), dans laquelle les Etats sont expressément invités à s’abstenir d’organiser des bandes de mercenaires ou d’en encourager l’organisation. Le continent africain est la victime impuissante, depuis des années, de mercenaire dont certains ont été spécialement recrutés pour compromettre et détruire l’indépendance et la stabilité d’Etats africains. Mais il semble maintenant que même les pays où ces criminels méprisables étaient normalement recrutés, formés et financés reconnaissent qu’il est temps de mettre un terme à ce genre d’activité. Les gouvernements africains espèrent que tous les gouvernements collaboreront désormais pour punir le recrutement et l’emploi de mercenaires ».

¹⁴⁹ In *Actes de la Conférence*, cit., Vol. III, CDDH/III/GT/82, p. 198.

¹⁵⁰ V quanto affermato dal rappresentante degli Stati Uniti alla Conferenza diplomatica, Mr. Baxter, secondo cui « La question a fait l’objet d’un débat approfondi au Groupe de travail et s’est avérée beaucoup plus complexe qu’elle le semblait au premier abord. Il n’a pas été possible d’élaborer un texte faisant l’unanimité, en dépit de plusieurs tentatives pour élaborer un texte qui soit acceptable pour tous. La question devra être reprise à la quatrième session », *Actes de la Conférence*, Vol. XV, CDDH/III/SR.49, p. 110. V. anche quanto affermato dal delegato nigeriano: « M. Ajayi pense que la situation ne se présente pas sous un jour aussi sombre que le Rapporteur l’a donné à entendre. Il n’est certes pas le seul à penser que le Groupe de travail peut s’estimer satisfait de la manière dont cette question a été traitée. Il est apparu clairement que la proposition du Nigéria a reçu un appui incontestable quant au fond et à l’idée dont elle s’inspire », *ibidem*, p. 111. Infine v. le dichiarazioni del rappresentante della Repubblica democratica del Vietnam, secondo cui « les membres du Groupe de travail ont été unanimes à marquer leur désapprobation morale en ce qui concerne les mercenaires et à souligner la nécessité d’un texte accepté de commun accord sur cette question ».

2. Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne:

- (a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
- (b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
- (c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;
- (d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
- (e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
- (f) qui n'a pas été envoyée par un Etat qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat » ¹⁵¹.

Il paragrafo 1 della norma nega lo *status* di combattente e quello di prigioniero di guerra al mercenario. Tuttavia, come si ricava dai lavori preparatori, si ritenne che il mercenario dovesse comunque godere delle garanzie fondamentali ex art. 75 del I Protocollo ¹⁵².

Il paragrafo 2 fornisce invece una definizione per l'individuazione del mercenario attraverso una serie di criteri da applicarsi cumulativamente.

Le lettere (a) e (f), nel prevedere che per mercenario debba intendersi colui che sia reclutato localmente o all'estero per combattere in un conflitto armato ed allo stesso tempo che non sia membro delle forze armate di un conflitto, fanno sì che dalla definizione siano escluse le truppe volontarie al servizio di uno Stato a titolo permanente o per un periodo prolungato nel tempo, come ad

¹⁵¹ In *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, pp. 581-591.

¹⁵² V. la posizione del rappresentante nigeriano a tale riguardo, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. VI, CDDH/SR.41, p. 159, secondo cui « Tout en reconnaissant les garanties fondamentales prévues dans le nouvel article 65 du projet de Protocole I et sans contester que les mercenaires soient des hommes et appartiennent à la communauté humaine, elle ne pense pas que ces considérations puissent être invoquées pour leur attribuer, dans une situation quelconque de conflit armé, les droits de combattants ou de prisonniers de guerre ». V. anche l'opinione del Rapporteur, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. XV, CDDH/407/Rev.1, p. 474, secondo cui « bien que l'article nouveau proposé ne fasse pas mention des garanties fondamentales de l'article 65, il a été entendu par la Commission que les mercenaires constitueraient l'un des groupes admis à bénéficier des protections de l'article 65 qui établit des normes minimales de traitement pour les personnes qui ne sont pas admises à bénéficier d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du Protocole ».

esempio la Legione straniera in Francia o i Gurka nepalesi nell'esercito britannico¹⁵³. Dunque ai sensi dell'articolo, può considerarsi mercenario colui il quale è reclutato per prendere parte ad un conflitto armato determinato e non colui che regolarmente e in modo stabile prende parte alle forze armate di un belligerante¹⁵⁴. Da ciò ne consegue che un governo, per escludere l'applicazione di tale definizione, potrebbe decidere di inserire le truppe mercenarie nel proprio esercito¹⁵⁵.

Inoltre in base al requisito previsto alla lettera (b), il mercenario, per essere definito tale, deve prendere parte attiva alle ostilità. Ciò significa che dalla definizione è escluso il personale tecnico e di consulenza straniero, nonostante esso lavori principalmente per un guadagno personale, requisito previsto per la definizione di mercenario alla lettera (c). L'articolo esclude dalla definizione, alla lettera (d), anche coloro che siano cittadini di una Parte in conflitto così come i residenti di un territorio controllato dalla stessa¹⁵⁶.

La lettera (c) prevede inoltre che per essere definito mercenario, un individuo prenda parte alle ostilità essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio personale e al quale sia stata promessa da una Parte in conflitto, una remunerazione nettamente superiore a quella promessa o corrisposta ai

¹⁵³ A tale riguardo, v. quanto affermato in seno al Consiglio di Sicurezza, dal rappresentante del Regno Unito nel 1982 in risposta al delegato argentino secondo cui il battaglione inglese composto dai Gurka inviato nelle isole Seychelles dovesse considerarsi come truppa mercenaria, in MARSTON, *United Kingdom Materials on International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1982, pp. 337-418: « [M]y delegation totally rejects the analogy which [Argentina] drew between the mercenaries referred to ... and those regiments of Gurkhas who have a long and distinguished record of service with the British Crown in accordance with the agreements openly and honourably arrived at with the Government of Nepal ... The only internationally agreed definition of who is a mercenary is to be found in Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Convention of 1949. That definition excludes anyone who is "a member of the armed forces of a party to a conflict". The Gurkhas comprise units of regular troops; they form a fully integrated part of the United Kingdom forces; they perform the same duties at home and abroad as other forces. In no way can they be classified as mercenaries ». Nello stesso senso, v. la lettera inviata dal Rappresentante Permanente del Regno Unito alle Nazioni Unite, Sir A. Parsons, al Presidente dell'Assemblea Generale in relazione agli stessi fatti, *ibidem*, in cui si afferma che « there now exists an internationally agreed definition of this term; it is not necessary therefore to rely upon encyclopedias. The agreed definition is contained in article 47 of Protocol I of the 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949. From the terms of that definition, it is clear that no person who took part in the recent conflict on the side of the United Kingdom could properly be described as a "mercenary" ».

¹⁵⁴ Cfr. *Commentaire des Protocoles*, cit., p. 588.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 591.

¹⁵⁶ V. quanto affermato dal Rapporteur, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. XV, CDDH/407/Rev.1, p. 473, in base al quale « Il [le projet d'article] exclut ainsi les simples conseillers en définissant le mercenaire comme une personne qui prend part effectivement et directement aux hostilités, c'est-à-dire qui devient un combattant, fût-il irrégulier. Le projet exclut également toute possibilité d'attribuer le statut de résidents du territoire contrôlé par une Partie au conflit, à des membres des forces armées d'une Partie au conflit et aux membres des forces armées d'un Etat envoyés par cet Etat. Il va sans dire qu'il ne s'agit ici que des membres des forces armées en service actif. On a estimé qu'il ne fallait pas exposer les personnes appartenant à ces catégories au risque d'être considérées comme des mercenaires ».

combattenti aventi un rango e una funzione analoghi nelle forze armate di detta Parte. Tale criterio servirebbe per distinguere il mercenario dal volontario. Mentre quest'ultimo infatti combatterebbe per un ideale, il mercenario lo farebbe puramente per un arricchimento materiale. Tale remunerazione dovrebbe tuttavia presentarsi di misura "nettamente superiore" rispetto ai combattenti dello stesso rango appartenenti alle forze regolari dell'esercito ¹⁵⁷.

Questo ulteriore requisito, in sede di Commissione, fu criticato da alcuni delegati soprattutto per la difficoltà di dimostrare non solo che la motivazione del mercenario fosse quella del profitto personale, ma anche che questa dovesse presentarsi nettamente superiore allo stipendio di un pari di grado inserito nell'esercito ¹⁵⁸. Riassumendo, può definirsi dunque mercenario, ai sensi del I Protocollo di Ginevra, l'individuo che sia arruolato da uno Stato in contesti di conflitti armati internazionali, specialmente per combattere in cambio di un guadagno privato, qualora egli non sia un membro delle forze armate né un inviato ufficiale né un cittadino dello Stato e neanche un residente sul territorio occupato dal medesimo Stato Parte al conflitto.

3.1. i) I limiti contenuti nella definizione dell'articolo 47

L'art. 47, così come è stato redatto, presenta alcuni limiti. Come già affermato, la normativa in esso contenuta è una formula di compromesso tra le spinte dei diversi Stati: da un lato, gli Stati africani e socialisti i quali avrebbero voluto che nel testo venissero inseriti dei precisi obblighi in capo allo Stato sul territorio del quale avveniva il reclutamento dei mercenari, dall'altro, gli Stati

¹⁵⁷ Secondo il Rapporteur, *ibidem*, « reconnaissant que quelques rangs et fonctions des forces armées bénéficient probablement d'une rémunération supérieure à ce qu'elles est pour d'autres, le projet prévoit, à l'alinéa (c) du paragraphe 2, un critère objectif pour mieux définir les motivations des personnes servant dans les forces armées comme ayant essentiellement pour but d'obtenir un avantage personnel que s'il leur est promis une rémunération nettement supérieure à celle qui est promise payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie. Ainsi, le pilotes seraient jugés selon le même critères de rémunération que d'autres pilotes et non selon les critères applicables aux fantassins. Plusieurs représentants ont critiqué ce paragraphe du fait qu'il pouvait offrir une échappatoire à certains mercenaires ».

¹⁵⁸ A tale riguardo, v. l'opinione del delegato del Camerun, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. VI, CDDH/SR.41, p. 158, secondo cui « le texte de l'article aurait été amélioré si l'on avait supprimé au paragraphe 2 (c) le membre de phrase " et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie". Il sera très difficile de prouver qu'un mercenaire reçoit une solde exorbitante ».

occidentali attenti invece a garantire al mercenario le tutele fondamentali in accordo con le finalità essenzialmente umanitarie del I Protocollo ¹⁵⁹.

Qui di seguito porremo in rilievo i principali problemi che la definizione presenta per quanto riguarda i suoi aspetti applicativi. Tali problemi si possono distinguere in due tipi: i primi connessi a ciascun requisito previsto nell'art. 47; i secondi legati invece al criterio cumulativo che la definizione ha fatto proprio.

¹⁵⁹ V. in dottrina MAJOR M., *Mercenaries and International Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1992, pp. 103-150, in cui afferma per quanto riguarda i negoziati tra gli Stati per il raggiungimento di un consenso sulla definizione di mercenario, che « The reason for this stalemate was a divergence of approaches between the Third World countries who wanted a wide, all-encompassing definition (since they are the ones who must endure the activities of mercenaries) and Western states who were pushing for a narrow definition (because they are the main suppliers of mercenaries) ». Per le posizioni del gruppo dei Paesi africani e socialisti, v. ad esempio quanto affermato dal delegato nigeriano, *Actes de la Conférence*, cit., Vol. VI, CDDH/SR.41, secondo cui « l'article 42 quater [attuale art. 47] est un texte de compromis, qui a été mûrement étudié pendant trois ans »; v. anche la dichiarazione del delegato svizzero, *ibidem* p. 160, secondo cui « sa délégation n'est toujours pas satisfaite de la définition des mercenaires donnée au paragraphe 2, qui risque de donner lieu à des interprétations défectueuses. De plus, elle considère que l'article 42 quater n'est pas à sa place dans le projet de Protocole I, qui est de caractère essentiellement humanitaire. Il estime que la question de l'interdiction de l'emploi des mercenaires aurait dû faire l'objet d'un traité spécial interdisant le recrutement et l'engagement des mercenaires ». V. anche quanto affermato dal rappresentante dell'Uganda, *ibidem* p. 161, secondo cui « [Ouganda], expliquant son vote, déclare que sa délégation a appuyé l'article 42 quater en tant que compromis, bien qu'elle eût préféré un texte plus strict interdisant de façon absolue le recrutement et la formation de mercenaires dans tous les pays »; soprattutto le dichiarazioni del delegato dello Zaire, *ibidem* p. 162, secondo il quale « [Zaire], expliquant son vote, fait remarquer que depuis l'accession de son pays à l'indépendance, l'escalade de guerres de sécession appuyées par des mercenaires a coûté la vie à plusieurs centaines de milliers de victimes. ... Sa délégation n'est pas satisfaite du texte de l'article 42 quater pour les raisons suivantes. Elle regrette qu'il ne soit pas fait état des responsabilités des pays sur le territoire desquels des mercenaires sont recrutés. Elle estime que la communauté internationale aurait pu exprimer plus clairement sa réprobation par des dispositions plus vigoureuses interdisant ce vil métier et condamnant sans équivoque les Etats qui l'encouragent ». Infine sul carattere di compromesso del testo contenuto nell'art. 47, v. le conclusioni espresse dal *Rapporteur*, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. XV, CDDH/407/Rev.1, p. 473, secondo cui « Il ne faut pas cependant conclure que le texte définitif a donné pleine satisfaction à tous les représentants. Certains auraient préféré un texte plus ferme, qui aurait fait obligation aux Etats d'interdire le recrutement, l'entraînement, le rassemblement et la mise en action de mercenaires, ainsi que d'interdire à leurs ressortissants de s'enrôler comme mercenaires. Plusieurs représentants auraient souhaité que le texte fasse état du champ de la responsabilité qui devrait, selon eux, s'étendre aussi bien aux mercenaires pris individuellement qu'à tout groupe ou Etat qui encourage ou autorise une telle activité. Plusieurs représentants ont également fait observer qu'ils auraient préféré un texte qui ferait aussi état d'un autre aspect de la définition du mercenaire, à savoir que les activités de mercenaires visent à empêcher, par la violence armée, le processus d'autodétermination. La Commission est néanmoins parvenue à la conclusion générale que le texte présenté était sans doute le meilleur compromis possible au stade actuel. On a fait observer que le texte pourrait être complété par des accords régionaux ou par les législations nationales. Reconnaisant que l'attribution du statut de mercenaire à une personne pouvait être une question de vie ou de mort, le projet d'article s'attachait tout particulièrement à donner au mercenaire une définition qui réduise le risque que cet article serve de prétexte pour dénier aux non combattants et aux combattants réguliers le statut de combattant et de prisonnier de guerre ». Per le posizioni degli Stati occidentali v. la posizione dell'Italia, *ibidem* p. 161, secondo cui « [Italie], expliquant son vote, indique que sa délégation, tout en associant au consensus, estime que le paragraphe 2 de l'article 42 quater n'est pas entièrement satisfaisant car il laisse une certaine latitude pour juger si une personne est ou non un mercenaire »; la posizione dell'Olanda, *ibidem* p. 194, secondo cui « we are somewhat worried by the fact that in the list of criteria [to define a mercenary], the motivation of a person has been brought into play. We should like to reiterate our position that the application of humanitarian law and the granting of humanitarian treatment should not be made dependent on someone's motivation for taking part in the armed conflict. Moreover the element of motivation will be difficult to establish and could give rise to more than one interpretation ».

Per quanto riguarda i primi, occorre considerare che i singoli requisiti presentano difficoltà nell'applicazione effettiva, come venne posto in rilievo dagli stessi Stati al momento dell'adozione. Ad esempio, il requisito alla lettera (c) dell'art. 47, secondo cui il mercenario è colui che prende parte alle ostilità “essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio”, definito anche l'elemento psicologico, non sembra di facile riscontro. Se da una parte infatti, esso fu inserito per distinguere la figura del mercenario da quella del volontario, appare problematico indagare, al fine di dimostrare l'esistenza giuridica di un mercenario, quali siano le motivazioni che spingono un individuo ad arruolarsi in qualità di mercenario ¹⁶⁰. Ciò è quanto venne affermato anche nel *Diplock Report* dalla Commissione britannica la quale, nell'esaminare la questione del reclutamento di mercenari, affermò che « ... any definition of mercenaries which required positive proof of motivation would ... either been unworkable or so aphazard in its application as between comparable individuals as to be unacceptable. Mercenaries, we think, can only be defined by reference to what they do, and not by reference to why they do » ¹⁶¹.

Un altro elemento problematico è quello della remunerazione del mercenario che, sempre secondo la lettera (c) del paragrafo 2, deve essere “nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie”. Come fu affermato già al momento dell'adozione del testo, anche questo requisito si presenta come difficile da dimostrare e può condurre a ritenere

¹⁶⁰ A tale riguardo v. anche le considerazioni espresse da CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, cit., p. 25 secondo cui « the emphasis, in para. 2 (c), on the mercenary motivations is open to debate because it introduces a psychological element which, in general, should remain outside the humanitarian law of armed conflicts ».

¹⁶¹ *Report of the Committee of Privy Counsellors Appointed to Inquire into the Recruitment of Mercenaries*, riportato in MAJOR M., *Mercenaries and International Law*, cit., p. 112, corsivo aggiunto. V. quanto affermato dalla Mauritania, in *Actes de la Conférence*, cit., Vol. VI, CDDH/SR.41, p. 191-192, la quale espresse « the greatest reservation with regard to the definition, motivation and scope » affermando come « the mercenary of today is no longer motivated solely by the desire for private gain ... and ... the definitions and motivations of the mercenary as specified in Article 42 *quater*, paragraph 2. are incomplete in so far as their range does not cover all categories of mercenaries ». V. anche la posizione dei Paesi Bassi, *ibidem* p. 194, secondo cui « We are somewhat worried by the fact that in the list of criteria [to define a mercenary], the motivation of a person has been brought into play. We should like to reiterate our position that the application of humanitarian law and the granting of humanitarian treatment should not be made dependent on someone's motivation for taking part in the armed conflict. Moreover the element of motivation will be difficult to establish and could give rise to more than one interpretation ».

irrilevante la stessa disposizione o a possibili abusi della stessa¹⁶². Già in tale occasione si rilevarono infatti le difficoltà insite nella ricerca da parte dello Stato, allo scopo di definire un individuo come mercenario, dell'elemento del guadagno privato, caratteristico del mercenario, attraverso la comparazione tra il compenso ricevuto da quest'ultimo e quello ricevuto da un soldato che svolgesse le medesime funzioni evidenziando la segretezza con cui spesso i mercenari erano pagati nei rispettivi Stati e il fatto che spesso le funzioni da loro svolte non fossero equiparabili a quelle svolte dalle forze regolari di un esercito¹⁶³.

Ulteriori elementi che pongono problemi di applicazione e che sono suscettibili di abusi da parte degli Stati sono costituiti dai requisiti previsti alle lettere (d) e (e) del paragrafo 2, le quali prevedono rispettivamente che un individuo, per essere definito mercenario, non sia cittadino di una Parte in conflitto o residente sul territorio occupato da essa nè che sia membro delle forze armate di una Parte in conflitto. Va da sé quindi che gli Stati possano utilizzare mercenari che siano propri cittadini senza che quest'ultimi incorrano nella definizione di cui all'art. 47 così come possano, sempre per sfuggire alla definizione, inserire le truppe mercenarie nel proprio esercito.

Se questi sono alcuni dei problemi che ciascun requisito presenta, occorre considerare anche che le difficoltà di applicazione dell'art. 47 derivano anche dal fatto che tutti i requisiti devono essere riscontrati cumulativamente al fine di definire un individuo come un mercenario¹⁶⁴.

Occorre ricordare tuttavia che i numerosi requisiti richiesti dall'art. 47 insieme al fatto che essi debbano essere applicati cumulativamente sono

¹⁶² V. quanto affermato dal delegato dello Zaire al riguardo, in CDDH/III/SR.57, Vol. VII, p. 6, secondo cui « [sub-paragraph 2 (c)] would open the door for abuse and provide an alibi for mercenaries. A Party to a conflict would be hard putting it to prove generous remuneration, since mercenaries' wages were paid either in the own countries or into bank accounts in other countries. No evidence existed in the form of pay-slips or emittance orders and, even if it did, it could only be held the Party which made use of the mercenaries' services, so that the adverse Party had small change of obtaining the necessary evidence under paragraph 2 (c). Further the paragraph as presently worded would encourage a new kind of ideological motivated mercenary of which his country had had experience in the shape of many individuals who had fought alongside the rebels in the cause of disarray and bloodshed ».

¹⁶³ L'elemento della segretezza così come quello delle funzioni svolte era peraltro coerente con la figura dei mercenari apparsa nel continente africano, ovvero quella di forze irregolari straniere inviate dallo Stato coloniale per combattere e contrastare le lotte di liberazione nazionale.

¹⁶⁴ Cfr. YUSUF A. A., *Mercenaries in the Law of Armed Conflicts*, cit., p. 116, il quale afferma che « thus the definition adopted at the Conference is a rather restrictive and narrow one, presumably meant to reduce the risk of charging a person who is not a mercenary with mercenarism. *All the qualities outlined above must be present in a person before he can be charged with mercenarism* ». Corsivo aggiunto.

motivati dal fatto che l'art. 47 è contenuto in un trattato di diritto internazionale umanitario e dunque che il suo scopo è quello di tutelare, il più possibile, tutti i soggetti coinvolti in un conflitto armato. Inoltre bisogna riconoscere come l'art. 47 costituisca il primo tentativo da parte della comunità internazionale di disciplinare il fenomeno dei mercenari in termini generali e, a differenza di quanto sottolineato per le risoluzioni precedentemente adottate dall'Assemblea Generale, esso trova il suo ambito di applicazione in tutti i conflitti armati di carattere internazionale compresi quelli in cui i mercenari siano arruolati da un governo contro un movimento di liberazione nazionale. Infine, l'auspicio di molti degli Stati africani che parteciparono ai negoziati era quello di ritenere che la condanna dell'utilizzo dei mercenari contenuta nell'art. 47 potesse servire da stimolo per gli Stati, soprattutto occidentali, ad adottare nei propri ordinamenti legislazioni volte a vietare ai cittadini di arruolarsi come mercenari nonché il loro reclutamento e addestramento sul territorio ¹⁶⁵.

È opportuno ricordare peraltro che l'applicazione di questa norma, successivamente alla ratifica del I Protocollo, è stata scarsissima ¹⁶⁶ oltre al fatto che le disposizioni in essa contenute sono state criticate duramente da alcuni Stati che non hanno ratificato il Protocollo. Nel senso di negare il carattere consuetudinario alle disposizioni *ex art. 47*, si vedano le dichiarazioni rilasciate nel 1987 dal Vice Consulente giuridico del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti il quale, riferendosi all'art. 47, affermò che « ... we do not favor the provisions of article 47 on mercenaries, which among other things

¹⁶⁵ Cfr. CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals*, cit., p. 26, secondo cui « This article [47] is the first expression, at the legislative level, of the international community's disapproval of mercenarism. This unambiguous condemnation may gradually spread to include other activities not covered by art. 47 and, in any case, may cause States to enact legislation aimed at prohibiting – apart from recruitment and training of mercenaries – their citizens from going abroad to enrol as mercenaries. This had been the hope of many delegates at the Geneva Diplomatic Conference ». Al riguardo v. quanto affermato dal delegato nigeriano, in CDDH/III/SR.41, Vol. VI, p. 23, dopo l'adozione della disposizione concernente i mercenari: « even the countries where those despicable criminals were normally recruited, trained and financed seemed to be in agreement that it was time to put an end to such activities. The Governments of Africa expected that henceforth all Governments would cooperate in punishing the recruitment and employment of mercenaries »; dal rappresentante della Libia, in CDDH/III/SR.57, Vol. VII, p. 10, secondo cui « the new article might be regarded as an appeal to the countries which recruited mercenaries to include in their national legislation provisions prohibiting such recruitment; his delegation supported that appeal »; dal delegato ungherese, in CDDH/III/SR.57 Corr. 1, Vol. VII, secondo cui « his delegation trusted that new article would encourage Governments which had not yet prepared rules of criminal law prohibiting the recruitment, training, formation and commitment of mercenaries take the necessary legislative action in order to eliminate completely the crime of the mercenary system from the field of international relations ».

¹⁶⁶ Cfr. *Customary International Humanitarian Law*, HENCKAERTS J.-M., DOSWALD-BECK L. (Ed. by), Vol. II, pp. 2574-2589.

introduce political factors that do not belong in international humanitarian law, and do not consider the provisions of article 47 to be part of current customary law »¹⁶⁷. Ed ancora le parole affermate dal Consigliere giuridico nella medesima occasione, secondo cui « ... article 47 of Protocol I provides that “a mercenary shall not have the right to be a combatant or a prisoner of war”. This article was included in the Protocol not for the humanitarian reasons, but purely to make the political point that mercenary activity in the Third World is unwelcome. In doing so, this article disregards one of the fundamental principles of international humanitarian law by defining the right to combatant status, at least in part, on the basis of the personal or political motivations of the individual in question. This politicizing of the rules of warfare is contrary to Western interests and the interests of humanitarian law itself »¹⁶⁸.

La dimostrazione che l'art. 47 costituisse anche per gli Stati africani una risposta insoddisfacente al problema dei mercenari è costituita dal fatto che nel dicembre 1977, subito dopo l'adozione del I Protocollo, fu adottata dall'Assemblea Generale la risoluzione n. 32/14, in cui al paragrafo 6 si riaffermava che « [the] practice of using mercenaries against national liberation movements and sovereign States constitutes a criminal act and that the mercenaries themselves are criminals and *calls upon the Governments of all countries to enact legislation declaring recruitment, financing and training of mercenaries in their territory and the transport of mercenaries through their territory to be punishable offences and prohibiting the nationals from serving as mercenaries, and to report on such legislation to Secretary General* »¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 2587.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ V. A/RES/32/14, *Importance of the Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination and of the Speedy Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples for the Effective Guarantee and Observance of Human Rights*, in <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r14.pdf>. Per sottolineare l'insoddisfazione di molti Stati africani in seguito all'adozione dell'art. 47, v. anche in *Yearbook of the United Nations*, 1979, p. 1150, quanto riportato: « in view of the seriousness of the activities of mercenaries and the concomitant threat to international peace and security, Nigeria felt that the General Assembly should give urgent consideration to an item concerning the need for an international convention on the recruitment, training, financing, transit and use of mercenaries. ... In introducing the text, Nigeria drew attention to several resolutions of the Assembly and the Security Council arising from complaints by Member States, particularly Africa, concerning attempts by mercenaries to subvert their political independence, immobilize their properly constituted institutions and paralyse their economies». Il contrasto tra quest'ultima posizione, propria della maggioranza degli Stati africani, e quella degli Stati occidentali, restii invece all'adozione di una convenzione che imponesse degli obblighi a loro carico, in particolare attraverso l'adozione di misure preventive all'interno del proprio territorio, è reso palese nei dibattiti in seno all'Assemblea Generale. A tale riguardo si vedano le

L'occasione per gli Stati di discutere di nuovo la questione riguardante i mercenari si presentò nel 1980 allorché l'Assemblea Generale, su proposta della Nigeria, istituì un Comitato *ad hoc* per studiare e redigere un progetto di Convenzione contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari ¹⁷⁰.

3.2. La Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari

La spinta ad istituire un Comitato *ad hoc* per l'elaborazione di una convenzione specifica sul problema dei mercenari derivava principalmente dal fatto che le disposizioni finora raggiunte in materia di mercenari presentavano un ambito di applicazione ristretto ¹⁷¹.

critiche di Francia e Stati Uniti in occasione dell'adozione da parte dell'Assemblea della risoluzione 34/140, in cui si affermava, tra l'altro, al secondo preambolo che « mercenarism is a threat to international peace and security and, like murder, piracy and genocide, is a universal crime » ed inoltre nella risoluzione si chiedeva agli Stati « to exercise utmost vigilance against the menace posed by the activities of mercenaries and to ensure by both administrative and legislative measures that their territory and other territories under their control, as well as their nationals, are not used for the planning of subversion and recruitment, assembly, financing, training and transit of mercenaries designed to subvert or overthrow the Government of any Member State and to fight the national liberation movements of peoples which are struggling against colonial domination or alien occupation or racist regimes in the exercise of the right of self-determination ». È interessante, riguardo a quest'ultimo punto, la posizione degli Stati occidentali, come ad esempio quella degli Stati Uniti secondo cui « the United States ... did not agree ... with the description in the preamble of the relationship between mercenaries and national liberation movements and with the wording of the operative paragraph by which States were urged to consider measures to prohibit transit of persons within their territories », *ibidem*.

¹⁷⁰ V. *Yearbook of the United Nations*, 1980, pp. 1144-1146. In seno alla Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, la Nigeria propose il testo di un progetto di convenzione internazionale e l'istituzione di un Comitato *ad hoc* da parte dell'Assemblea Generale per elaborare il testo di tale convenzione. Nel corso del dibattito peraltro gli Stati espressero alcune perplessità riguardo il termine di mercenario. È riportato infatti che « ... many references were made in the debate to the term "mercenary" – as used in the Nigerian draft, the 1977 Convention for the Elimination of Mercenaries in Africa, adopted by the Organization of African Unity, and Additional Protocol I, on the protection of victims of international armed conflicts ... - indicating that there was lack of agreement on a definition of the term ». Sulla base della proposta nigeriana, l'Assemblea Generale adottò la risoluzione 35/48 in cui decideva l'istituzione di un Comitato *ad hoc* « on the Drafting of an International Convention Against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries and requested it to elaborate at the earliest possible date an international convention to prohibit the recruitment, use, financing and training of mercenaries » al quale chiedeva di elaborare « at the earliest possible date » una convenzione internazionale « to prohibit the recruitment, use, financing and training of mercenaries ». In seguito all'adozione della risoluzione, furono espresse alcune riserve da parte degli Stati occidentali, in particolare su quanto affermato nel quarto preambolo della risoluzione secondo cui « ... the activities of mercenaries are contrary to fundamental principles of international law, such as non interference in the internal affairs of States, territorial integrity and independence, and seriously impede the process of self-determination of peoples struggling against colonialism, racism and *apartheid* and all forms of foreign domination ». In particolare, secondo la Svezia, era criticabile la risoluzione in quanto non si compiva una adeguata distinzione tra « responsibility of States and the liability of individuals ».

¹⁷¹ L'art. 47 si inseriva infatti in un contesto in cui il principale obiettivo era lo sviluppo di norme di diritto internazionale umanitario e costituiva una clausola mirante a negare ai mercenari il diritto di reclamare lo

La limitatezza di tale normativa era stata motivo di proteste nell'ambito della Conferenza diplomatica svoltasi a Ginevra, soprattutto da parte degli Stati africani e socialisti i quali avrebbero voluto sanzionare non solo l'attività del mercenario in quanto tale ma anche l'attività di impiego, di organizzazione nonché il reclutamento, l'addestramento e il finanziamento di mercenari e la diffusione o la pubblicazione di informazioni relative al loro reclutamento.

È su tale base che la Nigeria chiese l'iscrizione nell'ordine del giorno della XXXIV sessione ordinaria dell'Assemblea Generale della questione dell'elaborazione di una convenzione contro le attività dei mercenari. Nel corso della sessione, l'Assemblea Generale invitò gli Stati membri a presentare le loro opinioni circa l'opportunità di elaborare uno strumento internazionale in materia ed, alla successiva sessione, considerata la risposta favorevole da parte della maggioranza dei membri alla proposta, decise di istituire un comitato speciale, il Comitato *ad hoc* appunto, con il compito di elaborare una convenzione internazionale contro il reclutamento, l'impiego, il finanziamento e l'addestramento di mercenari ¹⁷².

La Convenzione, il cui testo è stato adottato nel 1989 dall'Assemblea Generale, è entrata in vigore il 20 ottobre 2001 ed attualmente sono trentuno gli Stati Parti ¹⁷³. La Convenzione ha un ambito di applicazione generale nel senso che essa si applica sia in contesti di conflitti armati, interni e internazionali, che in contesti di pace ¹⁷⁴. Qui di seguito porremmo l'attenzione sulle caratteristiche principali che essa presenta.

status di legittimi combattenti in caso di cattura. Il suo ambito di applicazione era quello, come si è visto, dei conflitti armati internazionali quali definiti nel I Protocollo addizionale. La Convenzione stipulata nell'ambito dell'Organizzazione dell'Unità Africana, costituiva uno strumento pur sempre a carattere regionale, come vedremo.

¹⁷² Cfr. la risoluzione n. 35/48 adottata dall'Assemblea Generale il 4 dicembre 1980 intitolata "Drafting of an international convention against the recruitment, use, financing and training of mercenaries", riprodotta in *Report of the Ad Hoc Committee on the Drafting of an International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, in *Official Records, 36th session, Supplement No. 43 (A/36/43), United Nations, 1981*. In seno al Comitato vennero formati due gruppi di lavoro, ciascuno dei quali avrebbe dovuto esaminare i principali problemi che si presentavano per elaborare il trattato che erano rappresentati essenzialmente dalla definizione di mercenario, dall'ambito di applicazione della convenzione e dal problema della qualificazione dei reati oggetto della convenzione. Per i problemi presentatisi nella redazione del testo e per le diverse posizioni degli Stati, v. GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, cit., pp. 65-77.

¹⁷³ V. in <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/530?OpenDocument>.

¹⁷⁴ Cfr. quanto affermato in *Report of the Ad Hoc Committee on the Drafting of an International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, General Assembly, *Official Records, 44th session, Supplement No. 43 (A/44/43), 1989*, riguardo all'ambito di applicazione dell'articolo 1 della Convenzione, secondo cui « The Drafting Group noted that there was general

3.2. i) Una definizione di mercenario “allargata”

Uno dei problemi che si posero fin da subito nella redazione del testo della convenzione fu quello di chiedersi se la definizione di mercenario ivi contenuta avrebbe dovuto riprodurre *sic et simpliciter* quella prevista all’art. 47, par. 2 del I Protocollo, come affermavano gli Stati appartenenti al blocco occidentale, oppure se essa avrebbe dovuto spingersi oltre introducendo degli elementi nuovi volti ad estendere il suo ambito di applicazione ¹⁷⁵.

Il testo nella sua versione finale costituisce un compromesso tra queste due esigenze. Infatti l’art. 1 della Convenzione riprende, al par. 1, in modo pressoché identico la definizione contenuta nel I Protocollo, con la differenza di renderlo applicabile anche ai conflitti armati interni ¹⁷⁶, secondo il quale:

« A mercenary is any person who:

(a) Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;

agreement that the convention under elaboration should cover all mercenaries, whether they operated in the framework of an international or non-international armed conflict or outside the framework of an armed conflict. [...] Consequently, paragraph 1 covers international and non-international armed conflicts while paragraph 2 [...] covers all other situations ». Cfr. l’art. 16, par. (b) della Convenzione secondo cui « The Present Convention shall be applied without prejudice to: [...] (b) The law of armed conflict and international humanitarian law, including the provision relating to the status of combatant or of prisoner of war ».

¹⁷⁵ Cfr. le diverse posizioni degli Stati in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 1981, para. 37-39, p. 13, in cui si afferma che « Some delegations took the view that acceptance of the definition which had been adopted by consensus in 1977 after three years of intensive negotiations and compromise in the framework of the above-mentioned diplomatic conference might facilitate the task of the Committee and improve its chances of success. [...] Many other delegations, however, felt that the definition in article 47 was vague and not entirely adequate for the purpose of the future convention. [...] Some delegations stressed that the convention should outlaw all forms of mercenary activity, i.e., both the activities of the individual mercenaries and the lending support to, instigation of, activities carried out by various individuals, groups or organizations for the purpose of overthrowing governments and political systems regardless of whether these activities were backed by State or by any other legal or physical entity ». Cfr. TREVES T., *La Convention de 1989 sur les mercenaires*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1990, pp. 520-535, in part. Pp. 528-529, il quale, a proposito della distanza tra gli approcci dei due gruppi di paesi, afferma a p. 521 che « la longueur des travaux préparatoires, s’étendant sur une décennie, indique d’emblée que les difficultés à surmonter ne furent pas moindres. Ce ne fut qu’à la deuxième session, en 1982, que le Comité put entrer dans la discussion de propositions concrètes ... Ces documents indiquèrent tout de suite la distance qui séparait les positions de départ dans la négociation, notamment celles des Etats du Tiers-Monde et socialiste d’une part, et des Etats occidentaux de l’autre: le premiers soutenant une approche politique de ton condamatoire et les seconds une approche juridique dont, en plus, ils ne voulaient que des effets pratiques très limités ». In particolare, secondo gli Stati del Movimento dei Paesi Non Allineati, a termini della Convenzione, era necessario che fosse definito come crimine internazionale l’essere stesso un mercenario. Al contrario, secondo gli Stati Occidentali si opponevano a questa tesi poiché ciò avrebbe costituito un cd. “status offence”, cioè un illecito consistente in una qualità personale e non in un comportamento. Essi proponevano che fosse considerati crimini eventuali comportamenti adottati dal mercenario, quali ad esempio atti di tortura, o di violenza da essi commessi.

¹⁷⁶ Ciò è quanto si ricava dalle conclusioni raggiunte nell’ambito del *Working Group*, cfr. *supra* in nota 176.

- (b) Is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and functions in the armed forces of that party;
- (c) Is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;
- (d) Is not a member of the armed forces of a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces » ¹⁷⁷;

mentre al par. 2 si aggiunge che

« A mercenary is also any person who in any other situation:

- (a) Is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at:
 - (i) Overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or
 - (ii) Undermining the territorial integrity of a State;
- (b) Is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by the promise or payment of material compensation;
- (c) Is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed;
- (d) Has not been sent by a State on official duty; and
- (e) Is not a member of the armed forces of the State on whose territory the act is undertaken » ¹⁷⁸.

È utile soffermarsi sui principali elementi contenuti in questa seconda e nuova definizione di mercenario, in particolare sulla loro interpretazione alla luce dei lavori preparatori della Convenzione.

Si è già accennato che quella contenuta nel I Protocollo era ritenuta da molti Stati, in particolare da quelli africani, come una definizione insoddisfacente di mercenario, e perciò fin dall'inizio dei lavori in seno al Comitato *ad Hoc*, fu proposto di inserire nel testo una definizione di

¹⁷⁷ *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, A/RES/44/34, 4 December 1989, in <http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r034.htm>.

¹⁷⁸ *Ibidem*, art. 1, § 2.

mercenario alternativa che trovasse applicazione, a differenza di quella prevista nell'art. 47 del I Protocollo, anche in contesti diversi dai conflitti armati internazionali.

Questa definizione presenta rispetto a quella prevista al par. 1 alcuni caratteri che estendono la definizione di mercenario i quali, per questo motivo, meritano un'analisi separata. A tale proposito appare importante sottolineare che le due definizioni, contenute rispettivamente al paragrafo 1 e 2 dell'articolo 1 della Convenzione, devono essere interpretate in modo autonomo l'una dall'altra con la conseguenza che, ai fini della definizione, i requisiti previsti per l'applicazione dell'una non devono essere cumulati a quelli previsti per l'applicazione dell'altra ¹⁷⁹.

Innanzitutto alla lettera (a) del secondo paragrafo dell'articolo 1, si afferma che è un mercenario colui il quale sia stato reclutato localmente o all'estero al fine di partecipare ad un atto concertato di violenza finalizzato al rovesciamento di un governo o alla minaccia dell'ordine costituzionale o dell'integrità territoriale di uno Stato.

Dall'analisi dei lavori preparatori, si ricava che il verbo "partecipare" è stato utilizzato, in tale ambito, allo scopo di estendere la definizione nel senso di voler ricomprendervi non solo coloro che combattono ("fight") e partecipano direttamente alle ostilità, ma anche coloro che, sebbene ancora non stiano compiendo l'azione, sono in procinto di farlo ¹⁸⁰, escludendo dalla nozione i

¹⁷⁹ Ciò è reso chiaro da quanto affermato dal Presidente del Comitato, in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 40th session, Supplement No. 43 (A/40/43), 1985, para. 25-26, secondo cui « [...] The proposed article 1 covered all mercenaries, regardless of the context in which they operated, and, in order to avoid calling into question in any way the provisions of the Geneva Conventions, opened with the words "For the purposes of the present Convention", which were designed to avoid any interference between the proposed Convention and the Additional Protocols. Apart from that introductory phrase, paragraph 1 reproduced article 47, paragraph 2, of Additional Protocol I unchanged. Paragraph 2 referred to categories of mercenaries not covered by the definition contained in paragraph 1 and, while it did not automatically transpose the provisions of the first definition to the second, maintained a certain parallelism between the two definitions ». Tale interpretazione appare confermata anche successivamente, in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 44th session, 1989, par. 22, p. 5, in cui si afferma che « As regards offences in the first groups, the Drafting Group noted that if [...] a person did not qualify as a mercenary under the Convention until such time as he had directly participated in hostilities or in a concerted act of violence, those responsible for his recruitment, training or financing would themselves be immune from prosecution until the recruit had met the requirement of direct participation, an absurd result in the light of the main purpose of the convention as defined in the Committee's mandate ».

¹⁸⁰ Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 1981, par. 61, p. 19, nel quale sebbene si faccia riferimento alla proposta di Convenzione proposta dalla Nigeria in cui era stato introdotto la nozione di "direct or indirect participation", si afferma che il riferimento alla sola partecipazione diretta alle ostilità "would exonerate for example mercenaries who intended to carry out an operation abroad but were stopped or intercepted while on their way to their destination. [...] It was recalled that the word "direct" had been

consiglieri o gli istruttori militari. Tale partecipazione inoltre, sempre ai sensi del par. 2 dell'articolo 1, deve concretizzarsi in un atto di violenza che abbia come obiettivo il rovesciamento di un governo, la minaccia all'ordine costituzionale o all'integrità territoriale di uno Stato¹⁸¹. Tali nozioni, come si ricava dai lavori preparatori della Convenzione, possono essere intese nel senso che l'azione, per caratterizzarsi come mercenaria, deve rivolgersi contro uno degli attributi della sovranità di uno Stato, ovvero il territorio, la popolazione o la sua indipendenza¹⁸². Inoltre, sempre dai lavori preparatori si ricava che determinati atti, secondo un certo numero di Stati, dovevano considerarsi come "ancillari" all'azione a cui l'articolo fa riferimento con la conseguenza di rientrarvi. Essi sono gli atti volti "to create a breakdown in law and order, to endanger the safety of the public, to damage a public or private property"¹⁸³.

Quanto all'elemento della remunerazione promessa dalla Parte a favore della quale il mercenario agisce, furono diverse le posizioni espresse dagli Stati in merito alla rilevanza che tale carattere dovesse assumere ai fini di definire il mercenario. In particolare, se per alcuni Stati tale elemento doveva considerarsi come decisivo in qualsiasi circostanza, secondo altri Stati esso doveva considerarsi un elemento decisivo solamente nelle situazioni in cui il mercenario si trovasse a combattere a fianco delle forze armate, quindi solo nei contesti di conflitti armati. Solo infatti in tali contesti, l'elemento della remunerazione "substantially in excess" si rivelava funzionale alla caratterizzazione del mercenario in quanto figura distinta dal soldato. In altre parole, secondo questi Stati, la rilevanza dell'elemento del guadagno privato del mercenario si aveva solo nell'ambito dei conflitti armati con la conseguenza che negli altri contesti, come quelli previsti all'articolo 1, par. 2

inserted to make a distinction between mercenaries on the one hand and military advisers or instructors abroad on the other ».

¹⁸¹ Si noti che nella bozza di Convenzione, la definizione di mercenario era stata ulteriormente allargata facendo rientrare nelle "attività mercenarie" la "partecipazione diretta" in un conflitto armato contro uno Stato; il tentativo di rovesciamento di un governo, quello di destabilizzazione di un governo; il tentativo di sopprimere o frustrare il processo di indipendenza o di auto-determinazione di un popolo, gli attacchi alla popolazione civile di uno Stato; in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 37th session, 1982, para. 79-80, p. 23.

¹⁸² Cfr. quanto affermato dal Presidente del Comitato, in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 40th session, 1985, para. 27, p. 9, secondo il quale « with regard to the words "against the Government of a foreign State" [...] the act in question was intended to violate one of the attributes of the State . territory, population, independence or sovereignty ».

¹⁸³ Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 42th session, 1987, par. 18.

della Convenzione, esso non doveva considerarsi come un elemento decisivo¹⁸⁴.

Infine, l'ultimo elemento, considerato tra i più rilevanti ai fini della definizione, è quello cd. della nazionalità, previsto nel par. 2 dell'articolo 1, alla lettera (c), secondo cui un mercenario, per essere definito tale, non deve essere un cittadino o un residente dello Stato contro il quale l'atto è diretto. Ai fini della sua applicazione, è interessante sottolineare come si ricavi, sempre dai lavori preparatori, il fatto che tale elemento non dovesse essere interpretato in modo troppo rigido, nel senso che la sua introduzione nell'articolo era volta a porre in rilievo, da una parte, il carattere "straniero" che il mercenario presentava e, dall'altra, ad escludere dalla definizione gli oppositori politici all'interno dello Stato. In altre parole, tale requisito stava a rappresentare che il mercenario doveva considerarsi come un individuo inviato *dall'esterno* nel territorio di uno Stato con la conseguenza che i cittadini o i residenti dello Stato "vittima" erano comunque suscettibili di ricadere nella definizione di mercenario qualora non potessero considerarsi come dissidenti interni e nel caso in cui si fosse rintracciato un collegamento tra di essi e individui stranieri¹⁸⁵. Infine, il mercenario, per essere definito tale, non doveva

¹⁸⁴ In tal senso, si veda in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 39th session, 1984, par. 41, p. 12, in cui si afferma che « The view was also stated that, while it was possibile to compare the material compensation of a mercenary and that of members of the regular armed forces in the case covered by article 47, par. 2, it was not so in other situations, and the appropriate criterion should consequently be adjusted ».

¹⁸⁵ Questo punto è chiarito dal Presidente del Comitato, in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 40th session, 1985, par. 54, p. 13, secondo cui « In support of the nationality criterion, it was pointed out that the purpose of the convention was to put an end to a phenomenon which resulted in outside interference in the affairs of States and not to protect States against the doings of their own nationals, and that elimination of the nationality criterion was tantamount to removal of the foreign element which justified the activation of international cooperation. While it was acknowledged that it was not unprecedented on the international scene for groups of individuals to take up arms against their country, it was stated that such activities, however misguided, came within the purview of domestic law of extradition but not of the convention being drafted. [...] It was also pointed out that a professional mercenary was called on to pursue his activity in diverse countries and would therefore be covered even if the nationality criterion was adopted and that, in the situations referred to by the opponents of the nationality criterion, the nationals of the victim State were necessarily under the remote control of foreigners intervening from abroad: that constituted the foreign element required to activate the machinery of the convention, probably not against the perpetrators themselves but against the persons who recruited, used and financed themselves. [...] The nationality criterion provided protection for bona fide political opponents ». Si veda anche quanto affermato rispetto alla possibile applicazione del criterio della nazionalità qualora non sia possibile distinguere, sulla base dell'elemento della remunerazione pecuniaria, un mercenario da un oppositore politico, in *ibidem*, in cui si afferma che « The criterion of pecuniary gain [...] did not always permit a distinction to be drawn between mercenaries and political opponents and should be supplemented by the nationality criterion so that the convention would not cover persons who, possibly for money but possibly also for political ends, engaged in activities that were misguided from the standpoint of international law but that did not pose the same danger to the international legal order as did

ovviamente essere membro delle forze armate dello Stato sul cui territorio è concretamente posto in essere l'atto.

3.2. ii) Alcune osservazioni

Dall'analisi degli elementi esposti può ricavarsi anzitutto la considerazione secondo cui la Convenzione delle Nazioni Unite espande, rispetto a quanto previsto nel I Protocollo, la definizione di mercenario. Ai sensi dell'articolo 1 infatti può essere definito mercenario non solo il cd. "combattente irregolare" ma anche l'individuo che, inviato da uno Stato straniero all'interno di un altro Stato, partecipi, o sia in procinto di partecipare, ad azioni violente finalizzate, in generale, alla destabilizzazione di uno Stato. Appare peraltro importante sottolineare come siano suscettibili di rientrare nella nozione di atti violenti previsti nella disposizione, anche singoli atti finalizzati a tale scopo, come ad esempio quelli che minacciano l'incolumità della popolazione o che danneggiano la proprietà pubblica e privata.

Dai lavori preparatori, si ricava inoltre che per essere definito mercenario, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, un individuo non deve necessariamente soddisfare tutti i requisiti previsti. Dalla lettura dei lavori preparatori si deduce infatti che l'intenzione dei redattori era quella di prendere in considerazione i principali elementi caratterizzanti il mercenario allo scopo di escludere da tale definizione alcune specifiche categorie di persone senza far seguire a ciò il fatto che la mancanza di uno dei requisiti richiesti dovesse necessariamente condurre alla non applicazione dell'intera definizione. A tale proposito, ci sembra, sempre dalla lettura dei dibattiti, che possa ricavarsi come alcuni elementi fossero considerati più rilevanti rispetto ad altri. Essi sono costituiti dall'estraneità del mercenario rispetto allo Stato in cui svolge l'attività e dall'elemento del profitto personale percepito in cambio della prestazione.

È opportuno inoltre ricordare che la Convenzione delle Nazioni Unite considera illeciti anche altri comportamenti posti in essere in relazione

conventional mercenary activity ».

all'attività armata del singolo mercenario¹⁸⁶. A ciò sono dedicati gli articoli 2, 3 e 4. In particolare all'articolo 2 si dichiara che

« Any person who recruits, uses, finances or trains mercenaries, as defined in article 1 of the present Convention, commits an offence for the purposes of the Convention »¹⁸⁷.

Ai sensi dell'articolo 2 dunque commette un illecito anche l'individuo¹⁸⁸ che recluta, utilizza, finanzia o addestra singoli mercenari o bande di mercenari¹⁸⁹. Inoltre, ai sensi dell'articolo 4, compie un illecito anche l'individuo che tenta di commettere (“attempts to commit”) uno degli atti di cui agli articoli 1 e 2 della Convenzione o si renda complice di colui che compie o tenta di compiere tali atti¹⁹⁰.

4. La normativa sui mercenari sul piano regionale: la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa

Sul piano regionale, occorre ricordare la convenzione adottata nell'ambito dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA) che è stata tra le prime organizzazioni ad intraprendere azioni per contrastare il fenomeno del

¹⁸⁶ Cfr. quanto affermato in *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 43th session, par. 15, p. 4, secondo cui « It was observed that the Ad Hoc Committee's mandate was not to regulate the status of mercenaries but to elaborate an instrument that would put an end to the recruitment, use, financing and training of mercenaries by imposing on States parties to the future convention various obligations, including the obligation to make certain acts punishable under their laws and the obligation to extradite or prosecute the perpetrators of such acts, as well as various reciprocal assistance obligations ».

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Si noti che nella bozza di Convenzione redatta nel 1982, alla Sezione II (corrispondente all'attuale articolo 2), si faceva riferimento non solo a persone fisiche ma anche a “body corporate” che avrebbero potuto porre in essere le attività illecite. Tale riferimento è stato poi successivamente cancellato dal testo della convenzione considerata l'opposizione di un considerevole numero di Stati, in *Report of the Ad Hoc Committee*, 37th session, 1982, par. 83, p. 25.

¹⁸⁹ *Ibidem*, par. 81, p. 23, in cui si afferma che « The following activities were also identifiable as constituting possible offences that might be prohibited under the convention and applied to those who facilitated the activities of individual mercenaries: (a) organizing a band of mercenaries; (b) recruiting a band of mercenaries; (c) training a band of mercenaries; (d) financing a band of mercenaries; (e) using a band of mercenaries; (f) enlisting in a band of mercenaries; (g) advertising or publishing information designed to facilitate the recruitment, use, financing or training of mercenaries ».

¹⁹⁰ *Ibidem*, artt. 3 e 4. Peraltro è da sottolineare la mancanza di un accordo tra gli Stati su quali atti potessero essere inclusi nel concetto di “attempt to commit”. In tal senso, v. Quanto affermato nel *Report of the Ad Hoc Committee*, op. cit., 44th session, 1989, par. 26, p. 5, secondo cui « The concern was expressed that the reprehensible acts a mercenary might commit in preparation of his involvement in hostilities or in a concerted act of violence should not go unpunished. Since there was no agreement as to which preparatory acts might amount to attempt [...] ».

mercenarismo in Africa ¹⁹¹. Fin dall'epoca della questione in Congo infatti, il Consiglio dei Ministri dell'OUA, riunitosi ad Addis Abeba nel settembre del 1964, adottò una risoluzione nella quale si chiedeva al Governo della Repubblica Democratica del Congo di fermare il reclutamento di mercenari e di espellere al più presto possibile tutti i mercenari dal paese ¹⁹².

A tali dichiarazioni ne fecero seguito altre pronunciate dall'Assemblea dei Capi di Stato e di governo dell'OUA, riunitosi a Kinshasa dall'11 al 14 settembre 1967, di condanna dell'aggressione dei mercenari contro la Repubblica Democratica del Congo. In tale occasione peraltro l'Assemblea chiese, oltre l'abbandono immediato del territorio del Congo alle truppe mercenarie, «... upon the UN to deplore and take immediate action to eradicate such illegal and immoral practices; appeals urgently to all States of the world to enact laws declaring the recruitment and training of mercenaries in their territories a punishable crime and deterring their citizens from enlisting as mercenaries » ¹⁹³.

Successivamente il Consiglio dei Ministri dell'Organizzazione continuò ad occuparsi del problema dei mercenari. Nel 1970, in occasione dell'invasione della Guinea da parte di un commando di 350 mercenari ¹⁹⁴, il Consiglio non solo riaffermò la richiesta di una più stretta collaborazione tra i membri dell'Organizzazione per contrastare il fenomeno del mercenarismo, ma chiese anche al Segretario Generale di preparare un progetto di convenzione allo scopo di proibire il reclutamento, l'addestramento, l'equipaggiamento e l'impiego di mercenari. Il primo progetto di Convenzione fu preparato da un comitato di esperti ed esaminato alla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo svoltasi a Rabat nel 1972, tuttavia esso non ricevette il consenso da parte di tutti gli Stati africani, in parte per le disposizioni estremamente rigide che la Convenzione prevedeva in tema di estradizione, dall'altra poichè ancora

¹⁹¹ Per un'analisi del problema dei mercenari in Africa, v. MUSAH A-F AND FATEMI K.J., *Mercenaries An African Security Dilemma*, London, 2006. Sull'Organizzazione per l'Unità Africana, v. GONIDEC P. F., *L'OUA trente ans après*, Paris, 1993, EL-AJOUTY Y., *The Organization of African Unity after Ten Years*, New York, 1975, BROWNLIE J. (Ed.), *Basic Documents on African Affairs*, Oxford, 1971, WORONOFF J., *Organising African Unity*, Metuchen, N. J., 1970.

¹⁹² V. Council of Ministers Addis Ababa, 5-10 September 1964, in http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Decisions/com/fCoM_1964xx.pdf.

¹⁹³ V. in <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Decisions/hog/eHoGAssembly1967.pdf>.

¹⁹⁴ V. per i fatti Keesings *Contemporary Archives*, December 26-31, 1970, p. 24353.

il problema dei mercenari non era avvertito come una questione primaria tra gli Stati africani ¹⁹⁵. La necessità di elaborare uno strumento convenzionale in materia di prevenzione e repressione dei mercenari nel continente africano riemerse in maniera forte nel 1976 in occasione della guerra civile in Angola e, soprattutto, in seguito al processo avvenuto a Luanda nei confronti dei 13 mercenari di nazionalità inglese e statunitense ¹⁹⁶.

Il Consiglio dei Ministri, riunito a Port Louis dal 24 giugno al 3 luglio 1976, adottò infatti una risoluzione in cui non solo « condemns the recruitment and training of mercenaries charged to disturb the stability of the Government of the People's Republic of Angola and with intent to overthrow by brutal force the freely established regime of the People of Angola », ma decise anche di riunire un comitato di esperti allo scopo di elaborare una convenzione sull'eliminazione del mercenarismo in Africa. È sulla base dei lavori del comitato che il Consiglio dei Ministri dell'OUA adottò nel 1977, a Libreville, il testo della Convenzione per l'eliminazione del mercenarismo in Africa, entrata in vigore nel 1985 ¹⁹⁷.

4.1. La struttura della Convenzione OUA

La Convenzione dell'OUA fin dal Preambolo fa proprie alcune delle affermazioni più rilevanti che gli Stati africani avevano proclamato in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nell'ambito dei dibattiti per l'adozione delle risoluzioni in tema di decolonizzazione ed autodeterminazione dei popoli. Si afferma infatti che

« ... The Heads of State and Government of the Member States of the Organization of African Unity ... *Considering* the grave threat which the activities of mercenaries present to independence, sovereignty, territorial integrity and harmonious

¹⁹⁵ Su questo punto, cfr. GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenari*, cit., p. 48.

¹⁹⁶ V. *supra*, § 3.1.

¹⁹⁷ Per il testo della Convenzione v. http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Convention_on_Mercenaries.pdf. Sono 29 gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, per lo stato delle ratifiche v. <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/List/Convention%20for%20the%20Elimination%20of%20Mercenarism.pdf>. Ci preme rilevare che l'analisi che segue è stata svolta unicamente sulla base del testo della Convenzione considerata l'impossibilità di reperire i lavori preparatori.

development of Member State of the Organization of African Unity; *Concerned* with the threat which the activities of mercenaries pose to the legitimate exercise of the right of African People under colonial and racist domination to their independence and freedom; ... *Considering* that the resolutions of the UN and the OUA, the statements of attitude and the practice of a great number of States are indicative of the development of new rules of international law making mercenarism an international crime ».

Possono mettersi in rilievo già dal preambolo alcuni degli elementi che caratterizzano la convenzione: in primo luogo, l'attività mercenaria è definita come una minaccia all'indipendenza ed alla sovranità degli Stati africani; secondariamente, l'attività mercenaria rappresenta una minaccia all'esercizio del diritto di autodeterminazione del popolo africano; infine, ai sensi della Convenzione, il mercenarismo è definito come un crimine contro la pace e la sicurezza in Africa.

Venendo alla sua struttura, ed in particolare alla definizione di mercenario che la Convenzione fornisce, occorre innanzitutto affermare che l'articolo 1, paragrafo 1 della Convenzione riprende la definizione contenuta all'articolo 47, paragrafo 2, del I Protocollo di Ginevra¹⁹⁸.

L'elemento di novità che la Convenzione fornisce rispetto agli altri testi normativi precedentemente esaminati, è costituito dall'introduzione nel testo del crimine di mercenarismo, all'articolo 1, paragrafo 2, definito come "a crime against peace and security in Africa"¹⁹⁹. Nella Convenzione si dichiara infatti che:

« 2. The crime of mercenarism is committed by the individual, group or associations, representative of a State and the State itself who with the aim of opposing by armed violence a process of self-determination stability or the territorial integrity of another State, that practices any of the following acts:

¹⁹⁸ Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della Convenzione « A mercenary is any person who: a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict; b) does in fact take a direct part in the hostilities; c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and in fact is promised by or on behalf of a party to the conflict material compensation; d) is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict; e) is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and f) is not sent by a State other than a party to the conflict on official mission as a member of the armed forces of the said state ».

¹⁹⁹ Cfr. articolo 1, paragrafo 3, della Convenzione.

- a) Shelters, organises, finances, assists, equips, trains, promotes, supports or in any manner employs bands of mercenaries;
 - b) Enlists, enrolls or tries to enrol in the said bands;
 - c) Allow the activities mentioned in paragraph (a) to be carried out in any territory under its jurisdiction or in any place under its control or affords facilities for transit transport or other operations of the above mentioned forces.
3. Any person, natural or juridical who commits the crime of mercenarism as defined in paragraph 1 of this Article commits an offence considered as a crime against peace and security in Africa and shall be punished as such ».

Il crimine di mercenarismo può dunque essere commesso da un individuo, un gruppo o un'associazione, da un rappresentante dello Stato o dallo Stato medesimo, nel caso in cui dia rifugio, organizzi, finanzi, equipaggi, addestri, promuova, supporti o in ogni altra maniera impieghi o tenti di impiegare bande di mercenari, o anche nel caso in cui permetta loro di svolgere attività, o anche solo di transitare, sul proprio territorio o su di un territorio sottoposto alla propria giurisdizione o al proprio controllo, con il fine di opporsi con la forza armata ad un processo di autodeterminazione o di minacciare l'integrità territoriale di uno Stato ²⁰⁰.

Inoltre, ai sensi della Convenzione, compie un crimine contro la pace non solo colui – inteso come Stato o una persona fisica o giuridica- che impiega i mercenari ma anche la persona che li addestra o, nel caso dello Stato, permetta il loro transito sul proprio territorio.

Sul piano della responsabilità individuale, la disciplina convenzionale prevede che il mercenario sia ritenuto responsabile del crimine di mercenarismo e di ogni altro illecito commesso in relazione all'attività ²⁰¹.

²⁰⁰ V. MOURNING P. W., *Leashing the Dogs of War: Outlawing the Recruitment and Use of Mercenaries*, in *Virginia Journal of International Law*, 1982, pp. 589-625, in part. p. 601, in cui l'a. afferma che « [...] The definition of 'mercenary' in Article 1 of the OUA Convention specifies that a mercenary cannot be a national of the State against which his actions are directed, and must be willingly employed with the purpose of either overthrowing by force the government of a member State of the OAU, or hindering the activities of a liberation movement recognized by that body ».

²⁰¹ Cfr. articolo 4 della Convenzione. Inoltre, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, il mercenario non gode dello status di combattente e non usufruisce, in caso di cattura, dello status di prigioniero di guerra.

5. Comparazioni e differenze tra le definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni esaminate

5.1. L'articolo 47 del I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra: una definizione ristretta applicabile solo in contesti di conflitti armati internazionali

Dopo aver preso in considerazione singolarmente le convenzioni internazionali riguardanti i mercenari, occorre a questo punto metterle a confronto allo scopo di porre in evidenza le differenze che sussistono tra di esse. Tale operazione appare di un certo interesse al fine di distinguere le diverse definizioni di mercenario e di conseguenza i differenti regimi giuridici.

Iniziando dalla definizione di mercenario contenuta nel I Protocollo, si deve innanzitutto affermare che l'articolo 47 contiene una definizione piuttosto ristretta di mercenario. Tale definizione peraltro non è volta, a differenza delle altre convenzioni, a vietare agli Stati l'utilizzo di mercenari ma piuttosto ad escludere che il mercenario possa godere dello status di combattente e di quello di prigioniero di guerra nel caso in cui venga catturato.

Come si è già visto, si definisce mercenario colui che è arruolato da uno Stato per combattere in un conflitto armato internazionale, e che di fatto prende parte diretta alle ostilità dietro pagamento di un compenso il quale deve essere nettamente superiore a quello preso da un membro delle forze armate che svolga un'analoga funzione. Inoltre, per essere un mercenario, la persona non deve essere un cittadino dello Stato che lo impiega né residente di un territorio da questo controllato né infine deve essere stato inviato dallo Stato in veste di un suo ufficiale o rappresentante.

Come si può notare, l'articolo 47 contiene una dettagliata definizione di mercenario per soddisfare la quale, è necessario che l'individuo possieda tutti i requisiti cumulativamente. Una tra le ragioni principali che stanno alla base di tale complessità risiede nel fatto che la definizione è contenuta in un trattato di diritto internazionale umanitario il cui scopo è evidentemente quello di migliorare le condizioni dei diversi soggetti coinvolti nell'ambito di un conflitto armato tra cui dunque anche i mercenari. Tale scopo peraltro è reso

chiaro dal fatto che in sede di discussione nell'ambito della Conferenza diplomatica, la maggioranza degli Stati ritenne che i mercenari dovessero comunque beneficiare delle garanzie fondamentali garantite dall'articolo 75 del I Protocollo.

Quindi un individuo che soddisfi i requisiti previsti all'articolo 47, ed in particolare sia reclutato per combattere in un conflitto armato internazionale e di fatto prenda parte diretta alle ostilità, potrà essere definito come un mercenario con la conseguenza che non gli sarà riconosciuto, da parte del nemico, lo status di combattente e quello di prigioniero di guerra nel caso. Il I Protocollo è stato ratificato dalla quasi unanimità degli Stati e può concludersi nel senso che esso corrisponda al diritto internazionale consuetudinario ²⁰².

5.2. L'articolo 1 della Convenzione delle Nazioni Unite: una definizione "ampia" valevole solo per gli Stati Parti

A differenza del I Protocollo, la Convenzione delle Nazioni Unite prevede una normativa specifica sui mercenari e pone agli Stati una serie di obblighi volti a vietare loro, o a persone che si trovino sul loro territorio, il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari. La Convenzione si applica sia in tempo di guerra che in tempo di pace e vincola solo gli Stati che l'hanno ratificata.

Riguardo alla definizione di mercenario, la Convenzione contiene una definizione più ampia rispetto a quella prevista nel I Protocollo con la conseguenza che un individuo potrà essere considerato un mercenario ai sensi della Convenzione in situazioni diverse ed ulteriori rispetto all'ipotesi prevista nell'articolo 47, riprodotta all'articolo 1 par. 1 il quale ne estende l'ambito di applicazione anche ai conflitti armati interni. Ai sensi della Convenzione, è considerato infatti mercenario non solo colui che combatte in un conflitto armato, ma anche l'individuo che in contesti diversi dai conflitti armati sia stato reclutato allo scopo di partecipare, in cambio di un guadagno privato, ad un atto di violenza finalizzato al rovesciamento di un governo o a minacciare

²⁰² In tal senso, v. HENCKAERT J. – M., DOSWALD BECK L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, *Rules*, ICRC, Geneva, 2005, pp. 391-395.

l'ordine costituzionale o l'integrità territoriale di uno Stato. Inoltre, il mercenario, per essere definito tale, non deve essere cittadino o residente dello Stato nei cui confronti tale azione è rivolta né deve essere un membro dello Stato sul cui territorio è intrapresa l'azione né deve essere stato inviato da uno Stato in missione ufficiale.

Da quanto si è potuto ricavare dai lavori preparatori, tale definizione è suscettibile di comprendere una varietà di situazioni molto diverse tra loro. È reso chiaro infatti che per “partecipazione” s'intende, ai sensi della Convenzione, una nozione più ampia di quella di “combattimento” la quale può consistere sia in un'azione vera e propria sia in azioni preparatorie le quali dimostrino l'intento di compiere l'azione. Si è anche visto dall'interpretazione data dagli Stati durante la negoziazione del testo come i concetti di “rovesciamento di un governo” o “minaccia all'ordine costituzionale o all'integrità territoriale di uno Stato” siano suscettibili di includere diverse azioni. Appare importante a tale proposito sottolineare che, ai sensi della Convenzione, anche una singola azione rivolta ad uno degli elementi costitutivi di uno Stato, potrebbe essere definita come un'attività mercenaria.

Ai fini della caratterizzazione del mercenario infine, è necessario che tali azioni siano compiute, o la cui organizzazione provenga *dall'esterno*, cioè o da personale straniero rispetto allo Stato in cui l'azione deve compiersi o anche da personale il quale pur avendo la stessa nazionalità dello Stato in cui opera, è posto sotto il controllo di uno straniero. Peraltro ai sensi della Convenzione, è punito non solo colui che concretamente compie l'azione ma anche colui che utilizza, recluta o organizza i mercenari nonché l'individuo che si renda complice del mercenario o del reclutatore.

Riassumendo, la Convenzione tende a coprire due situazioni in particolare in cui il mercenario opera: la prima è quella in cui egli sia impiegato allo scopo di combattere in un conflitto armato interno o internazionale; la seconda è invece quella in cui un individuo sia arruolato per partecipare ad azioni di sabotaggio finalizzate alla destabilizzazione di uno Stato o di un governo le quali, pur potendo manifestarsi in diversi modi, sono accomunate dal fatto di essere condotte o organizzate da stranieri rispetto allo Stato in cui l'azione si compie. Si deve concludere quindi nel senso che la Convenzione pone agli

Stati Parti una disciplina molto dettagliata finalizzata, in particolare modo, a porre un divieto *ad una serie* di attività mercenarie e non solamente a quella posta in essere dal singolo individuo che svolge l'attività illecita in territorio straniero.

5.3. La Convenzione OUA: la criminalizzazione del mercenario nell'ambito africano

Ancora diversa è la disciplina contenuta nella Convenzione OAU il cui scopo è vietare non solo agli Stati ed ai suoi rappresentanti, ma anche ad individui, gruppi e associazioni, l'organizzazione, l'addestramento e l'impiego di mercenari. A tale proposito, due sono gli elementi da porre in rilievo.

Il primo elemento consiste nel fatto che la Convenzione riprende la definizione "ristretta" di mercenario contenuta nel I Protocollo intendendo con tale nozione, l'individuo che è reclutato per combattere in un conflitto armato, e che di fatto partecipa direttamente alle ostilità, in cambio di un guadagno privato. Inoltre, analogamente a quanto previsto nel I Protocollo, un mercenario, per essere definito tale, non deve essere un membro delle forze armate di una Parte al conflitto né un suo cittadino o un residente del territorio controllato dalla medesima né deve essere stato inviato da uno Stato terzo al conflitto in missione ufficiale.

Il secondo elemento consiste nell'introduzione, nel testo della Convenzione, del crimine di mercenarismo, definito come "un crimine contro la pace e la sicurezza in Africa", il quale può essere compiuto nel caso in cui un individuo, un gruppo o un'associazione o dallo Stato stesso, organizzi, promuova, istruisca, arruoli bande di mercenari allo scopo di opporsi con la violenza armata ad un processo di autodeterminazione o al fine di minacciare la stabilità e l'integrità territoriale di uno Stato.

Uno Stato che sia Parte alla Convenzione compie il crimine di mercenarismo anche solo quando permetta che le attività vietate dalla Convenzione, siano condotte sul proprio territorio o su un territorio posto sotto la propria giurisdizione o controllo.

Dunque la Convenzione se da una parte restringe, rispetto alla Convenzione ONU, la nozione di mercenario alla figura del combattente in un conflitto armato che partecipa direttamente alle ostilità, dall'altra prevede un regime giuridico aggravato derivante dalla commissione del crimine di mercenarismo da parte di individui, gruppi o associazioni rappresentative dello Stato o dallo Stato medesimo, che pongano in essere le attività "mercenarie" vietate dalla Convenzione. Da tale regime, ne consegue, come precedentemente esaminato, una responsabilità per crimini sia del singolo mercenario che dello Stato.

Occorre ricordare che tale regime si applica solo in contesti di conflitti armati internazionali nel quale vanno ricondotte le lotte di liberazione nazionale e non anche in contesti di conflitti armati interni.

5.4. Alcune considerazioni sull'applicabilità delle convenzioni internazionali in vigore in tema di mercenari

Da quanto affermato, possono ricavarsi due considerazioni. La prima consiste nella constatazione che attualmente esistono più definizioni di mercenario alle quali seguono diversi regimi giuridici. La conseguenza di ciò è che un individuo può essere classificato come mercenario in modo diverso a seconda del contesto in cui opera. Ad esempio, un individuo che non possa essere definito come mercenario ai sensi del I Protocollo potrebbe essere definito in tal modo in base alla Convenzione ONU, se lo Stato del quale egli è cittadino o in cui egli risiede o, anche, nel quale egli svolge l'attività illecita è parte a tale Convenzione. Non è da escludersi anche l'ipotesi in cui un individuo, il quale è un mercenario ai sensi del I Protocollo, lo sia anche in base alla Convenzione OUA o a quella ONU, nel caso in cui esse si applichino.

Analogo ragionamento è da farsi anche per quanto riguarda gli Stati coinvolti nell'impiego dei mercenari, i quali, se sono Parti alle Convenzioni, hanno specifici obblighi in tal senso. A tale riguardo, appare rilevante sottolineare il fatto che gli Stati Parti alle convenzioni ONU e OUA hanno obblighi non solo nel senso di non impiegare truppe mercenarie, ma anche nel senso di prevenire e punire persone, gruppi o associazioni, nel caso in cui

svolgano le attività considerate illecite nelle convenzioni nel proprio territorio anche solo quando esso sia utilizzato per il transito di truppe mercenarie o di equipaggiamenti destinati ad esse.

Ci sembra dunque che da quanto detto si possa ricavare la conclusione secondo cui, sebbene i limiti intrinseci che ciascuna convenzione presenta come evidenziato nell'analisi ad esse dedicata e i limiti estrinseci che derivano sostanzialmente dalla scarsa adesione da parte degli Stati, le discipline contenute in tali convenzioni si applicano in una varietà di ipotesi nelle quali lo Stato è obbligato ad adottare alcune misure anche quando non sia lui direttamente ad impiegare truppe mercenarie con conseguenze sul piano della sua responsabilità internazionale.

Ai fini del nostro studio, tale ragionamento riveste una notevole importanza poiché qualora i *contractors* ricadano nella definizione di mercenario contenuta in una delle convenzioni considerate, la normativa in esse contenute troverà applicazione.

6. L'applicazione delle definizioni di mercenario ai *contractors*

Il problema dei criteri contenuti nelle convenzioni concernenti la disciplina da applicare nei confronti dei mercenari sono stati nuovamente analizzati dalla dottrina²⁰³, dopo la fine del fenomeno della decolonizzazione, in concomitanza con il fiorire e lo sviluppo del fenomeno delle *private military companies*, al fine di verificare se i *contractors* potessero essere ricondotti nella disciplina dei mercenari. Le due figure, quella del mercenario e quella del *contractor*, sono state in tal modo associate. I motivi che stanno alla base di questa associazione si rintracciano in alcuni elementi comuni ad entrambe le figure, in particolare l'elemento del guadagno privato connesso allo svolgimento di un'attività di tipo "militare". In generale, la dottrina ha teso ad escludere l'applicazione della normativa sui mercenari ai *contractors* ponendo in rilievo due tipologie di

²⁰³ Si veda in particolare COLEMAN J. R., *Constraining Modern Mercenaries*, in *Hastings Law Journal*, 2004, pp. 1493-1538; MILLIARD T. S., *Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies*, in *Military Law Review*, 2003, pp. 1-95; FRYE E. L., *Private Military Firms in the New World Order: How Redefining "Mercenary" can tame the "Dogs of War"*, in *Fordham Law Review*, 2005, pp. 2607-2664; ZARATE J. C., *The Emergence of a New Dog of War*, cit., p. 123; BOLDT N., *Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, pp. 502-544.

limiti in tal senso. Il primo limite consisterebbe nella difficoltà di applicare le definizioni tecnico-giuridiche di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali agli attuali *contractors*. A tale riguardo, si fa riferimento al fatto che le convenzioni in vigore, pur avendo ciascuna un ambito di applicazione differente, hanno adottato, ai fini della definizione di mercenario, un medesimo criterio di identificazione consistente nel riscontro di una serie di requisiti da applicarsi cumulativamente. Il secondo limite rilevato, consisterebbe nella diversità esistente tra i due fenomeni sottolineando le nuove caratteristiche e i contesti differenti in cui i *contractors* operano rispetto ai mercenari.

6.1. Il problema dell'applicazione delle definizioni di mercenario ai *contractors* come affrontato dalla dottrina

Come si è detto, il principale limite all'applicazione delle definizioni di mercenario ai *contractors* è stato riscontrato nel criterio "cumulativo" dei diversi requisiti che è stato adottato nelle convenzioni il quale sarebbe volto all'identificazione di una determinata figura di mercenario caratteristica dell'epoca della decolonizzazione²⁰⁴.

In particolare, si è affermato che il requisito previsto in tutte e tre le convenzioni, ovvero il reclutamento del mercenario allo scopo della sua partecipazione diretta alle ostilità non è facilmente riscontrabile nel caso dell'impiego dei *contractors*. Le attività per cui essi sono reclutati infatti

²⁰⁴ Sull'inadeguatezza delle norme sui mercenari all'attuale fenomeno delle *private military firms* ed ai *contractors*, v. BOLDT N., *Outsourcing War*, cit., p. 535, secondo cui « even if contractors fulfilled the requirements of the mercenary definition, the question would be whether it is appropriate to solve the problems of today with rules developed in the 1970s. The practice of States towards PMCs is so positive that the applicability of the mercenary rules is questionable »; cfr. anche COLEMAN J. R., *Constraining Modern Mercenaries*, in *Hastings Law Journal*, 2004, pp. 1493-1538, secondo cui occorre espandere l'attuale definizione di mercenario che non ricomprende le *private military corporations*. In particolare, secondo egli « as matters now stand, these private contractors effectively circumvent all international constraints, notwithstanding that the use of mercenaries in any form remains a clear violation of the spirit of international law. ... An expansion of the international definition to encompass mercenarism in its modern manifestation would not only bring modern mercenaries back under the law, but would also be instrumental in holding government actors employing mercenarism through private military corporations accountable for the criminal actions of the mercenaries they are. ... The existing laws do not adequately deal with the full variety of private military actors. That is, they are specifically aimed at only the individuals working against national governments or politically recognized movements of national liberation. Such gaps in the law mean not only that private military corporations themselves are not directly regulated, but also that the organization of mercenary forces behind the corporate veil serves as protection against liability for those who hire them ». Cfr. anche SINGER P. W., *War, Profits, and the Vacuum of Law*, il quale, in relazione all'inadeguatezza delle norme sui mercenari all'attuale fenomeno delle PMCs, parla di un *legal vacuum*.

spesso non includono l'attività di combattimento ma casomai, più di frequente, quella di addestramento ed equipaggiamento di forze militari statali con la conseguenza che i *contractors* possono soddisfare tale requisito solo in rare occasioni rispetto alle molteplici che essi svolgono²⁰⁵. In secondo luogo, è stato posto in rilievo come il requisito del profitto personale, caratteristico del mercenario, non sia agevole da dimostrare. Se da una parte infatti, il fatto che il *contractor* svolga la professione di "militare" comporta che sia presente in lui tale motivazione, non sempre è facilmente dimostrabile che il compenso da lui percepito sia "nettamente superiore", in base a quanto previsto nel I Protocollo, o "sostanzialmente in eccesso", secondo la Convenzione delle Nazioni Unite, da quello dei membri delle forze armate che svolgono la medesima funzione. Inoltre, proprio il fatto che il *contractor* svolga stabilmente la professione di "esperto militare" per una compagnia privata fa sì che la sua partecipazione in un determinato conflitto non sia dovuta tanto alla remunerazione promessa quanto dal fatto che egli, essendo un dipendente della compagnia, svolge l'attività nella situazione in cui la propria compagnia ha deciso d'intervenire stipulando il contratto. In terzo luogo, anche il requisito della "nazionalità" presente nelle definizioni, limiterebbe ulteriormente la possibilità di applicare la normativa ai *contractors* con la conseguenza che, ad esempio, i *contractors* di nazionalità statunitense impiegati dal governo degli Stati Uniti in Iraq, non potrebbero essere definiti, sulla base di tale requisito, come mercenari²⁰⁶.

Infine, oltre ai problemi specifici delle definizioni contenute in ciascuna convenzione, è stato sottolineato come le stesse convenzioni abbiano

²⁰⁵ I *contractors* spesso sono impiegati per svolgere funzioni di "adviser and training" le quali, come si è visto in precedenza, non sono previste nella definizione di mercenario contenuta nelle Convenzioni. In tal senso v. CLAPHAM A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, New York, 2006, p. 300, secondo cui « The definition in this treaty [OUA treaty] (as in others) starts from the premise that the mercenary is "specially recruited" to fight in an armed conflict. It is far from clear that the sorts of private armed forces employed by governments over the last the years would fall within the various definitions of mercenaries found in such treaties, as such persons are usually recruited, not for armed conflict, but for training and security reasons ». Cfr. BOLDT N., *Outsourcing War*, cit., p. 533, secondo cui « ... only those contractors granting security services and those actively participating in offensive combat operations could fall under that definition, combatants from other fields of engagement are excluded. It is important in this context that the soldier has to be recruited with the intention to fight. If somebody is employed to train or supply the States' armed forces and then incidentally gets involved in the fighting, he is no mercenary ». Cfr. anche ZARATE J. C., *The Emergence of a New Dog of War*, cit, p. 123, secondo il quale « Trainers and advisors are also excluded, although they can affect the military situation just as much as, of not more than, actual combatants. In the case of SCs [Security Companies], this is a crucial omission since most of the work SCs do involves training. ... SCs in general, however, fall outside the conjunctive definition of Article 47 since they tend to restrict their activities to training governments' troops only ».

²⁰⁶ Cfr. BOLDT, op. cit.

un'importanza limitata trattandosi di convenzioni di carattere regionale, come quella stipulata nell'ambito dell'Organizzazione per l'Unità Africana, o di convenzioni con un ambito di applicazione specifico, come il I Protocollo o ancora, si tratterebbe di convenzioni alle quali ha aderito solo un numero esiguo di Stati²⁰⁷.

6.2. Critica dell'impostazione adottata in dottrina ed individuazione delle ipotesi in cui è possibile applicare la disciplina dei mercenari ai *contractors*

L'impostazione seguita dalla dottrina nel senso di negare, nel suo complesso, la possibilità di applicare le norme concernenti i mercenari ai *contractors*, appare criticabile per alcuni motivi. Se da una parte infatti è indubbio che le compagnie militari private e i *contractors* presentano delle caratteristiche nuove ed operano in contesti in alcuni casi molto diversi da quelli che hanno caratterizzato l'epoca della decolonizzazione, dall'altra parte ci sembra altrettanto vero che i *contractors*, in determinate contesti, svolgono delle attività che appaiono riconducibili alla disciplina concernente i mercenari. Da ciò si deduce che la normativa sui mercenari, nonostante non riesca a coprire nel suo complesso il fenomeno delle compagnie militari private e il ventaglio di attività svolte dai *contractors*, assume un'importanza nel senso che essa è applicabile qualora questi ultimi svolgano delle attività appunto definibili come mercenarie. Inoltre l'analisi che ci apprestiamo a compiere, condotta alla luce delle funzioni che i *contractors* svolgono insieme ad alcuni casi della prassi, permette di individuare in quali ipotesi le convenzioni trovano applicazione nonché consente di comprendere in modo più approfondito le ragioni per cui in altre situazioni esse non possono applicarsi nonostante i *contractors* ricadano nella definizione di mercenario.

a) *Contractors con funzioni di combattimento. Il caso degli Stati africani e di altri Stati appartenenti ad aree del sud del mondo*

²⁰⁷ Cfr. SINGER P. W., *War, Profits, and the Vacuum of Law*, cit., p. 531, il quale definisce il ristretto numero di Stati che hanno ratificato la Convenzione come conferma del carattere "anti-customary" delle disposizioni ivi contenute.

Senza dubbio una delle funzioni svolte dai *contractors* che ha destato maggiore interesse è quella che prevede lo svolgimento di attività di combattimento. Nella prassi, l'impiego di *contractors* per questo genere di attività è avvenuto in alcune aree geografiche specifiche appartenenti al sud del mondo, in particolare alcuni Stati africani hanno fatto ricorso negli anni '90 all'impiego di *contractors* ²⁰⁸. Il loro impiego si è avuto soprattutto a causa delle forti crisi di instabilità interna provocate dalla presenza nel territorio di violenti movimenti insurrezionali. Dinanzi all'incapacità delle forze armate regolari di sconfiggere tali moti, i governi di questi Stati sono dunque ricorsi all'impiego di personale specializzato fornito dalle compagnie militari private allo scopo di ottenere di nuovo il controllo del territorio e ristabilire la propria sovranità. Qui di seguito riportiamo due casi della prassi nei quali le compagnie sono state impiegate per svolgere espressamente attività di combattimento per conto del governo.

1. *L'intervento dell'Executive Outcomes e della Sandline International in Sierra Leone*

La Sierra Leone è stato un paese che è ricorso più volte all'impiego di compagnie militari private per svolgere funzioni di combattimento nel corso degli anni '90 ²⁰⁹. Già nel 1995 infatti, in seguito al colpo di Stato militare che aveva scalzato il Presidente Momoh, il nuovo governo guidato da V. Strasser decise di arruolare la compagnia militare privata *Executive Outcomes*, la quale era già intervenuta negli anni precedenti in Angola. L'*Executive Outcomes* era

²⁰⁸ In particolare, sulle cause ed i problemi concernenti la presenza delle compagnie militari private in Africa, v. MUSAH A.-F., FAYEMI K., *Africa in Search of Security: Mercenaries and Conflicts – An Overview*, in MUSAH A.-F., FAYEMI K., *Mercenaries An African Security Dilemma*, London, 2000; nello stesso volume v. anche O'BRIEN K. A., *Private Military Companies and African Security 1990-98*; MUSAH A.-F., *A Country Under Siege: State Decay and Corporate Military Intervention in Sierra Leone*; PECH K., *The Hand of War: Mercenaries in the Former Zaire 1996-97*. V. anche MUSAH A.-F., *Privatization of Security, Arms Proliferation and the Process of State Collapse in Africa*, in *Development and Change*, 2002, pp. 911-933; VINES A., *Mercenaries and the Privatisations of Security in Africa in the 1990s*, in MILLS G., STREMLAU J. (Ed.), *The Privatisation of Security in Africa*, Johannesburg, South African Institute of International Affairs, ARNOLD G., *Mercenaries: The Scourge of the Third World*, London, 1999.

²⁰⁹ V. SHEARER D., *Private Armies and Military Intervention*, Adelphi Paper 316, Londo, 1998, si veda inoltre Spear J., *Market Forces. The Political Economy of Private Military Companies*, Fafo Report 2006, in <http://www.fafo.no/pub/rapp/531/531.pdf>.

una compagnia – oggi si è estinta – con la propria sede principale in Sud Africa appartenente ad una *holding* internazionale, la *Branch Heritage Group*, con investimenti nel settore minerario. Tale compagnia è stata impiegata dal governo per fornire servizi di addestramento, di *intelligence* e di assistenza nei combattimenti all'esercito regolare allo scopo di sconfiggere i movimenti ribelli, per i quali ha ottenuto un lucroso contratto e alcune concessioni per lo sfruttamento delle miniere di diamanti presenti nella regione di Koidu. Successivamente alla vittoria delle elezioni da parte del Presidente Kabbah nel 1996 ed al successivo colpo di Stato guidato da P. Koroma, un'altra compagnia militare, la *Sandline International*, è intervenuta nel paese per conto delle forze guidate da Kabbah, in quel momento in esilio in Guinea, ed a sostegno delle forze di interposizione ECOMOG allo scopo di fornire loro servizi di logistica, trasporto, *intelligence* e di direzione delle operazioni di combattimento ²¹⁰.

2. *L'intervento della Sandline International in Papua Nuova Guinea*

Nel 1997 il governo della Papua Nuova Guinea ha stipulato un contratto con la compagnia militare privata *Sandline International* per prestare assistenza militare all'esercito regolare allo scopo di ottenere di nuovo il controllo su di una parte di territorio, in particolare la zona ricca di risorse minerarie di Panguna, in mano al gruppo di insorti, il *Bougainville Revolutionary Army* ²¹¹. Il contratto prevedeva l'impiego di *contractors* con funzioni di addestramento delle forze militari, di supporto logistico e di condotta di operazioni offensive contro il gruppo insurrezionale. In realtà, il personale della *Sandline* non è mai stato dispiegato sul territorio a causa delle forti proteste interne al paese, in particolare da parte dell'esercito regolare, ed

²¹⁰ In occasione di tale intervento peraltro, la *Sandline International* è stata accusata di aver trasferito illegalmente armamenti al Presidente Kabbah, in violazione del dell'embargo in tal senso deciso dal Consiglio di Sicurezza. Lo scandalo, che ha investito il governo britannico nella misura in cui avrebbe tacitamente acconsentito il traffico di armi, ha costituito l'occasione per aprire un dibattito nel Regno Unito sulla liceità delle compagnie militari private e sulle modalità attraverso le quali regolamentarle. V. in tal senso il *Green Paper* "Private Military Companies: Options for Regulation" redatto dalla Commissione Affari Esteri della Camera dei Comuni, v *infra* Capitolo III, par. 4, della Parte Prima. In dottrina, v. WALKER C., WHITE D., *Contracting Out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 651-689.

²¹¹ Le informazioni sono reperibili nell' "Agreement for the Provision of Military Assistance", del 31 gennaio 1997, stipulato dalla *Sandline International* ed il governo della Papua Nuova Guinea, in <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>.

anche da parte dei paesi vicini come l’Australia, seguite alla notizia dell’intervento della compagnia privata²¹².

In relazione a questi casi si pone dunque la questione di capire se i *contractors* impiegati possano essere definiti come mercenari ai sensi delle Convenzioni. A tale proposito, occorre anzitutto affermare che tale normativa non trova applicazione poiché né la Sierra Leone né la Papua Nuova Guinea sono Parti alla Convenzione ONU o, nel caso della Sierra Leone, a quella dell’OUA.

Appare opportuno tuttavia, in via ipotetica, esaminare comunque se i *contractors* sarebbero potuti rientrare nella definizione di mercenario contenuta nella disciplina convenzione. A tale proposito, a noi sembra che una risposta positiva si sarebbe potuta dare nei casi di specie, soprattutto alla luce di alcune caratteristiche che essi presentavano. In particolare, in entrambi i casi i *contractors* erano degli individui stranieri rispetto allo Stato d’impiego, reclutati per svolgere funzioni tra cui rientrava quella della partecipazione diretta alle ostilità²¹³ in cambio di una remunerazione pecuniaria. Essi inoltre non appartenevano alle forze armate dello Stato d’impiego né potevano definirsi come persone inviate da altri Stati in missione ufficiale.

Riguardo alla loro non appartenenza alle forze armate di uno Stato, vorremmo peraltro porre l’attenzione sul fatto di come questo requisito sia agevolmente superabile, almeno formalmente, da parte di uno Stato. Nel caso dell’impiego dei *contractors* della *Sandline* da parte del governo della Papua Nuova Guinea infatti, il governo definì il personale come “special constables”, cioè come forze di polizia speciale, presumibilmente proprio al fine di ovviare il rischio che essi potessero essere definiti come dei mercenari²¹⁴.

²¹² In seguito all’impossibilità per la società *Sandline* di intervenire nel territorio della Papua Nuova Guinea e di fronte al rifiuto del governo di procedere al pagamento della prestazione del servizio, come stabilito dalle Parti nell’accordo, la *Sandline* ha promosso un procedimento arbitrale nell’ambito dell’UNCITRAL. Il testo della sentenza, emanata il 9 ottobre 1988, con cui il Tribunale ha ordinato al governo di provvedere al pagamento della somma spettante alla *Sandline*, è reperibile in *ILR*, vol. 117, pp. 552-565.

²¹³ Per quanto riguarda il caso dei *contractors* impiegati dal governo della Papua Nuova Guinea, si veda quanto espressamente previsto nel contratto in base al quale tra le funzioni per cui i *contractors* erano stati arruolati compariva, tra l’altro, quella di «conduct offensive operations in Bougainville in conjunction with PNG defence force to render the BRA military ineffective and repossess the Panguna mine», in v. *supra*, nota 211.

²¹⁴ Cfr. a tale proposito quanto previsto nel contratto in cui si afferma che «[a]ll officers and personnel of

b) *Contractors con funzioni di sicurezza. Caso dei contractors italiani sequestrati in Iraq*

Come già accennato relativamente alle *private security companies*, un'altra funzione per la quale i *contractors* vengono oggi arruolati, in numero sempre più crescente, consiste nella prestazione di servizi legati alla protezione in paesi esteri di determinate persone o di proprietà pubbliche o private. Personale *contractor* adibito a svolgere tale funzione è ad esempio presente in Iraq per la protezione di esponenti politici o di investitori che si trovano sul territorio iracheno ²¹⁵ e in Afghanistan dove ad esempio, la protezione del Presidente Karzai è affidata ai *contractors* della compagnia militare privata *DynCorp* ²¹⁶.

Ci si chiede se anche questo genere di *contractors* possa rientrare nella definizione di mercenario. Per rispondere a tale questione, ci sembra che sia necessario compiere alcune considerazioni preliminari. Non sembra infatti possibile fornire una soluzione valida in astratto per tutte le situazioni ma piuttosto riteniamo che sia necessario distinguere tra diverse ipotesi in ragione del fatto che non sempre è agevole, soprattutto in contesti di conflitti armati o di violente crisi interne agli Stati, distinguere una funzione di “sicurezza” da una di “partecipazione diretta alle ostilità” come previsto nelle convenzioni sui mercenari.

È da ritenersi tuttavia che la soddisfazione di ques'ultimo criterio, cioè la “partecipazione diretta alle ostilità” non sia da escludersi nella situazione in cui il *contractor* venga impiegato da uno Stato e svolga delle funzioni di “sicurezza” in contesti di crisi nelle quali sia necessario una sua dotazione di armi da guerra.

Sandline assigned to this contract shall be enrolled as Special Constables, but hold military ranks commensurate with those they hold with the Sandline command structure and shall be entitled to given orders to junior ranks as may be necessary for the execution of their duties and responsibilities », *ibidem*.

²¹⁵ Anche il governo italiano, successivamente al ritiro delle proprie forze armate dall'Iraq, ha preso in considerazione l'ipotesi di ricorrere a “security contractors” della compagnia privata Aegis al fine di garantire la sicurezza del personale italiano rimasto in territorio iracheno. A tale riguardo, v. RAU G., *Chi è la Aegis*, in *L'Unità*, del 15 marzo 2007. Sul punto v. anche l'interrogazione del deputato Galante ai ministri della Difesa e degli Affari Esteri italiani, in http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/stenografici/sed144/BINTERO.pdf, pp. 5114-5115.

²¹⁶ Cfr. SINGER, *Corporate Warriors*, cit.

A tale proposito, è opportuno fare riferimento ad una Direttiva emanata dal Dipartimento della Difesa statunitense riguardante l'impiego di *contractors* per servizi legati alla sicurezza²¹⁷, in particolare alle misure che il governo deve ottemperare prima del dispiegamento privato nell'area, le quali, a nostro parere, dimostrerebbero come i *security contractors* in determinati contesti rischiano di essere definiti mercenari. Tra le misure previste nella suddetta Direttiva, vi è quella per cui il governo, al fine di considerare la legittimità del dispiegamento in base al diritto applicabile, si consulti con uno staff tecnico-giuridico e nella direttiva si tende ad escluderlo nei casi in cui siano in corso o siano imminenti le operazioni di combattimento. A tale riguardo, è previsto anche che, in questo tipo di situazioni, i *contractors* non possono svolgere funzioni di vigilanza a difesa delle strutture militari statunitensi. Inoltre è previsto che in ogni caso il governo, prima di autorizzare il personale *contractor* all'utilizzo delle armi nell'area, si informi adeguatamente circa la conoscenza dell'area in cui il *contractor* opera, le strutture civili o militari che il *contractor* deve proteggere e il suo coordinamento con le strutture militari. Il governo poi deve entrare in possesso della documentazione riguardante la capacità del singolo *contractor* all'utilizzo delle armi e la sua conoscenza delle norme fondamentali del diritto internazionale umanitario. Solo dopo l'accertamento di tali requisiti e l'autorizzazione da parte del Comandante dell'area all'utilizzo di armi, il governo può stipulare il contratto²¹⁸.

A nostro parere, la configurazione dei *security contractors* come "mercenari" appare ancora più verosimile se ad impiegarli sia uno Stato Parte alla Convenzione delle Nazioni Unite la quale, prevedendo una definizione "allargata" di mercenario, include anche gli individui che operano in contesti diversi da quelli di conflitto armato i quali compiano azioni violente con l'obiettivo di rovesciare un governo o destabilizzare uno Stato. Per quanto concerne in particolare quest'ultimo scopo, cioè la destabilizzazione di uno Stato, ci sembra che i *security contractors* siano suscettibili di rientrare nella

²¹⁷ Si fa riferimento all' *Instruction* 3020.41 del 3 ottobre 2005, la quale pur non definendo in cosa consistano i servizi legati alla sicurezza, alla sezione 6.3.5 afferma che « [I]f consistent with applicable U.S., HN, and international law, and relevant SOFAs or other international agreements [...] a defense contractor may be authorized to provide security services for other than uniquely military functions », reperibile in <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/302041p.pdf>.

²¹⁸ *Ibidem*, v. l'intera sezione 6.3.5. della Direttiva.

nozione di mercenario qualora compiano azioni armate nei confronti della popolazione civile. Si ricordi infatti a tale proposito che, in sede di negoziazione del testo della Convenzione, alcuni Stati affermarono che nel concetto di “atto violento rivolto contro un governo o uno Stato” dovevano farsi rientrare anche azioni finalizzate a creare disordine “in law and order” o a minacciare la sicurezza della popolazione o ancora a danneggiare la proprietà pubblica e privata.

1) *Le ordinanze del Tribunale di Bari del 1° ottobre 2004 e del 18 ottobre 2004 relative ai contractors italiani in servizio in Iraq*

Circa le difficoltà che si riscontrano nel tentativo di individuare i criteri per definizione dei *security contractors* come mercenari, è opportuno fare riferimento a due ordinanze emanate dal Tribunale di Bari in merito alla vicenda del sequestro, avvenuto in Iraq nella primavera del 2004, di quattro cittadini italiani, U. Cupertino, M. Agliana, S. Stefio e F. Quattrocchi, da parte di un gruppo non identificato di iracheni, presumibilmente appartenente alla resistenza irachena, che portò peraltro alla morte di uno di essi. Nonostante i giudici non abbiano fatto espresso riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite, di cui l'Italia è Parte, tali ordinanze rivestono comunque un certo interesse poichè i giudici si sono interrogati sulla possibilità di definire i *contractors* come mercenari e sulla conseguente applicabilità nei loro confronti dell'art. 288 cod. pen. (Arruolamento o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero)²¹⁹, il quale costituisce una tra le disposizioni con cui lo Stato italiano ha recepito nell'ordinamento le misure previste dalla Convenzione medesima²²⁰.

²¹⁹ “Chiunque, nel territorio dello Stato e senza approvazione del Governo arruola o arma cittadini, perché militino al servizio o a favore dello straniero, è punito con la reclusione da quattro a quindici anni. La pena è aumentata se fra gli arruolati sono militari in servizio, o persone tuttora soggette agli obblighi del servizio militare”.

²²⁰ È qui opportuno ricordare che lo scorso 18 aprile 2008 il gup del Tribunale di Bari ha rinviato a giudizio S. Stefio e G. Spinelli con l'accusa di « arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero » ai sensi dell'art. 288 c.p. V. http://www.corriere.it/cronache/08_aprile_18/stefio_iraq_arruolato_giudizio_47637df6-0d45-11dd-9f4c-00144f486ba6.shtml.

I quattro italiani si trovavano in Iraq per conto di una *private security company* organizzata da cittadini italiani, la *Presidium International Corporation*, per prestare servizio a favore di un'altra società privata statunitense, la *Dts Llc*, nel quadro di *outsourcing* delle attività che gli Stati Uniti hanno avviato a seguito dell'invasione del paese. L'impegno dei quattro italiani consisteva nella prestazione di servizi di vigilanza, alle dipendenze della società straniera ingaggiante (la *Dts Llc*), per la sicurezza dei dipendenti di una società di capitali estera impegnata nella ricostruzione sul territorio iracheno. In seguito alla loro liberazione ed al loro rientro in Italia, il reclutatore dei quattro rapiti, G. P. Spinelli, socio della *Presidium Corporation*, individuato come responsabile dell'invio dei *contractors* in Iraq, è stato indagato dalla magistratura italiana ai sensi dell'art. 288 cod. pen. « perché, in concorso con altre persone, procedeva nel territorio dello Stato e senza l'approvazione del Governo all'arruolamento [...] affinché militassero in territorio iracheno in favore di forze armate straniere (anglo-americane, per la precisione), in concerto ed in cooperazione con le medesime, in contrapposizione a gruppi armati stranieri »²²¹.

Nell'ordinanza, che doveva decidere sulla richiesta presentata dal Pubblico Ministero di applicare nei confronti dello Spinelli il divieto di espatrio, come misura cautelare non restrittiva essendovi il rischio che l'indagato potesse fuggire in Brasile, il giudice per le indagini preliminari si è espresso anche sulla configurazione giuridica dei *contractors* italiani nell'ambito del conflitto iracheno giungendo alla conclusione che essi si trovassero sul territorio di quel paese “in veste di mercenari, o quantomeno, di ‘gorilla’ a protezione di uomini di affari” e definendo la *Presidium Corporation* come un “centro di addestramento ed arruolamento di mercenari”²²².

²²¹ V. Tribunale di Bari, Sezione per le indagini preliminari, ordinanza di applicazione di misura cautelare non restrittiva, 1° ottobre 2004, in <http://www.magistraturademocratica.it/md.php/20/790>.

²²² Tale conclusione è raggiunta dal Gip attraverso l'analisi di diversi elementi. Per quanto riguarda il carattere mercenario della *Presidium*, ciò troverebbe conferma, tra l'altro, nell'attività pubblicizzata nel proprio sito internet, in cui essa è presentata come un'agenzia organizzatrice di corsi di formazione, di attività, tra le quali la “negoiazione per la risoluzione di rapimenti, controspionaggio, piani di evacuazione, combattimento nella giungla, controterrorismo, controguerriglia”; inoltre l'illiceità delle attività svolte spiegherebbe, secondo il Gip, anche il fatto per cui la *Presidium* avrebbe la sua sede principale nelle isole Seychelles, pur avendo dichiarato di avere sedi anche in Italia, sedi rivelatesi inesistenti in seguito alle indagini compiute dagli inquirenti. Per quanto concerne invece i *contractors*, il giudice afferma come la loro attività non si limitasse alla scorta ed alla protezione di civili, ma consistesse

Successivamente a tale ordinanza, la Sezione del riesame del Tribunale di Bari, dovendosi pronunciare sull'accettazione o meno del divieto di espatrio nei confronti dello Spinelli, è tornata di nuovo sulla questione della configurazione giuridica dei *contractors*, annullando, con ordinanza del 18 ottobre 2004, la misura cautelare richiesta dal giudice per le indagini preliminari e in sostanza confutando la sua tesi²²³. Nella nuova ordinanza si compie anzitutto un'analisi del contratto sottoscritto dai cittadini italiani con la *Presidium* per verificare la commissione del reato di cui all'art. 288 cod. pen., per la cui assistenza è necessario, secondo i giudici, che l'agente nel territorio nazionale, nel caso di specie lo Spinelli, in mancanza dell'approvazione governativa, abbia arruolato o armato cittadini affinché prestassero « attività militare vera e propria » in modo da poter essere definiti « militari », o « entrando a far parte delle forze armate straniere ovvero operando in armi in favore dello straniero, pur senza essere inquadrati nelle sue forze militari regolari ». In secondo luogo, allo scopo di accertare la natura dell'attività svolta dai *contractors* italiani in Iraq, l'ordinanza approfondisce il significato del concetto di *militanza* “al servizio o a favore dello straniero” di cui al medesimo articolo.

Per quanto concerne il contratto, i giudici lo definiscono un “accordo professionale” attraverso il quale gli operatori sono autorizzati dalla *Presidium* a prestare la loro opera, come “personale specializzato per compiti di protezione ravvicinata in Iraq”, alla *Dts Security Llc*, società privata avente la propria sede sociale in Nevada, negli Stati Uniti. La *Presidium* è definita dai giudici come una “società ponte”, preposta “al reclutamento ed alla fornitura della forza-lavoro, vale a dire gli operatori di sicurezza da impiegare in Iraq in assetto armato”.

Per quanto riguarda invece il concetto di *militanza*, i giudici, dimostratesi fondate le circostanze affermate dal Gip nella precedente ordinanza, tra cui, tra

in una “vera e propria attività militare a protezione delle forze della coalizione anglo-americana”. Secondo le testimonianze raccolte, essi non solo erano dotati di armi “considerate da guerra secondo la legislazione italiana”, ma avevano anche il “potere di fermare e controllare le persone, ed in caso di necessità di aprire il fuoco”; inoltre esisteva secondo il Gip un'attività di collaborazione tra di essi e le forze della coalizione.

²²³ Tribunale di Bari, Sezione del riesame, ordinanza n. 1467, 18 ottobre 2004, in <http://www.dirittoegiusitizia.it/Default.aspx?tabid=9>.

l'altro, la disponibilità, in capo agli operatori, di armi da guerra consegnate loro dalla *Dts* e la divisione degli stessi in squadre nonché la loro rigida ripartizione dei ruoli (alcuni assunti come autisti, altri come *snipers* o tiratori scelti), sono giunti alla conclusione che quella dei *contractors* italiani non potesse definirsi come una “militanza al servizio dello straniero”.

La prima ragione apportata a tale conclusione è basata sul significato attribuito al verbo “militare” il quale implica, secondo i giudici, un *quid pluris* rispetto alla mera prestazione d'opera in favore o al servizio dello straniero, consistente nello svolgere l'attività con “assetti o moduli organizzativi ed operativi di tipo militare”. Appare dunque corretto, secondo i giudici, sostenere che “militano” soltanto quelle persone che sono adibite ai servizi propri della forza armata, e specialmente alla difesa e all'attacco di militari, in corpi regolari o irregolari.

In secondo luogo, perché sussista l'illecito *ex art. 288 cod. pen.*, occorre analizzare cosa si intende per “straniero”, cioè occorre stabilire chi sia il soggetto beneficiario della militanza armata. Secondo i giudici per “straniero” deve intendersi lo Stato estero « finalisticamente inteso nella sua dimensione pubblicistica e, dunque, nelle sue Istituzioni, anche solo rudimentali o affermate a livello embrionale », gli enti di diritto internazionale nonché gli altri *enti esteri* i quali possono essere, secondo i giudici, le società di capitali, le imprese straniere o le multinazionali, laddove essi « pur mantenendo formale veste privatistica, presentino evidenti interessenze di carattere pubblicistico od istituzionale, come ad esempio, nel caso in cui ricevano finanziamenti, pubblici od occulti, da parte di organi istituzionali dello Stato straniero nel cui interesse operano, ... o mediante forme di cosiddetto ‘azionariato statale’ ... ovvero nel caso in cui tali enti perseguano finalità di carattere oggettivamente pubblicistico, operando quali *longa manus* dello Stato estero ».

Per i giudici dunque, i cittadini italiani, operanti per conto della società privata *Dts* prestando servizi di sicurezza a dipendenti di un'altra società estera impegnata nella ricostruzione in territorio iracheno, si ponevano al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 288 cod. pen., poiché si trattava di « rapporti di carattere meramente privatistico intercorrenti tra il cittadino italiano, anche se operanti in armi – ma non militante ... –, e soggetti od enti

privati esteri estranei ad implicazioni funzionali di carattere pubblicistico od istituzionale con lo Stato di appartenenza o di riferimento ». L'attività prestata dai cittadini italiani in Iraq doveva considerarsi quindi quella di guardie private di sicurezza assunte in Italia ma destinate ad operare all'estero "secondo schemi tipicamente privatistici" e pertanto ogni collegamento con l'autorità anglo-americana sarebbe da ritenersi, secondo i giudici, "solo eventuale e occasionale".

A nulla depone in favore del carattere illecito dell'attività svolta dai *contractors* il fatto che essi fossero dotati di armi da guerra e che il porto d'armi fosse stato rilasciato loro dall'autorità provvisoria di governo in Iraq (la *Coalition Provisional Authority*). Secondo i giudici infatti, le armi in dotazione erano "adeguate" a fronteggiare la situazione di pericolo "discendente dall'attuale clima bellico di Bagdad" e, per quanto concerne il porto d'armi, ciò non risulterebbe una circostanza decisiva poiché la predetta compagine governativa costituiva l'unica autorità pubblica operante a Bagdad, in quanto tale, legittimata al rilascio di documenti stranieri.

Infine per quanto riguarda le attività pubblicizzate dalla *Presidium* sul proprio sito, come ad esempio la formazione di combattenti specializzati nell'operare in condizioni di alto rischio, ed il loro presunto carattere "mercenario", queste devono considerarsi, secondo i giudici, come "finalità eventuali o potenziali" che non costituiscono l'oggetto del contratto stipulato.

L'ordinanza del Tribunale di Bari, in particolare quella del 18 ottobre 2004, assume una certa rilevanza poiché i giudici, negando che nel caso di specie si potesse parlare di mercenari, si sono soffermati sulla nozione di "militanza a favore dello straniero" la quale distinguerebbe appunto l'ipotesi in cui il *contractor* ricade nella nozione di mercenario da quella in cui egli non vi ricade. Secondo il ragionamento svolto dai giudici infatti, i *contractors* italiani operanti in Italia non potevano definirsi mercenari poiché tale concetto non era rintracciabile nell'attività da loro svolta. In particolare, secondo i giudici, per militanza doveva intendersi un'attività consistente specialmente lo svolgimento di quei servizi normalmente svolti dalle forze armate, specialmente le attività che sono volte alla difesa e all'attacco di militari, siano queste organizzate in corpi regolari o irregolari. Inoltre, secondo i giudici, tale militanza, per

costituire un'attività mercenaria, doveva essere svolta a favore di uno Stato o anche di altri enti di diritto internazionale, nonché a favore di cd. enti esteri cioè di enti privati, quali ad esempio imprese private e multinazionali, i quali pur mantenendo una veste privatistica agiscono come se fossero enti pubblici in ragione del fatto che ricevono finanziamenti, pubblici o segreti, da enti statali ovvero perché svolgono funzioni di carattere pubblicistico ovvero quando essi possono essere considerati come degli organi di fatto dello Stato. Nel caso di specie, i giudici sono giunti alla conclusione secondo cui la società per la quale i *contractors* prestavano servizio non rientrasse nelle ipotesi considerate, cioè non presentasse caratteri “pubblicistici”, con la conseguenza che l'attività svolta dai quattro italiani non rientrasse nel concetto di militanza a favore dello straniero e dunque anche in quello di mercenario.

Compiendo un ragionamento *a contrario* rispetto a quanto affermato dalla corte ci sembra che possano essere distinte alcune ipotesi nelle quali i *security contractors* potrebbero rientrare nella disciplina concernente i mercenari contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite, di cui l'Italia è parte. Innanzitutto, in base alla nozione di militanza come espressa dai giudici, rientrano nella definizione di mercenario i *contractors* che svolgono attività armate, *in primis* quelle di attacco di corpi militari, regolari o irregolari. Non è da escludersi peraltro che nelle attività che rientrano nel concetto di militanza vi siano anche altri tipi di attività, sempre armate, diverse da quelle propriamente di difesa e di attacco dai militari. Sembra infatti che possa interpretarsi in tal senso l'utilizzo da parte dei giudici dell'avverbio “specialmente”, il quale non esclude la possibilità che possano rientrare anche altre azioni armate. Tale interpretazione sarebbe conforme a quanto da noi espresso in precedenza circa le attività, diverse da quella di combattimento, suscettibili di rientrare nella definizione di mercenario in base alla Convenzione delle Nazioni Unite. Inoltre, sempre secondo il ragionamento dei giudici, potrebbero definirsi mercenari non solo i *contractors* che svolgono le suddette attività a favore di uno Stato, ma anche coloro i quali operano per conto di altri enti di diritto internazionale, quali ad esempio le organizzazioni internazionali, nonché per conto di enti privati che presentano caratteri “pubblicistici” alla luce di un particolare nesso che li lega allo Stato, di

appartenenza o quello di riferimento. Tale collegamento tra lo Stato e la società privata sarebbe nello specifico rintracciabile nell'ipotesi in cui la società riceva dei finanziamenti dallo Stato o nel caso in cui essa svolga delle attività oggettivamente di carattere pubblico o nel caso in cui la società si comporti di fatto come un organo dello Stato.

6.3. La “novità” delle compagnie militari e della sicurezza private rispetto ai “tradizionali” mercenari come affrontato nell’ambito delle Nazioni Unite. Una nuova definizione di mercenario?

Le difficoltà relative all'applicazione delle definizioni di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali sono state esaminate nell'ambito della Commissione dei Diritti Umani delle Nazioni Unite che ha istituito nel 1987 un *Working Group* “on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination” il quale ha preso in considerazione anche il fenomeno delle *private military companies*²²⁴. Dal 1987 ad oggi il *Working Group* ha svolto un'attività di monitoraggio all'interno di diversi paesi, appartenenti in particolare alle aree del continente africano e di quello latino-americano ed ha redatto numerosi rapporti. In essi si è posto l'accento anzitutto sulle difficoltà di applicare le definizioni di mercenario internazionalmente vigenti affermando a tale riguardo che « the international legal instruments that serve as a framework for the consideration of the question are imperfect and contain gaps, inaccuracies, technical defects and obsolete terms that allow overly broad interpretations to be made in order to prevent persons who are in fact nothing but mercenaries from being classified as such »²²⁵. Ad esempio, a proposito

²²⁴ I documenti e i rapporti redatti dal *Working Group* sono disponibili in <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/FramePage/mercenaries+En?OpenDocument>. Il mandato del *Working Group* è stato prolungato per i successivi tre anni dall'attuale Consiglio dei Diritti Umani, con Ris. A/HRC/7/L.7, del 19 marzo 2008, reperibile in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G08/118/33/PDF/G0811833.pdf?OpenElement>.

²²⁵ In E/CN.4/1997/24, §§ 84-86, in <http://www.hri.ca/forthrecord1997/documentation/commission/e-cn4-1997-24.htm>. Con particolare riguardo all'art. 47, il rapporto mette in luce che « The first question is whether, because of its placement and contents, article 47 of the Protocol does not legislate on mercenary activities, but rather, limits itself from the standpoint of international humanitarian law, to providing for the possibility and defining the legal status of the mercenary if he takes part in an armed conflict. Furthermore, the definition of a mercenary contained in article 47 lists the cumulative and concurrent

della Convenzione stipulata nell'ambito dell'Unità Africana, si dichiara infatti che « Africa enjoys better legal protection thanks to the Convention on the Elimination of Mercenarism in Africa ... But “better legal protection” does not mean protection against all the varieties and forms of, and possible changes that may take place in, mercenary activities. Even though it is more complete than article 47 of Additional Protocol I, it does not differ much from that text as far as the definition of a mercenary is concerned and it lends itself to different and perhaps contradictory interpretations, *when it is States themselves that, on the initiative of their Governments, hire private firms to perform services connected with public order and security* »²²⁶.

Nei rapporti è stato quindi dato risalto al “nuovo” atteggiamento che gli Stati oggi tengono nei confronti delle compagnie militari private, e cioè, in linea generale, di apertura nei loro confronti a dispetto di quello di chiusura riservata nei confronti dei mercenari di tipo tradizionale e di un concreto utilizzo, da parte di essi, dei servizi che tali compagnie offrono²²⁷.

requirements that must be met in order to determine who is a mercenary and who is not. Given the variety and complexity of the armed conflicts of the past three decades, however, the wording of this provision has not always been suitable for classifying mercenary activities ». Inoltre, nel rapporto del 1998, in E/CN.4/1998/14, § 43, si dichiara, sempre con riguardo all'art. 47, che « One important element for the understanding and application of article 47 of Additional Protocol I is that no single requirement set forth in subparagraphs (a) to (f) is sufficient in itself for a person to be classified as a mercenary. The requirements are cumulative and concurrent, and all must be met for a person to be described as a mercenary. This is also one of the aspects that has raised the most objections to the application of article 47, since many have pointed out that these requirements are in fact very difficult to prove ... and that they make it easy for the mercenary to avoid being classified as such, while the party that has been attacked loses its legitimate right to have him punished and obtain redress ». Con riguardo invece alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento di mercenari, in E/CN.4/RES/2002/5 (2002), si afferma che « the definition of mercenary contained in article 1 of the [1989 Convention] is very difficult to apply in practice and that, if mercenary activities are to be prevented, eradicated and punished, the definition must be modified by amending the Convention ... the legal instruments available to define mercenary aspects deficient or have serious gaps ... lack of clear, comprehensive and consistent international legislation prohibiting mercenary activities is one of the chief problems detected in relation to mercenaries ... Furthermore, the increasing tendency of mercenaries to hide behind modern private companies providing security and military advice and assistance may due to the fact that international legislation has not taken account of new forms of mercenary activity ». V. anche quanto affermato da COLEMAN J. R., *Constraining Modern Mercenaries*, cit., p. 1507, secondo cui « the Convention against Mercenaries makes it an explicit offence to employ mercenaries; however, the Convention contemplates mercenaries acting as an individual combatants and is therefore unlikely to cover corporate mercenaries because of their employment as private “contractors” by firms that provide a full array of services and the resulting uncertainty regarding whether these contractors are engaged in conflict », corsivo aggiunto.

²²⁶ *Ibidem*, § 88.

²²⁷ In tal senso, v. quanto affermato in E/CN.4/1999/11, § 65, §§ 88-89, in cui si afferma che « national States are showing no sign of a reaction that focuses on these companies international expansion and the dangers it entails for State sovereignty and objectives. This results in loopholes, which make it easier for the presence of mercenaries, or their recruitment, without reference to their status, to appear to be within the law. Reference is again made to the existence of front organizations that freely offer contract to people who want to work as mercenaries, without the act of recruiting, promoting or signing such a contract being regarded as illegal and subject to prosecution *per se* ».

A tale riguardo, il *Working Group* ha parlato di un “new operational model” intendendo con ciò un nuovo modello operativo facente sempre parte del fenomeno del mercenarismo ma con caratteristiche diverse rispetto alla figura del mercenario “tradizionale” definita nelle convenzioni ²²⁸.

Proprio con tale riguardo, il *Working Group* ha avanzato una proposta volta ad emendare la definizione contenuta all’art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite, i cui i principali elementi distintivi sono i seguenti ²²⁹. Anzitutto nel rapporto si propone di ampliare lo spettro di attività contemplate all’art. 1 della Convenzione – oltre quella del “direct fighting” – nelle quali il mercenario può essere coinvolto e per le quali egli può essere considerato responsabile in un conflitto armato; si propone altresì di legare il fenomeno del mercenarismo ai crimini commessi dai mercenari; nonché di semplificare il requisito della motivazione personale e quello della nazionalità del mercenario includendo anche i cittadini dello Stato nel cui territorio il crimine è stato commesso. È proposto inoltre di espandere le motivazioni per le quali i mercenari potrebbero venire reclutati e, in tal senso, aggiungere alle condizioni previste nel par. 2, dell’art. 1, anche “undermining a State’s legal, economic and financial order or its valuable natural resources” nonché “undermining basic territorial infrastructure” ²³⁰. Infine il rapporto suggerisce l’idea secondo i cui i giudici dovrebbero considerare il “mercenary motive” come un fattore aggravante nella comminazione della sanzione nei confronti dell’individuo. La suddetta proposta è stata peraltro sottoposta all’attenzione di un gruppo di esperti per migliorarla quanto più possibile ed è stata fatta circolare, tramite il Segretariato Generale, tra gli Stati per ricevere osservazioni al riguardo, le quali tuttavia non sono ancora reperibili.

Vorremmo concludere con alcune considerazioni riguardo al lavoro svolto nell’ambito del *Working Group* delle Nazioni Unite. Anzitutto occorre dire che tali rapporti hanno avuto il merito di approfondire, per primi, il fenomeno delle

²²⁸ V. E/CN.4/1997/24, § 92, in cui si afferma: « A new operational model. One issue that warrants special attention relates to the new firms which have been operating in several countries and whose formal lawfulness, in the light of the relevant national and international legislation, is open to question, as they covered by the gaps and loopholes that would prevent their activities from being classified as mercenary *stricto sensu* ».

²²⁹ In E/CN.4/2005/23, in particolare § 61, reperibile in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/103/64/PDF/G0510364.pdf?OpenElement>.

²³⁰ *Ibidem*.

compagnie militari e della sicurezza private ponendo l'accento sulla novità che tale modello di mercenarismo presenta e sui pericoli connessi al loro utilizzo, tra cui quelli riguardanti le violazioni dei diritti umani commesse dai *private contractors* e quelli relativi al rischio che gli Stati più “deboli” possano divenire “clienti” dando vita ad un “multinational neocolonialism of the twenty-first century”²³¹. Per quanto riguarda più da vicino la definizione di mercenario, ci sembra interessante sottolineare come le compagnie militari private siano state fatte rientrare nel fenomeno più generale del mercenarismo presupponendo quindi che esso non sia ristretto alle figure di mercenario contenute nelle convenzioni internazionali. Per questo motivo, la proposta di definizione di mercenario suscita interesse nella misura in cui essa contiene alcuni elementi la cui presenza potrebbe condurre a definire un individuo come tale, al di là dei requisiti particolarmente restrittivi che le convenzioni impongono. Tra di essi, un rilievo particolare assume l'elemento della commissione da parte del mercenario di crimini internazionali, commessi anche al di fuori dell'attività di “direct fighting”, che implicherebbe, secondo la suddetta proposta, la connotazione di mercenario.

A tal proposito, ci sembra opportuno menzionare una tesi recentemente proposta in dottrina²³² la quale ha individuato, attraverso lo studio del fenomeno del mercenarismo fin dalle epoche più antiche, gli elementi che hanno in tutte le epoche storiche caratterizzato la figura del mercenario al fine di comprendere i motivi alla base dei quali le compagnie militari e della sicurezza private nonché i rispettivi *contractors* vengono talvolta definiti come “mercenari”, al di là del rispetto o meno di tutti i requisiti previsti nelle convenzioni esaminate. Secondo questa dottrina, tali elementi consisterebbero, in sintesi, nel “controllo” da parte dell'autorità sovrana – oggi dello Stato –, di cui i mercenari sarebbero sprovvisti, nonché nel non possesso di una “causa legittima” che li giustifichi ad utilizzare la forza armata considerato che il loro scopo è essenzialmente quello del profitto personale²³³. Questi elementi costituirebbero ciò che questa dottrina definisce come un “anti-mercenary

²³¹ V. E/CN.4/1997/24.

²³² PERCY S., *Mercenaries, The History of a Norm in International Relations*, Oxford, 2007.

²³³ *Ibidem*, p. 173, in cui l'a. afferma che « [t]he norm against mercenaries relies on the fact that mercenaries are outside state control and that they are not motivated by an appropriate cause ».

norm”²³⁴. Norma che, nel corso del tempo, non sarebbe assurda a vero e proprio “law”, in particolare a diritto consuetudinario, ma opererebbe come una norma “morale” diffusa nell’*opinio juris* degli Stati e che influenzerebbe anche il nuovo modello di mercenarismo che le compagnie militari e della sicurezza private rappresentano e il loro comportamento. È attraverso questa ricostruzione che l’a. riesce a spiegare, ad esempio, l’evoluzione che le compagnie hanno subito nei servizi offerti “from combat-oriented” a “combat avoiding”²³⁵.

A nostro parere, tale tesi riveste un certo interesse nella misura in cui riesce a spiegare le ragioni per le quali le compagnie militari private ed i rispettivi *contractors* ancora oggi, in occasione di determinati comportamenti delittuosi e violazioni dei diritti umani da essi posti in essere, vengono definiti come mercenari. Tale prese di posizione si sono avute in particolare da parte dello stesso *Working Group* il quale, in più di una occasione, si è espresso in tal senso. Se si presta attenzione alle dichiarazioni effettuate, non può non notarsi che l’utilizzo del concetto di mercenario è stato sempre associato alle violazioni compiute dai *private contractors* e all’*assenza di un controllo* e di una supervisione nei loro confronti da parte dello Stato, sia esso di impiego, ospitante o di sede della compagnia²³⁶. Resta da chiarire il valore giuridico di tale convinzione che sembrerebbe configurarsi, ad oggi, come un’*opinio juris* carente dell’elemento dell’*usus* necessario affinché possa parlarsi, come è noto, della formazione di una norma consuetudinaria in materia.

²³⁴ *Ibidem*, p. 167.

²³⁵ *Ibidem*, p. 227.

²³⁶ In tal senso si veda il *Press Release* pubblicato in occasione delle uccisioni di civili iracheni compiute dai *contractors* della *Blackwater* a Baghdad il 16 settembre 2007, *Working Group on the Use of Mercenaries expresses Concern over the Killing of Iraqi Civilians Involving Employees of Private Security Company*, in <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/B78BC375A4E7C76DC125736100598326?opendocument>. Ancora più evidente in tal senso è quanto affermato dal *Working Group* a Ginevra lo scorso 6 novembre 2007, secondo cui « [a] number of private security companies operative in zones of armed conflict are engaging in new forms of mercenarism » e, a proposito, delle “private security guards” impiegate in Iraq e in Afghanistan il *Working Group* afferma che « they represent a new form of mercenarism » ammonendo gli Stati che li impiegano che essi « may be responsible for violations of internationally recognized human rights committed by the personnel of such companies », in <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/AC7F341BE422A006C125738B0055C48C?opendocument>. Da ultimo si veda quanto ribadito, più di recente, il 10 marzo 2008, dal *Working Group* secondo cui « “militarily armed private soldiers” are essentially a new way of describing mercenaries, who are frequently responsible for human rights abuses », in <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/A77121FABE7ABD7BC1257408006ECF15?opendocument>.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione del capitolo, intendiamo compiere alcune considerazioni volte a riassumere le ipotesi in cui la normativa concernente i mercenari si applica ai *contractors* ritenendo che essa possa ancora trovare applicazione, sebbene in poche ipotesi rispetto alla totalità dei casi in cui in i *contractors* vengono impiegati. Nel compiere ciò, intendiamo peraltro mantenere la distinzione tra le diverse convenzioni in vigore.

Per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 47 del I Protocollo, esso si applica, in principio, alle ipotesi in cui i *contractors* sono impiegati con funzioni di combattimento in contesti di conflitti armati internazionali.

Per quanto riguarda la Convenzione ONU, ricadono nel suo ambito di applicazione due tipologie di *contractors*: quelli arruolati allo scopo di combattere in contesti di conflitto armato internazionale ed interno, ed i *contractors* i quali, in ogni altra situazione, compiono azioni armate che provocano la destabilizzazione di uno Stato o il rovesciamento di un governo. Inoltre, seguendo il ragionamento compiuto dai giudici del Tribunale di Bari, potrebbero essere assoggettati al regime della Convenzione anche quei *contractors* che svolgono le medesime funzioni a favore di un ente privato, qualora esso sia riconducibile ad uno Stato sulla base di una connessione di fatto esistente tra i due enti o sulla base della natura pubblica delle funzioni svolte o nel caso in cui l'ente privato sia configurabile come un organo di fatto dello Stato.

Per quanto concerne la Convenzione OAU, anch'essa si applica in principio ai soli *contractors* i quali siano svolgano di fatto attività di combattimento in un conflitto armato. Inoltre la Convenzione configura come un "crimine contro la pace e la sicurezza in Africa" l'impiego, l'organizzazione, l'addestramento nonché la promozione di truppe mercenarie al fine di opporsi ad un popolo in lotta per l'autodeterminazione o allo scopo di minacciare l'integrità territoriale di uno Stato.

Con riguardo alle convenzioni internazionali vigenti in materia di mercenari, appare a questo punto necessario sottolineare due elementi. Il primo consiste nell'affermare che, sebbene la definizione di mercenario abbia delle

caratteristiche simili che sono presenti in tutte le convenzioni concernenti i mercenari, tuttavia esse presentano alcuni caratteri distintivi che fanno sì che ciascuna convenzione abbia uno specifico ambito di applicazione. Questo elemento appare importante da porre in rilievo soprattutto in uno studio sui *contractors* i quali, pur non essendo mercenari in base ad una Convenzione, potrebbero esserlo in base ad un'altra. Tali distinzioni si rivela utile peraltro anche per lo svolgimento dell'analisi relativa alla responsabilità dello Stato, in particolare per la rilevazione degli obblighi "primari" derivanti dai regimi convenzionali, che saranno trattati più nello specifico nella Parte Seconda del lavoro. Vorremmo peraltro anche porre in rilievo il fatto che la possibilità di applicare la disciplina sui mercenari ai *contractors* evidentemente non può risolvere tutti i problemi di responsabilità suscitati dal loro impiego, soprattutto alla luce della varietà di funzioni che essi svolgono e dei clienti ai quali essi forniscono il servizio, la qual cosa sarà sviluppata nel capitolo successivo.

Un'ultima considerazione infine concerne le osservazioni da noi compiute riguardo la possibilità di definire un individuo come "mercenario" sulla base di alcuni elementi non contenuti nella disciplina convenzionale ma che si ricavano, in particolare, dai dibattiti intercorsi nell'ambito del *Working Group* delle Nazioni Unite. Senza ripetere quanto già detto in merito al valore giuridico della suddetta definizione, a noi sembra che tale *opinio juris* abbia dei riflessi di non poco rilievo, almeno nel momento in cui scriviamo, soprattutto nei confronti degli Stati che sono coinvolti nell'impiego dei *contractors* nel senso di "costringerli" a porre in essere un'azione di controllo nei loro confronti.

Capitolo III

Il regime giuridico applicabile alle compagnie militari private

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Cosa s'intende con il termine "outsourcing". — 2.1. Le conseguenze più rilevanti che il processo di "outsourcing" militare ha prodotto nei "failed states", con particolare riguardo alle esperienze negli Stati africani. — 2.2. I modelli di "outsourcing" militare inglese e tedesco. Il diverso grado di controllo che lo Stato ha mantenuto nel processo di privatizzazione di una parte dei propri apparati militari. 3. Il problema della regolamentazione delle compagnie militari private come affrontato dalla dottrina. 4. Le legislazioni emanate dagli Stati di sede delle compagnie militari private. La legislazione in Sud Africa, negli Stati Uniti ed il *Green Paper* britannico. — 5. Le legislazioni emanate dagli Stati ospitanti. Sierra Leone, Iraq, Kosovo e Afghanistan. — 6. La regolamentazione europea concernente l'esportazione di armi e la fornitura di assistenza tecnica. — 7. Le iniziative sul piano internazionale che si rivolgono alle imprese multinazionali ed i codici di condotta adottati dalle associazioni di categoria rappresentative del settore militare privato. — 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dopo aver preso in considerazione nel capitolo precedente le ipotesi in cui i *contractors* ricadono nella disciplina concernente i mercenari, intendiamo affrontare in questo capitolo il fenomeno delle compagnie militari private in quanto tale escludendo cioè la trattazione del regime dei mercenari perchè già analizzata nel precedente capitolo. Con il termine "compagnie militari private" ci riferiamo alle società private che offrono servizi legati all'ambito militare e a quello della sicurezza, analoghi alle funzioni tradizionalmente svolte dallo Stato²³⁷. Nel capitolo sarà considerato il regime giuridico applicabile alle

²³⁷ Ai fini di questo capitolo, con l'utilizzo del termine "private military companies" intendiamo riferirci sia alle compagnie militari private in senso stretto, ovvero quelle società che vendono servizi legati strettamente all'ambito militare le quali operano nella maggioranza dei casi a favore di Stati al fine di aumentare le capacità militari e il grado di specializzazione delle forze armate, sia alle compagnie private della sicurezza le quali forniscono servizi legati alla protezione di beni e di persone e che operano a favore di imprese multinazionali, agenzie umanitarie, individui e Stati. Per una trattazione del fenomeno delle compagnie militari private e del loro sviluppo, si veda AVANT D., *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, 2005; HOLMQVIST C., *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, 2005, reperibile in <http://www.sipri.org/contents/publications/Policypaper9.pdf/download>, SCHREIER F., CAPARINI M.,

compagnie militari private il quale sarà ricostruito prendendo in esame le legislazioni vigenti sul piano nazionale e le norme internazionali che ad esse si applicano. Saranno dunque analizzate in primo luogo le legislazioni che alcuni Stati hanno adottato per regolamentare specificamente le compagnie militari private presenti nel proprio territorio e, in secondo luogo, le regolamentazioni esistenti sul piano internazionale, come ad esempio quella in vigore sul piano europeo concernente l'esportazione di armi e di assistenza tecnica di tipo militare. Ai fini della ricostruzione di tale quadro normativo, saranno presi in considerazione anche i codici di condotta adottati da alcune compagnie e dalle maggiori associazioni di categoria. Il capitolo si propone quindi di ricavare dall'analisi delle regolamentazioni attualmente applicabili alle compagnie militari private gli obblighi che il diritto internazionale impone agli Stati, che saranno considerati più nello specifico nella Parte Seconda del lavoro.

Prima di iniziare l'analisi, è necessario fare un breve accenno al contesto storico in cui le compagnie militari si sono sviluppate. Il momento storico a cui si ricollega lo sviluppo delle compagnie militari private è quello seguito al crollo del blocco sovietico e alla fine della guerra fredda nel 1989²³⁸. È in seguito a tale momento infatti che le compagnie militari private hanno avuto una grande espansione dovuta essenzialmente a tre fattori. Il primo fattore si rintraccia nel riassetto delle forze armate di stanza all'estero che le due superpotenze hanno compiuto. Esse hanno infatti ritirato le proprie forze armate da tutte le aree geografiche considerate non più strategicamente necessarie ai propri interessi nazionali. La riluttanza ad intervenire in tali aree è stata motivata anche dalla difficoltà, da parte della classe politica negli Stati occidentali, di spiegare all'opinione pubblica le ragioni di compiere interventi

Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper No. 6, 2005, in http://www.smallarmssurvey.org/files/portal/issueareas/security/security_pdf/2005_Schreier_Caparini.pdf; SPEAR J., *Market Forces: The Political Economy of Market Forces*, FAFO Report 531, 2006, in <http://www.fafo.no/pub/rapp/531/531.pdf>; LEANDER A., *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, 2006, reperibile in <http://www.difesa.it/backoffice/upload/allegati/2006/%7BC154F1EB-E259-4BE7-B7D2-E9A355B60C05%7D.pdf>.

²³⁸ Per una ricostruzione del contesto storico in cui le compagnie militari private si sono sviluppate, v. CALAGUAS M., *Military Privatization: Efficiency or Anarchy?*, in *Journal of International and Comparative Law*, pp. 58-81, 2006; SINGER P. W., *Corporate Warriors. The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca, London, 2002; SHEARER D., *Private Armies and Military Intervention*, Adelphi Paper 316, Oxford, 1998.

armati non strettamente collegati alla sicurezza nazionale. Tale riassetto di forze ha fatto sì che un considerevole numero di professionisti, *ex* membri dell'esercito, si trovassero disoccupati e si riorganizzassero appunto in società private che offrono manodopera militare privata altamente qualificata. Il secondo fattore da considerare è consistito nella moltiplicazione di conflitti, soprattutto di natura interna, verificatosi proprio in seguito alla disgregazione dell'equilibrio bipolare che ha condotto gli Stati, non solo quelli "deboli" ma anche gli Stati occidentali e enti non statali, ad avere una sempre maggiore necessità di sicurezza. Il terzo elemento che giustifica la recente espansione delle compagnie militari private, è infine individuabile nel contesto economico più generale che si è affermato a partire dagli inizi degli anni '90 il quale ha visto l'affermazione sul piano internazionale di un sistema economico liberista che ha portato come conseguenza, tra l'altro, una crescente privatizzazione di settori ed attività tradizionalmente considerati di prerogativa pubblica. Tale processo, definito come di "outsourcing" o di esternalizzazione delle attività, sta ad indicare appunto il progressivo trasferimento di servizi e funzioni dello Stato ad enti privati esterni all'apparato statale. In tale processo di esternalizzazione, le compagnie militari private si presentano come quegli enti ai quali non solo gli Stati, ma anche altri enti non statali come ad esempio imprese multinazionali e organizzazioni internazionali, ricorrono per lo svolgimento di alcune funzioni di natura militare. La procedura con cui tale ricorso avviene è quella della stipulazione di un contratto di diritto privato tra l'ente che chiede il servizio –sia che si tratti di uno Stato sia che si tratti di un ente privato – e la compagnia, in cui si stabilisce l'oggetto della prestazione, le condizioni e i termini del suo svolgimento nonché la remunerazione percepita dal prestatore del servizio. È il caso di precisare che oggetto del presente lavoro sono i contratti stipulati per lo svolgimento di attività al di fuori del territorio nazionale, nel caso in cui il cliente sia uno Stato, o comunque in un territorio straniero, nel caso in cui si tratti di un ente privato che opera al di fuori del territorio dello Stato in cui ha la propria sede o nel quale è registrato.

2. Cosa s'intende con il termine "outsourcing"

Appare opportuno aprire una breve parentesi su cosa s'intende con il termine "outsourcing" e in cosa esso si distingue dal processo di privatizzazione. Inoltre sembra importante accennare agli effetti che il processo di "outsourcing" ha comportato per gli Stati, in particolare per gli Stati con un apparato di governo "debole", come lo sono alcuni Stati africani.

Iniziando dalla prima questione, e cioè a cosa si fa riferimento quando si parla di "outsourcing", si deve anzitutto dire che con il termine esternalizzazione, traduzione italiana del termine inglese "outsourcing", si intende letteralmente il processo di "trasferimento di servizi e di funzioni interni ad un'azienda a fornitori esterni"²³⁹. Per comprendere in modo più appropriato il significato di esternalizzazione, sembra peraltro utile confrontarlo con il concetto di privatizzazione con cui ci si riferisce al "trasferimento di industrie o monopoli del settore pubblico al capitale privato" mentre con il verbo "privatizzare" si indica l'atto di "trasferire a privati un'impresa o un settore economico in precedenza controllato dallo Stato"²⁴⁰.

Dalla lettura dei significati sopra citati si ricava che i processi di esternalizzazione e di privatizzazione non hanno il medesimo significato ma, al contrario, ciascuno di essi si riferisce ad un processo distinto. In particolare, la privatizzazione indica un processo che conduce al trasferimento di interi settori dall'ente pubblico all'ente privato, compresa la funzione di gestione dei settori stessi, mentre con il termine di "outsourcing" o esternalizzazione si fa riferimento ad un processo di trasferimento dello svolgimento delle singole funzioni dall'ente pubblico a quello privato. Il nostro lavoro prenderà in considerazione quest'ultimo processo, in particolare quello che ha interessato le funzioni di natura militare. A tale proposito, sembra che l'inclusione del fenomeno delle compagnie militari private nel processo di "outsourcing" si giustifichi alla luce delle caratteristiche con cui tale processo è avvenuto. Dall'analisi delle modalità con cui il ricorso alle compagnie militari private è avvenuto, si può ricavare infatti che esso non presenta le caratteristiche di una

²³⁹ V. DEVOTO-OLI, Firenze, 2007, p. 1001.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 2145.

vera e propria privatizzazione delle funzioni ma piuttosto del trasferimento di “pezzi” di funzioni ad enti privati senza tuttavia che a ciò segua la scomparsa dell’autorità statale, la quale rimane presente attraverso varie forme, che vanno dall’ipotesi di legislazioni che disciplinano specificamente l’attività che le compagnie devono svolgere, ad ipotesi dell’esercizio, da parte dello Stato, di un controllo successivo sull’operato dei *contractors*²⁴¹. Sembra che questo sia un punto importante da sottolineare soprattutto ai fini del presente studio, in particolare per la ricostruzione del regime di responsabilità dello Stato. Il sottolineare inoltre che lo Stato, nel ricorso alle compagnie militari private, abbia degli obblighi internazionali nell’attività di regolamentazione e di controllo nei confronti delle compagnie militari, rileva anche sotto un altro profilo. Sembra che possa affermarsi che il ricorso alle compagnie militari private non equivale, come è stato affermato da una parte della dottrina²⁴², necessariamente alla scomparsa dello Stato, ma piuttosto ad un cambiamento del suo ruolo, che rimane centrale, di regolamentazione degli affari militari²⁴³.

²⁴¹ V. *infra*, il capitolo primo della Parte Seconda sulla responsabilità dello Stato d’impiego.

²⁴² In dottrina sono numerosi gli autori che hanno inquadrato il ricorso alle compagnie militari private nel contesto più generale di globalizzazione economica ricavandone come conseguenza la scomparsa dello Stato o comunque il suo ritirarsi dal ruolo di autorità che regola. Il presupposto di partenza di tali autori è quello secondo cui lo Stato, come autorità centrale che detiene il monopolio dell’uso della forza, nel cedere tale potere alle compagnie militari private, perderebbe il controllo su di esso. Per una visione dello Stato caratterizzato prima di tutto come un ente che possiede il monopolio della forza, v. WEBER M., PARSON T. (ED.), *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, 1964. Numerosi sono gli studi concernenti il cambiamento del ruolo dello Stato nell’attuale contesto di globalizzazione economica, tra di essi si ricordi quelli che hanno interessato il problema della privatizzazione della guerra, NEWELL V., SHEEHY B., *Corporate Militaries and States: Actors, Interactions, And Reactions*, in *Texas International Law Journal*, 2006, pp. 67-102; ORTS E. W., *War and the Business Corporation*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2002, pp. 549-584; BRAYTON S., *Outsourcing War: Mercenaries and the Privatization of Peacekeeping*, in *Journal of International Affairs*, 2002, pp. 303-329; WALKER J. K., *The Demise of the Nation State, The Dawn of the New Paradigm Warfare, A Future for the Profession of Arms*, in *The Air Force Law Review*, 2001, pp. 323-343; DUFFIELD M., *Globalization and War Economies: Promoting Order or the Return of History?*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, pp. 21-38; SHEARER D., *Outsourcing War*, in *Foreign Policy*, 1998, pp. 68-81. Per un’analisi dello Stato più generale e del suo ruolo nel contesto di globalizzazione economica, si veda anche DE FEYTER K., GÓMEZ I. F. (Eds.), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Oxford, 2005; CUTLER A. C., *Private Power and Global Authority*, Cambridge, 2005; SASSEN S., *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 1141-1158; ID., *The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law*, in *Chicago Journal of International Law*, 2000, pp. 109-116; HABERMAS J., *Beyond the Nation-State. On Some Consequences of Economic Globalization*, in ERIKSEN E. O., FOSSUM J. E., *Democracy in the European Union. Integration Through Deliberation?*, Routledge, 2000, pp. 29-41; MATHEWS J. T., *Power Shift*, in *Foreign Affairs*, 1997, pp. 50-66.

²⁴³ In tal senso, v. ADAMS T. K., *Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century*, in BUNKER R. J., *Non-State Threats and Future Wars*, London, 2003, pp. 54-67.

2.1. Le conseguenze più rilevanti derivanti dal processo di “outsourcing” militare nei “failed States” con particolare riguardo agli Stati africani

Sembra opportuno accennare anche agli effetti che il processo di “outsourcing” militare ha provocato in alcuni Stati, in particolare nei “failed States” intendendo con tale termine gli Stati che possiedono un apparato di governo “debole” o del tutto collassato il quale non è in grado di controllare e governare il proprio territorio²⁴⁴. Un esempio è costituito dal ricorso che alcuni Stati africani hanno compiuto delle compagnie militari private le quali sono state impiegate, nella maggioranza dei casi, per riconquistare parti del proprio territorio in mano a movimenti insurrezionali²⁴⁵. Lo scopo per il quale gli Stati africani sono ricorsi alle compagnie private è diverso rispetto all'utilizzo che di esse hanno fatto gli Stati occidentali. Nel caso degli Stati africani infatti, come appena detto, le compagnie militari private sono intervenute a sostegno del governo per mantenere o, nella maggioranza dei casi, riconquistare il controllo

²⁴⁴ In dottrina è stato utilizzato il concetto di Stato “debole”, facendo riferimento per lo più alla situazione degli Stati africani, contrapposto al concetto di Stato “efficiente” sul modello di Stato occidentale. Si veda a tale proposito quanto affermato da HOLMQVIST C., *Private Security Companies: The Case for Regulation*, op. cit., p. in part. p. 19, in cui si afferma che « [p]rivate security and military companies are most immediately associated with the context of weak or conflict-prone states, particularly states on the African continent. Although there is no reliable information on the magnitude of the activity of private security companies in Africa, it is generally agreed that PSC activity is far reaching, particularly in sub-Saharan Africa. [...] Private sector involvement in Africa is to a great extent symptomatic of state weakness and the failure of the state to provide physical security for its citizens through the establishment of functioning law-and-order institutions »; mentre per quanto riguarda il ricorso alle compagnie militari private da parte di Stati “efficienti”, l'a. afferma, a p. 31, che « [t]he use of private security providers is not associated exclusively with the inability of weak states to effectively fill a security vacuum. Just as most international PSCs are based in (or have grown out of) developed states, so are strong, or 'efficient', states among the key employers of private security personnel. [...] 'Efficient' is used here to indicate states that have demonstrably functional institutions of government and are generally able to enforce a coercive monopoly on force while adhering to democratic standards », corsivo aggiunto. V. anche BOTH A C., *From Mercenaries to 'Private Military Companies': The Collapse of the African State and the Outsourcing of State Security*, in *South African Yearbook of International Law*, 1999, pp. 133-148, in part. p. 139, in cui l'a. fornisce una definizione di “collapsed state” in Africa: « the 'collapsed state' in Africa is further characterised by a weak central authority which is restricted to the capital, sustained by loyal armed forces (and lately by private military companies), while the surrounding rural areas are governed by bandits, rebels and warlords ».

²⁴⁵ Tra i casi più rilevanti di ricorso a compagnie militari private da parte di governi africani, si ricordi il ricorso da parte del governo dell'Angola nel 1993 alla compagnia militare con sede in Sud Africa, oggi estinta, *Executive Outcomes*, allo scopo di riconquistare la regione di Soyo ricca di risorse petrolifere, che in quel momento si trovava sotto il controllo delle forze ribelli. Alla medesima compagnia ha fatto ricorso nel 1995 il governo della Sierra Leone per sconfiggere il movimento ribelle presente sul territorio e riconquistare parti dello stesso. Per la descrizione di questi due casi, v. SHEARER D., *Private Armies and Military Intervention*, Adelphi Paper 316, Oxford, 1998, in part. pp. 46-53. Si ricordi anche il ricorso da parte del governo della Papua Nuova Guinea nel 1997, sempre allo scopo di riconquistare parte del territorio e sconfiggere il movimento ribelle al suo interno, alla compagnia militare privata *Sandline International* con sede nel Regno Unito, per il riferimento v. *supra*, Capitolo secondo, par. 7.3. a) 1.

di parti del proprio territorio²⁴⁶. Al contrario, negli Stati che presentano un governo “forte”, l’impiego di compagnie militari private è avvenuto per coadiuvare lo Stato in operazioni militari all’estero²⁴⁷.

Nei casi di impiego da parte degli Stati africani, sia una parte della dottrina sia alcune organizzazioni internazionali, tra cui le Nazioni Unite, hanno posto in luce il rischio, correlato all’intervento delle compagnie militari private, di un nuovo colonialismo, di tipo economico, a danno di tali paesi, considerando che in alcuni casi le compagnie militari private sono società sussidiarie di imprese multinazionali con interessi nel settore minerario²⁴⁸. A tale riguardo, il caso della prassi più significativo è l’intervento in Sierra Leone nel 1995 della compagnia militare privata *Executive Outcomes*, appartenente al gruppo economico *Branch-Heritage* con forti interessi nel settore minerario e petrolifero, la quale ha ottenuto dal governo, come pagamento dell’attività svolta, la concessione per lo sfruttamento di alcune zone ricche di risorse del proprio territorio²⁴⁹.

²⁴⁶ Sulle connessioni esistenti tra le crisi di sovranità degli Stati africani e il ricorso alle compagnie militari private nell’attuale contesto di globalizzazione economica, si veda in particolare SPEAR J., *Market Forces, The Political Economy of Private Military Companies*, op. cit., pp. 14-15, in cui l’a. pone in rilievo le conseguenze che il processo di ristrutturazione dello Stato in Africa, avvenuto in seguito alla fine della Guerra fredda, ha portato per gli stessi Stati africani nell’attuale contesto economico internazionale di neo-liberismo. In particolare si afferma che « [...] It is at the nexus between the processes of privatisation of the State in Africa, central to the structural adjustment agenda, globalisation and the response to privatisation by many post-colonial African élites that the opportunities for growth in the private security industry in Africa must occur. [...] The rise of PMCs, whatever the cause or form, is facilitated by the fact that the economies of scale and barriers to entry for the international private security market are relatively low ». Sugli effetti che il processo di privatizzazione ha provocato negli Stati africani, v. MUSAH A.-F., *Privatization of Security, Arms Proliferation and the Process of State Collapse in Africa*, in *Development and Change*, 2002, pp. 911-933; LOCK P., *Africa, Military Downsizing and the Growth of the Security Industry*, in CILLIERS, MASON (Ed.), *Private, Profit and Plunder*, 1999, pp. 11-36.

²⁴⁷ Tra i casi più noti di impiego di compagnie militari private da parte degli Stati occidentali per svolgere funzioni diverse da quelle di carattere militare, si ricordi l’intervento della compagnia militare privata *Brown & Root Services*, con sede negli Stati Uniti, nel 1999 in Kosovo per conto dell’esercito statunitense con le funzioni di ricostruire case e strutture di ricovero per la popolazione civile e di allestire campi di base, veicoli e sistemi per gli armamenti per l’esercito statunitense; l’intervento della compagnia militare privata *Military Professional Resources Inc.*, con sede negli Stati Uniti, in Croazia nel 1995 con funzioni di assistenza all’esercito in base al programma “Democracy Transition Assistance Program”. Attualmente in Iraq sono presenti, secondo stime approssimative, tra i 15.000 ed i 20.000 *contractors* impiegati dal governo statunitense. Per i riferimenti, v. SINGER, op.cit., p. 127 e p. 136.

²⁴⁸ In particolare, si vedano i rapporti del *Working Group* istituito nell’ambito della Commissione delle Nazioni Unite “on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the rights of peoples to self-determination”, il quale non ha mancato di denunciare nei suoi rapporti il rischio legato alla perdita di sovranità conseguente alla delega che lo Stato compie a favore di questi attori privati sottolineando il rischio di come gli Stati più deboli possano divenire “clienti” di tali società dando vita ad un “multinational neocolonialism of the twenty-first century”, v. *supra* Capitolo secondo.

²⁴⁹ Sull’intervento dell’*Executive Outcomes* in Sierra Leone e i suoi risvolti sul piano della sovranità dello Stato, si veda MUSAH A.-F., *A Country Under Siege: State Decay and Corporate Military Intervention in Sierra Leone*, in MUSAH A.-F., *Mercenaries*, op. cit., pp. 76-116; Shearer D., *Private Armies*, op. cit., p.

Dalle considerazioni sinora svolte si comprende come il sorgere delle compagnie militari private ed il ricorso ad esse da parte degli Stati è suscettibile di essere analizzato sotto diversi profili che interessano la crisi di sovranità di alcuni Stati nonché i problemi di responsabilità derivanti dalle violazioni di norme internazionali da parte dei *contractors*, che è propriamente l'oggetto del nostro studio.

2.2. I modelli di “outsourcing” militare inglese e tedesco. Il diverso grado di controllo che lo Stato ha mantenuto nel processo di privatizzazione di una parte dei propri apparati militari

Le diverse conseguenze che il processo di “outsourcing” ha prodotto negli Stati si rendono ancora più evidenti se si osserva come la regolamentazione dei rapporti di “partnership” tra il governo statale e le industrie militari è avvenuta in alcuni Stati occidentali in seguito alla decisione di esternalizzare alcuni settori militari. Intendiamo riferirci in particolare alle modalità con cui tale processo è avvenuto nel Regno Unito ed in Germania che rappresentano due modelli di legislazione contrapposti. Il modello di legislazione inglese infatti si è orientato verso una forte privatizzazione dei settori militari mentre quello tedesco si è ispirato ad un più stretto controllo dello Stato sull'attività privata²⁵⁰.

Per quanto riguarda il modello inglese, il processo di “outsourcing” è avvenuto attraverso l'introduzione, da parte del governo, del “Private Finance Initiatives” (PFI), un programma di privatizzazione dei servizi militari. Se inizialmente tale processo di privatizzazione è stato confinato ad attività di supporto non militare, sempre di più esso ha incluso funzioni di carattere militare come ad esempio l'attività logistica e di addestramento²⁵¹ che

52; SMALL M., *Privatisation of Security and Military Functions and the Demise of the Modern Nation-State in Africa*, Occasional Paper Series, Vol. 1, Num. 2, 2006, African Centre for the Constructive Resolution of Disputes, in part. p. 26.

²⁵⁰ V. SCHREIER F., CAPARINI M., *Privatising Security*, cit., KRAHMANN E., *Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation*, in *European Security*, 2005, pp. 277-295.

²⁵¹ V. SCHREIER F., CAPARINI M., cit., p. 110, in cui si afferma che « As a consequence, private support operations have increasingly moved towards the front line. This so much so, that the Sponsored Reserve concept, which has incorporated into British law in the Reserve Forces Act (Part V) in 1996, envisaging that PMCs provide services in conflict situations by enrolling parts of their workforces as voluntary

vengono appaltate ad enti privati mediante la stipula di contratti che peraltro non sono pubblici e non sono sottoposti al controllo da parte del Parlamento²⁵². Il progressivo svolgimento di attività militari, per conto del governo, da parte di società private ha peraltro indotto il medesimo ad “inglobare” i *contractors* all’interno di una nuova categoria dell’esercito, le “Sponsored Reserves”, attraverso l’emanazione di una legge emanata nel 1996, il *Reserve Forces Act* (Part V), finalizzata ad autorizzare le compagnie militari a fornire servizi militari di supporto all’esercito inglese in situazioni di conflitto²⁵³.

Al contrario, in Germania il processo di *outsourcing* di alcuni servizi militari, è avvenuto con modalità diverse²⁵⁴. Tale processo ha preso le mosse con la riforma avviata dal governo tedesco a metà degli anni ‘90 delle Forze Armate (*Bundeswehr*), improntata ad un approccio cauto verso il processo di privatizzazione dei servizi militari finalizzato a garantire comunque un controllo pubblico su di essi. Ciò è stato reso possibile attraverso il mantenimento della proprietà, parziale o totale, da parte dello Stato sul servizio. La modalità con cui ciò è avvenuto è stata la firma nel 1999 da parte del governo tedesco e dai maggiori rappresentanti dell’industria militare tedesca dell’Accordo quadro “Innovation, Investment and Efficiency in the

Sponsored Reserves, is challenging the notion that there is a clear line between armed forces operating in the battlespace and the employees of PMCs who will not become directly exposed to military conflicts». V. anche KRAHMANN E., *Private Military Services in the UK and Germany*, cit., p. 281, il quale afferma che « [...] Although the British government maintains that there is a distinction between combat, which remains the prerogative of its national armed forces, and combat support, which may be delegated to private military companies, this distinction is weakening. In particular, the recent intervention in Iraq has challenged the notion that there is a clear line between armed forces that operate in the field and the employees of private military companies, who will not become directly involved in military exchanges ».

²⁵² KRAHMANN E., cit., p. 282, secondo cui « Most crucially, the terms of PFIs are not public. Finally, contrary to the usual application of government regulation, PFI contracts do not have to be approved by parliament – neither, in fact, does the call-out of Sponsored Reserves. Thus, while contracts between the government and private military companies or Sponsored Reserves may give the executive some control, they lack transparency and offer only limited public accountability ».

²⁵³ *Ibidem*, il quale a proposito dei *contractors* inquadrati come “riservisti” nell’esercito inglese afferma che « These employees will become members of the Volunteer Reserve Forces and will receive training accordingly. The use of Sponsored Reserves is tightly regulated. When serving with the Armed Forces, they are subject to the Service Discipline Acts and Service regulations. Moreover, Sponsored Reserve employers have no right to appeal against a call-out ». Più in generale, secondo l’a. il programma di privatizzazione avviato dal governo inglese « is thus transforming the relationship between the public and private sector. Not only is the growing scope of private military services and the move towards the front line increasing the dependence of the Minister of Defense (MoD) on private firms, prime contracting also facilitates the national and transnational consolidation of the industry. [Moreover] since the PFIs mean that the ownership of military service facilities as well as technical expertise remains with private companies, the MoD find it difficult to opt out of such contracts, because it will lack the facilities and staff which could replace the private contractor in the short term ».

²⁵⁴ V. KRAHMANN E., op. cit., pp. 282-283.

Bundeswehr”²⁵⁵, mediante il quale sono stati avviati una serie di progetti per i quali il settore pubblico e quello privato partecipano ripartendosi le diverse competenze. Il rapporto di “partnership” tra l’ente pubblico e quello privato in Germania si è caratterizzato da un controllo dallo Stato. Ciò ha significato ad esempio che lo Stato, in particolare le Forze Armate, ha mantenuto la proprietà degli assetti militari mentre alle società è stata affidata solamente la gestione. Il controllo da parte del governo sulle attività, oltre al mantenimento delle funzioni strategicamente più importanti, è avvenuto anche mediante altri meccanismi, come ad esempio la stipulazione di contratti a breve termine con i “service-providers”²⁵⁶ o attraverso la costituzione da parte dello stesso governo di una società privata, la *Corporation for Development, Procurement and Operations* (GEBB), attraverso la quale lo Stato mantiene il controllo della fornitura dei servizi militari da parte dell’ente privato, dai quali cui sono esclusi comunque i servizi militari di rilevanza strategica²⁵⁷.

A differenza quindi della situazione nel Regno Unito, in cui la privatizzazione di alcune funzioni militari è avvenuta attraverso uno scarso controllo da parte del governo, il quale solo in un secondo momento, ha provveduto ad inglobare nella propria struttura statale gli enti privati, in Germania il governo ha cercato di mantenere sin dall’inizio del processo di privatizzazione un controllo sulle società private e sulle funzioni ad esse affidate. In entrambi i casi, tuttavia, le industrie militari sono state sottoposte, sebbene in modi diversi, al controllo dello Stato. Ciò starebbe, a nostro parere, a dimostrare come gli Stati, anche quelli maggiormente favorevoli al processo di privatizzazione come il Regno Unito, si sono preoccupati di esercitare un controllo, anche tardivo, nei confronti delle funzioni esternalizzate.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ A tale proposito, v. *idem*, p. 284, in cui si afferma, riguardo alla stipulazione di contratti a breve termine, che « The aim is not only to prevent long-term dependence on the Bundeswehr on a single service provider. It can also act as an enforcement mechanism, because the continuation of the public-private partnership is based on the satisfaction of the Bundeswehr ».

²⁵⁷ Sul controllo esercitato dall’esercito sulla fornitura privata di servizi militari, si veda quanto affermato in KRAHMANN, cit., p. 284, secondo cui « [...] In particular, the GEBB has argued that the German Constitution requires that the Bundeswehr preserves a control and coordination function over the private provision of military services ».

3. Il problema della regolamentazione delle compagnie militari private come affrontato dalla dottrina

Considerati gli aspetti più rilevanti del fenomeno dell' "outsourcing" militare, occorre passare al problema della regolamentazione delle attività svolte dalle compagnie militari private. La precedente trattazione, riguardante il fenomeno in generale, si è rivelata funzionale alla comprensione del problema derivante dal processo di "outsourcing". Ci si chiede quale regime giuridico sia applicabile a tale nuova situazione e, per compiere ciò, si deve preliminarmente chiarire quali norme si applicano e nei confronti di chi.

In dottrina il problema delle norme applicabili alle compagnie è stato affrontato proponendo diverse soluzioni. Secondo una parte degli autori, il problema della regolamentazione delle compagnie militari private si risolverebbe con l'adozione da parte degli Stati di meccanismi di controllo delle compagnie mediante la concessione, da parte degli organi governativi, di licenze, analogamente a quanto è previsto, come vedremo in seguito, nelle legislazioni del Sud Africa e degli Stati Uniti²⁵⁸. Attraverso il sistema di licenza, secondo tali autori, gli Stati promuoverebbero il rispetto del diritto internazionale da parte delle compagnie producendo un meccanismo virtuoso tra di esse svantaggiando le compagnie che pongono in essere comportamenti in contrasto con il diritto internazionale. Inoltre, per regolamentare le compagnie, sarebbe sufficiente che un ristretto numero di Stati emanasse delle legislazioni in tal senso e precisamente solo gli Stati che ospitano nel proprio territorio la sede della compagnia. Una tale regolamentazione, si afferma, "would also overcome the failures of a laissez-faire approach [...] the mere fact that private military firm abuses have occurred proves that market forces do not create sufficient incentives for good behaviour"²⁵⁹.

Secondo un'altra parte della dottrina invece, il modo migliore per rendere applicabili le norme internazionali alle compagnie, consisterebbe nell'apporre

²⁵⁸ V. STINNETT N., *Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2005, pp. 211-223; NEWELL V., SHEEHY B., *Corporate Militaries and States: Actors, Interactions, And Reactions*, in *Texas International Law Journal*, 2006, pp. 67-102.

²⁵⁹ STINNETT N., *Regulating the Privatization of War*, op. cit., p.222.

all'interno del contratto che esse stipulano con il cliente, specifiche clausole riguardanti il rispetto del diritto internazionale. L'utilizzo del contratto come strumento di regolamentazione avrebbe appunto il merito infatti di estendere il rispetto di "public values" anche ai "privatized actors in the international sphere"²⁶⁰. Riguardo a quest'ultima proposta tuttavia non è chiaro se l'apposizione di tali clausole avverrebbe anche nel caso di contratti stipulati tra enti privati, ad esempio tra la compagnia militare e un'impresa multinazionale, in situazioni cioè in cui lo Stato non è una parte contraente e di conseguenza non può imporre il rispetto dei "public values".

La dottrina ha avanzato anche altre proposte di regolamentazione, le quali vanno dalla stipulazione di una convenzione internazionale di messa al bando del trasferimento di servizi militari²⁶¹ a forme di autoregolamentazione mediante l'adozione da parte delle compagnie di codici di condotta²⁶².

Nonostante siano numerosi gli autori che si sono interrogati sulla questione di come regolare le compagnie militari, a noi sembra che, in generale, le proposte avanzate abbiano il difetto di non prendere in adeguata considerazione le norme di diritto internazionale che attualmente si applicano *in primis* agli Stati nei confronti delle attività che le compagnie militari svolgono e, in secondo luogo, alle compagnie militari stesse. Sembra piuttosto che la dottrina

²⁶⁰ DICKINSON L. D., *Public Values in a Privatized World*, in *Yale Journal of International Law*, 2006, pp. 383-426, secondo cui « [...] because privatization involves an increasing contractual relationship between governments (or international organizations) and private actors, contractual mechanisms for importing public accountability are potentially available with regard to privatization ».

²⁶¹ MILLIARD T. S., *Overcoming Post-Colonial Miopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies*, in *Military Law Review*, 2003, pp. 1-94.

²⁶² CLAPHAM A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 491-523; ID., *Human Rights Obligation of Non State-Actors*, Oxford, 2006, il quale fa rientrare il rispetto dei diritti umani come uno degli elementi che rendono "rispettabile" una compagnia nel mercato internazionale e che accrescono la sua reputazione. A favore della regolamentazione del settore attraverso l'adozione di Codici di condotta, si veda anche quanto affermato dal *Working Group* delle Nazioni Unite, istituito dalla Commissione dei diritti umani (attualmente il Consiglio per i diritti umani), nel rapporto emanato nel 2006, in UN Doc. E/CN.4/2006/11/Add.1, del 3 marzo 2006, in <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.11.Add.1.pdf>, in part. para. 28, in cui si afferma che « [...] members agreed that the normative provisions of the Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights of 2003 approved by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights should apply to private companies in those cases where such companies were operating and providing military and security services in more than one country. The norms should also apply when private companies operate as a cluster of economic entities operating in two or more countries – whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively ». A favore dell'adozione di codici di condotta, v. in dottrina anche CAMERON L., *Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on their Regulation*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 573-598; PERRIN B., *Promoting Compliance of Private Security and Military Companies with International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 613-636.

si sia soffermata molto sulle caratteristiche nuove che il fenomeno delle compagnie militari private presenta comparandolo con il modello statale tradizionale per giungere alla conclusione secondo cui la novità del fenomeno richiederebbe necessariamente di regolamentare le compagnie mediante soluzioni nuove. Al contrario, a noi sembra che ai fini della ricostruzione del quadro giuridico applicabile alle compagnie militari sia opportuno partire dalle legislazioni che gli Stati hanno emanato per disciplinare le attività delle compagnie militari presenti sul loro territorio, sebbene ancora essi costituiscano una minoranza. Dall'analisi di tali legislazioni, si può osservare come gli Stati hanno introdotto delle procedure al fine di controllare le attività delle compagnie militari private e prevenire che esse si pongano in contrasto con gli obblighi internazionali che gli Stati medesimi hanno. Oltre a ciò, e per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea, occorre prendere in considerazione anche la normativa in vigore sul piano europeo riguardante l'esportazione di armi e di tecnologia militare la quale si applica anche nei confronti di alcune attività che le compagnie militari svolgono. La nostra analisi quindi intende prendere le mosse dalle legislazioni emanate da alcuni Stati per regolare le attività delle compagnie militari private per poi estendersi agli obblighi internazionali che gli Stati hanno, più in generale, in tema di tutela dei diritti umani e in che modo si applicano nei confronti delle compagnie.

4. Le legislazioni emanate dagli Stati di sede delle compagnie militari private. La legislazione in Sud Africa, negli Stati Uniti, ed il *Green Paper* britannico

Sud Africa

Iniziando dall'analisi delle legislazioni nazionali, occorre anzitutto dire che attualmente solo una minoranza di Stati ha introdotto nel proprio ordinamento una disciplina specifica sulle compagnie militari private. In generale, gli Stati che si sono dotati di una regolamentazione, lo hanno fatto introducendo una procedura di controllo delle attività svolte dalle compagnie che hanno la loro

sede principale nel territorio dello Stato. Tale procedura consiste in un obbligo per queste compagnie di chiedere un'apposita autorizzazione ad un organo del governo per potere svolgere attività all'estero.

Il Sud Africa è stato uno tra i primi Stati ad emanare una legislazione specifica sulle compagnie militari, il *South African Regulation of Foreign Military Assistance Act* (1998)²⁶³. Una tra le ragioni principali è stata la necessità di regolamentare l'elevato numero di compagnie private militari e di sicurezza che si sono costituite nel territorio sudafricano all'indomani della caduta del regime di *apharteid*, le quali in molti casi sono state fondate da ex membri della *South African Defence Forces* (SADF), l'esercito sudafricano istituito appunto sotto il regime di *apharteid*. Il Sud Africa peraltro è in procinto di modificare la legislazione, nel senso di un suo irrigidimento, con il *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill* (2006) che attualmente è in attesa dell'approvazione da parte del Presidente del Sud Africa²⁶⁴.

Lo scopo del *Regulation of Foreign Military Assistance Act* (1998) (da qui in avanti RFMAA), come affermato nello stesso preambolo, è quello di regolamentare la prestazione di assistenza militare straniera offerta da persone giuridiche sudafricane, cittadini sudafricani, persone che risiedono in modo permanente in Sud Africa e cittadini stranieri che offrono tale assistenza all'interno del territorio sudafricano. A tale fine, è proibito alle persone fisiche e giuridiche sudafricane, ai residenti ed anche agli stranieri presenti nel territorio sudafricano, di svolgere anzitutto attività mercenaria, definita dalla legge come la partecipazione diretta, in qualità di combattente, in un conflitto armato allo scopo di un guadagno privato nonché il reclutamento, l'utilizzo o l'addestramento di persone a tale scopo²⁶⁵.

²⁶³ Tale legislazione dà attuazione alla Sezione 198 (b) della Costituzione della Repubblica del Sud Africa, in cui si afferma che « to live in peace and harmony precludes any South African citizen from participating in armed conflict, nationally or internationally, except as provided for in the Constitution or national legislation ». Nel Preambolo del *Foreign Military Assistance Act* si afferma che « in order to implement aspects of this provision and in the interest of promoting and protecting human rights and fundamental freedoms, universally, it is necessary to regulate the rendering of foreign military assistance by South African juristic persons, citizens, persons permanently resident in the Republic and foreign citizens who render such assistance from within the borders of the Republic ».

²⁶⁴ Il testo del progetto di legge è reperibile in http://ipoaonline.org/en/gov/sa_leg_bill_revised.pdf.

²⁶⁵ V. art. 1, (iv), e art. 3 della legge.

In secondo luogo, la legge vieta alle medesime persone di prestare servizi di assistenza militare a favore di uno Stato o di un organo statale, di un gruppo di persone, di enti o di singoli individui senza aver prima ottenuto un'autorizzazione a tale scopo da parte della Commissione nazionale di Controllo delle Armi Convenzionali, organo di governo istituito nel 1995 ²⁶⁶.

Per assistenza militare deve intendersi la fornitura di servizi di carattere militare o di servizi collegati al settore militare, incluso anche il tentativo o l'incitamento a compierli. I servizi di carattere militare possono consistere in un'attività di consulenza o di addestramento, di supporto personale, finanziario, logistico, di reclutamento di personale, di servizi medici o paramedici e servizi di sicurezza a favore di individui o di beni nell'ambito di un conflitto armato, nonché ogni azione che sia finalizzata al rovesciamento di un governo o a minacciare l'ordine costituzionale, la sovranità o l'integrità territoriale di uno Stato o ogni altra azione che conduca al rafforzamento militare di una parte di un conflitto armato, escluse le attività umanitarie o di "civilian" compiute in soccorso della popolazione civile in aree di conflitto ²⁶⁷.

Una persona, fisica o giuridica, per poter svolgere tale assistenza, deve chiedere un'autorizzazione alla Commissione nazionale di Controllo delle Armi Convenzionali, la quale, per concederla, deve accertarsi che l'attività non sia in contrasto con gli obblighi internazionali del Sud Africa espressamente previsti nel testo legislativo ²⁶⁸. L'assistenza militare infatti non deve violare gli obblighi di diritto internazionale del Sud Africa né concretizzarsi in una violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel territorio straniero in cui è resa. Inoltre l'assistenza militare non deve costituire una minaccia alla pace né contribuire all'instabilità della regione; infine non deve supportare o incoraggiare il terrorismo né contribuire all'*escalation* di conflitti regionali né pregiudicare gli interessi nazionali e internazionali del Sud Africa.

Riguardo all'ambito di applicazione del RFMAA, è previsto che i giudici delle corti del Sud Africa siano competenti ad esercitare la giurisdizione anche al di fuori del territorio sudafricano. All'articolo 9 si afferma infatti che i

²⁶⁶ V. art. 1, (ii), e art. 4 della legge.

²⁶⁷ V. art. 1, (iii), lett. *a-d*.

²⁶⁸ V. art. 7 della legge.

giudici sudafricani possono giudicare atti od omissioni illeciti ai sensi della legge commessi al di fuori del territorio del Sud Africa eccetto nel caso in cui l'illecito sia stato commesso da un cittadino straniero "wholly outside" dei confini del Sud Africa. La legge si applica dunque nei confronti dei cittadini sudafricani, delle persone giuridiche registrate o incorporate in Sud Africa, degli individui residenti in modo permanente in Sud Africa anche qualora l'assistenza militare sia fornita al di fuori del territorio sudafricano e nei confronti di cittadini stranieri nel caso in cui svolgano l'attività nel territorio sudafricano.

Come accennavamo sopra, in Sud Africa è in corso un dibattito sulla necessità di rivedere il RFMAA soprattutto in considerazione della scarsa applicazione che esso ha ricevuto a fronte dell'elevato numero di cittadini sudafricani reclutati come *contractors* nell'ambito del contesto post-bellico in Iraq e del sorgere di numerose compagnie nel territorio sudafricano²⁶⁹. L'attuale progetto di legge, il *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill* (2006), riprende la procedura di controllo, tramite licenza, prevista nella precedente legislazione. Tuttavia esso espande l'ambito di applicazione nei confronti delle attività legate all'ambito della sicurezza. Si applica infatti non solo alle attività di protezione e salvaguardia di beni e persone, previste anche nella precedente legge, ma anche alle attività di consulenza che riguardano tali attività ed alle attività concernenti l'utilizzo di equipaggiamenti di sicurezza nonché a quelle che prevedono l'addestramento e l'insegnamento di servizi di sicurezza²⁷⁰. Il

²⁶⁹ Si veda, a tale riguardo, quanto affermato nel *Memorandum of the Object of the Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in areas of Armed Conflict Bill*, 2005, p. 9, secondo cui « Although the Regulation of Foreign Military Assistance Act, 1998, has been in operation for a considerable time, very few prosecutions have been instituted in terms of that Act. In most cases a conviction followed only after a plea bargain was entered into between the prosecution and the accused. The recent arrest of a number of South African citizens, allegedly involved in a planned coup d'état aimed at overthrowing the Government of Equatorial Guinea, demonstrates that a mercenary activities are undertaken from within the borders of the Republic. There is a continuation in the recruitment of South Africans by so-called private military companies from outside the Republic, to provide military and security services in areas of armed conflict (such as Iraq). It is evident from the small number of prosecutions and convictions under the Regulation of Foreign Military Assistance Act, 1998, that that Act inadequately combats mercenary activities and fails to provide for the regulation of certain forms of assistance in armed conflicts effectively. It is proposed that the Regulation of Foreign Military Assistance Act, 1998, be repealed and replaced with the Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill, 2005 ».

²⁷⁰ V. l'art. 1 della legge, nella definizione di "*security services*", lett. *a-i*, nella quale rientrano, oltre le attività già riferite, « ... providing a reactive or response service in connection with the safeguarding of

progetto di legge inoltre vieta anche l'assistenza di carattere umanitario da svolgersi all'interno di uno Stato straniero in cui sia in corso un conflitto armato a meno che la Commissione non l'abbia appositamente autorizzato ²⁷¹.

Per quanto riguarda la procedura di controllo e autorizzazione delle attività regolate, il progetto di legge accanto al sistema della licenza prevede una procedura secondo cui la Commissione è tenuta a nominare uno Stato come “regulated country”, qualora sul territorio di quello Stato sia imminente o in corso un conflitto armato con la conseguenza che nei confronti di quello Stato il *Prohibition of Mercenary Activities* si applica ²⁷². Infine, la Commissione è tenuta a mantenere un registro delle autorizzazioni rilasciate, delle dichiarazioni relative ai c.d. “regulated countries”, delle organizzazioni sudafricane di carattere umanitario, nonché dei cittadini sudafricani o degli individui residenti in modo permanente in Sud Africa che siano stati autorizzati ad arruolarsi nelle forze armate straniere ²⁷³.

La prassi applicativa

Come in precedenza accennavamo, uno tra i motivi principali che ha spinto il governo sudafricano a rivedere il RFMAA è consistito nella scarsa applicazione che ha ricevuto nei confronti delle numerose compagnie private e degli altrettanti numerosi individui di nazionalità sudafricana arruolati come *contractors*. Dalla sua entrata in vigore infatti il RFMAA è stato applicato in soli due casi.

Il primo caso concerne la condanna nel 2003 emessa dalla Corte regionale di Pretoria nei confronti di F. R. Rouget, cittadino di origine francese naturalizzato in Sud Africa, con l'accusa di aver partecipato ad attività mercenarie in Costa d'Avorio tra il novembre 2002 ed il gennaio 2003 ²⁷⁴. In

persons or property in any manner; providing security training or instruction to a security service provider or prospective security service provider; installing, servicing or repairing security equipment; monitoring signals or transmissions from security equipment; making a person or service of a person available, directly or indirectly, for the rendering of any service referred to in (a) to (g); or managing, controlling or supervising the rendering of any of the services referred to in paragraphs (a) to (h) ».

²⁷¹ V. artt. 4 e 5 della legge.

²⁷² V. art. 6 della legge.

²⁷³ V. art. 8 della legge.

²⁷⁴ V. *Rouget v S* (2006) JOL 15962 (T) Case No. A 2850/03, Judgement Date: 20 May 2005. La sentenza

violazione del RFMAA, Rouget avrebbe reclutato personale in Sud Africa allo scopo di fornire assistenza militare al governo della Costa d'Avorio, senza l'autorizzazione del governo sudafricano. Tale assistenza militare si sarebbe concretizzata nella fornitura al governo della Costa d'Avorio di supporto logistico ed equipaggiamenti nonché di personale per compiere attività di combattimento nel territorio ivoriano. Rouget è stato il primo individuo ad essere condannato, in base al RFMAA, per reclutamento di mercenari in territorio sudafricano e per partecipazione ad un conflitto straniero senza l'approvazione del governo.

Il secondo caso di applicazione del RFMAA è stato nei confronti di M. Thatcher, cittadino inglese, residente in Sud Africa, figlio dell'ex Primo Ministro inglese Thatcher, il quale è stato arrestato dalle autorità sudafricane nell'agosto 2004 e successivamente condannato per aver finanziato il fallito colpo di Stato organizzato nei confronti dell'attuale Presidente della Guinea Equatoriale, T. Obiang e per insidiarvi l'oppositore politico S. M. Nsà²⁷⁵. La notizia concernente l'organizzazione del colpo di Stato e il suo successivo fallimento si è avuta in seguito all'arresto all'aeroporto di Harare, in Zimbabwe, di circa settanta individui in possesso di armi, i quali si trovavano a bordo di un aereo²⁷⁶. Thatcher, dopo essere stato condannato ad una sentenza

non è reperibile, i dati ed i suoi estremi sono stati ripresi da TALJAARD R., *Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act*, in *Private Actors and Security Governance*, BRYDEN A., CAPARINI M. (Ed.), pp. 167-186. Per ulteriori informazioni sul caso e sulla sentenza di condanna, v. l'articolo *SA man arrested for mercenary activity*, in <http://iys.cidi.org/humanitarian/irin/safrica/03b/ixl4.html> e in <http://www.irinnews.org/report.asp?ReportID=35653>, ed anche *French-born mercenaries convicted in South Africa over role in Ivory Coast*, in http://www.publicinternationallaw.org/docs/PNW/PNW.04Aug03.htm#Ivory_Coast.

²⁷⁵ V. *Sir Mark Thatcher v. Minister of Justice and Constitutional Development, Department of Justice, Chief Magistrate of the Magistrate's Court for the District of Wynberg, Additional Magistrate of the Magistrate's Court for the District of Wynberg*, High Court, Cape of Good Hope Provincial Division, 24 novembre 2004, reperibile in *International Law in Domestic Courts*, in *Oxford Law Reports*. Per la possibilità di applicare il *Foreign Military Assistance Act* anche nei confronti di alcuni cittadini sudafricani, impiegati come *contractors* per la compagnia di sicurezza registrata in Sud Africa *Omega Risk Solution* impiegata dal governo congolese, i quali sono stati arrestati il 26 maggio 2006 con l'accusa di organizzare un colpo di Stato in Congo e successivamente rilasciati dalle autorità congolese, vedi http://www.iss.co.za/index.php?link_id=30&mlink_id=2751&link_type=12&mlink_type=12&tmpl_id=3.

²⁷⁶ V. riguardo all'arresto il 7 marzo 2004 all'aeroporto di Harare di circa 70 persone, di cui molti cittadini sudafricani, TALJAARD R., *Implementing South Africa's Regulation*, cit., p. 175. L'arresto all'aeroporto di Harare dei circa 70 individui ha condotto a diversi procedimenti avvenuti rispettivamente in Zimbabwe ed in Guinea Equatoriale. Il procedimento svoltosi in Zimbabwe, dinanzi al tribunale di Harare nel luglio 2004, ha portato all'assoluzione di 2 individui e alla condanna di 67 persone per atti illeciti commessi in violazione della legislazione sull'immigrazione dello Zimbabwe. Peraltro, alcuni degli individui di nazionalità sudafricana, di fronte al rischio di essere estradati dalle autorità dello Zimbabwe in Guinea Equatoriale, hanno fatto ricorso alle corti sudafricane per ottenere la protezione diplomatica da parte del

di quattro anni, in seguito sospesa dietro pagamento di una cauzione, ha lasciato il Sud Africa per rifugiarsi nel Regno Unito.

Gli Stati Uniti

A differenza del Sud Africa, la disciplina che regola l'attività delle compagnie militari private negli Stati Uniti è contenuta in diversi atti normativi riguardanti, più in generale, la regolamentazione dell'esportazione di servizi legati alla difesa, a prescindere dal fatto che ad offrire il servizio sia un individuo, una compagnia privata o un'altra persona giuridica²⁷⁷. L'*Arms Export Control Act* (AECA) disciplina la vendita di materiale e di servizi militari prevedendo che il Presidente degli Stati Uniti "is authorized to control the import and the export of defense articles and defense services and to provide foreign policy guidance to persons of the United States involved in the export and import of such articles and services"²⁷⁸. Il controllo vero e proprio sull'esportazione dei servizi della difesa tuttavia avviene attraverso la registrazione e l'ottenimento della licenza da parte della compagnia militare

governo sudafricano. V. il procedimento *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009, *Constitutional Court of South Africa*, August 4, 2004, in XX. In dottrina v. PETÉ S., PLESSIS M., *South African Nationals and their Right to Diplomatic Protection – Lessons from the "Mercenaries Case"*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 22, 2006, pp. 438-472. Dopo aver scontato la pena in Zimbabwe ed essere rientrati in Sud Africa, 9 persone sono state incriminate dalla Corte regionale di Pretoria in base al RFMAA. Il procedimento si è tuttavia concluso il 23 febbraio 2007 con l'assoluzione per mancanza di prove. Per alcune informazioni sul procedimento, v. http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2007_02_23_indexarch.php#966290956294631347.

Il procedimento a carico di alcuni di questi settanta individui si è svolto in Guinea Equatoriale con la loro condanna applicando il diritto interno. La sentenza non è reperibile, tuttavia è possibile reperire alcune informazioni riguardanti l'incriminazione e la sentenza di condanna, nonché per le critiche alle modalità con cui si è svolto il processo, in particolare in violazione del diritto all'equo processo, il rapporto redatto da *Amnesty International*, i cui rappresentanti sono stati presenti al processo, in *Equatorial Guinea. A Trial with Too Many Flaws*, in <http://web.amnesty.org/library/index/engaftr240052005>.

²⁷⁷ È da notare tuttavia che, analogamente a quanto sta avvenendo in Sud Africa, è stato proposto dal deputato della Camera dei Rappresentanti, D. Price, un disegno di legge, il *Transparency and Accountability in Security Contracting Act*, al fine di riunire la legislazione applicabile alle compagnie militari private in un unico testo normativo migliorandola nel senso di rendere l'operato dei *contractors* nelle zone di guerra più trasparente e maggiormente coordinato con le forze armate. A tale proposito, si veda quanto affermato dallo stesso Price, secondo cui « [...] the lack of a legal framework for battlefield contracting has allowed certain rogue contractors employees to perpetrate heinous criminal acts without the threat of prosecution, and has left thousands of contractors working legitimately in support of U.S. mission exposed at risk. [...] This bill will ensure that our troops are protected while also making sure contractors know the rules of the game [...] Legal uncertainty and operational confusion help no one on the battlefield. [...] This comprehensive approach should guarantee that those representing the U.S. government abroad are held to a standard of conduct that is consistent with our mission and the image we want to project in conflict areas », reperibile in <http://price.house.gov/News/DocumentSingle.aspx?DocumentID=55209>.

²⁷⁸ Si veda ORTIZ C., *Regulating Private Military Companies: States and the Expanding Business of Commercial Security Provision*, in *Global Regulation*, pp. 205-219, in part. p. 212.

come previsto dall'*International Traffic in Arms Regulation* (ITAR), in base al quale coloro che intendono esportare un articolo o un servizio militare devono chiedere, previa registrazione, un'apposita autorizzazione all'*Office of Munitions Control* il quale dipende dal Dipartimento di Stato.

A termini dell'ITAR, per servizi di difesa devono intendersi, tra l'altro, "[...] the furnishing of assistance, including training, to foreign persons in the design, engineering, development, production, processing, [...] of defense articles, whether in the United States or abroad"²⁷⁹. Oltre a tale procedura, è stabilito che per i contratti che superano i 50.000 dollari, sia necessaria l'ulteriore approvazione da parte del Congresso.

A differenza di quanto previsto nella legislazione sudafricana, in quella statunitense non sono previsti espressamente i criteri sui quali l'*Office of Munitions Control* o il Congresso devono valutare l'opportunità di concedere l'autorizzazione. Ciò comporta quindi che la concessione della licenza sia spesso influenzata da motivazioni di opportunità politica e, a tale proposito, sembra sia da sottolineare il fatto che l'elenco di servizi per i quali è prevista la procedura di autorizzazione, in base all'ITAR, è periodicamente aggiornato al fine di coordinarlo il più possibile con gli obiettivi di politica estera stabiliti dal governo²⁸⁰.

Peraltro, negli Stati Uniti, le compagnie militari private possono sfuggire a questa procedura di controllo utilizzando il programma del Dipartimento della Difesa "Foreign Military Sales", il quale non prevede che sia inoltrata alcuna richiesta al Dipartimento di Stato stabilendo una procedura secondo cui è il Pentagono ad arruolare una compagnia privata per prestare servizio in favore di

²⁷⁹ V. SCHREIER F., CAPARINI M., *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Occasional Paper No. 6, in part. p. 105.

²⁸⁰ Si veda a tale esempio quanto affermato da ORTIZ, op. cit. p. 213, riguardo all'esportazioni bloccate nei confronti dello Zimbabwe nel 2002, secondo cui « For example, effective on 17 April 2002 the US Government stated that it was its policy to deny all applications for licenses and other approvals to export or otherwise transfer defense articles and defense services to Zimbabwe. The supplementary information provided in the notice justified such action, stating: 'The Government of Zimbabwe has subverted the democratic process through a badly flawed presidential election, a campaign of violence and intimidation against its political opposition, and a blatant disregard for the rule of law and serious human rights abuses. However, on 23 July 2002 the State Department in Public Notice 4068 incorporated an exception to the policy, authorising, in furtherance of US foreign policy: the use of the license exemptions at section 123.17 of the ITAR for export of firearms and ammunition to Zimbabwe when for the personal use by individuals (not for release or retransfer, including to the Government of Zimbabwe) and the firearms will be returned to the United States ».

un governo straniero, il quale, a sua volta, per il servizio, paga il Pentagono anziché la compagnia. È in tal modo che la compagnia militare privata con sede negli Stati Uniti, la *Vinnell Corporation*, ha stipulato il contratto con il governo dell'Arabia Saudita per l'addestramento della Guardia Nazionale o la MPRI ha stipulato il contratto per addestrare l'esercito in Macedonia ed in Bulgaria²⁸¹.

Per quanto concerne l'esercizio della giurisdizione delle corti statunitensi nei confronti dei *contractors* che svolgono attività all'estero, il *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA), così come esso è stato emendato nel 2004 in seguito allo scandalo riguardante le torture compiute da *contractors* nel carcere di Abu Ghraib in Iraq²⁸² e che tuttora il Congresso statunitense sta discutendo un suo ulteriore emendamento²⁸³, prevede che i *contractors* ed i *subcontractors* impiegati dal Dipartimento della Difesa oltre che da un'agenzia federale, nei limiti in cui essi siano impiegati per supportare una missione all'estero del Dipartimento della Difesa, sono sottoposti alla giurisdizione militare statunitense per la violazione di qualsiasi legge penale federale che preveda la reclusione di almeno un anno. Tuttavia anche in questo caso, analogamente a quanto avvenuto in Sud Africa, a causa dello scarso utilizzo che è stato fatto di tale legge²⁸⁴, di recente si è provveduto alla modifica

²⁸¹ Cfr. p. 106. V. anche quanto affermato da SCHOONER S., op. cit., secondo cui “companies will often seek Foreign Military Sales support in order to avoid the lengthy ITAR licensing process and gain backing and stability of the US government”, PETERSON L. Privatizing Combat, the New World Order, Center for Public Integrity, Washington D. C., 28 ottobre 2002, reperibile in www.publicintegrity.org/bow/printer-friendly.aspx?aid=148.

²⁸² Vedi articolo in http://findarticles.com/p/articles/mi_m6052/is_2005_June/ai_n14935862/pg_2.

²⁸³ Attualmente è in discussione al Senato statunitense una proposta di legge volta ad emendare la legge in vigore. Si tratta del *MEJA Expansion and Enforcement Act of 2007*, che è stato approvato dalla Camera dei Rappresentanti il 4 ottobre 2007. In sostanza, il progetto di legge prevede l'istituzione di una unità del FBI, denominata *Federal Bureau of Investigation Investigative Unit for Contingency Operations*, con il compito di indagare su “criminal misconduct”, sul “potentially unlawful use of force” compiute dal personale contractor, e di deferire il caso al Procuratore Generale degli Stati Uniti. La suddetta disposizione troverebbe applicazione nei confronti dei *contractors* che sono impiegati, ai sensi della Sez. 2, lett. a), (3), « under a contract (or subcontract at any tier) awarded by any department or agency of the United States, where the work under such contract is carried out in an area, or in close proximity to an area (as designed by the Department of Defense), where the Armed Forces is conducting a contingency operation », reperibile in <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h110-2740>. In dottrina v. JEREMY J., *Striking the Balance: Domestic Civil Tort Liability for Private Security Contractors*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2007, pp. 691-724.

²⁸⁴ Si consideri che l'unica incriminazione di un *contractor* da parte del governo statunitense, il Caso *Passaro*, è stata resa possibile in base al *Patriot Act*, il quale prevede che le corti statunitensi possano esercitare la giurisdizione anche nei confronti degli illeciti commessi all'interno di basi militari statunitensi all'estero, e non invece in base al MEJA che non avrebbe potuto applicarsi essendo *Passaro* un *contractor* impiegato dalla CIA, e non dal Dipartimento della Difesa. V. *CIA Contractor is Charged under the Patriot Act*, in http://www.usatoday.com/news/nation/2004-06-18-pat.-act-charge_x.htm.

dell'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) al fine di sottoporre i *contractors* alla corte marziale, analogamente a quanto avviene per i membri delle forze armate. Nella versione modificata, si stabilisce che l'*Uniform Code of Military Justice* si applica nei confronti delle persone “serving with or accompanying an armed force in the field”, “in time of declared war or a contingency operation”, laddove nella nozione di “contingency operation” sono comprese le operazioni militari diverse dalle guerre, che vengono dichiarate dal Congresso statunitense, nelle quali le forze armate siano coinvolte in azioni militari. In base a quest’ultima disposizione, nell’ambito di applicazione dell’UCMJ sembrano rientrare anche i *contractors* che accompagnano le forze armate nell’operazione *Iraqi Freedom* in Iraq e nell’operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan²⁸⁵.

È dunque necessario sottolineare come negli Stati Uniti la regolamentazione delle attività svolte dalle compagnie militari private sia avvenuta attraverso diverse leggi, ed anche atti secondari che il Governo statunitense ha emanato durante il periodo post-bellico in Iraq nei confronti delle compagnie militari impiegate dal Dipartimento della difesa.

Con riguardo alle prime, è opportuno menzionare le disposizioni contenute nel *Defense Authorization Act for Fiscal Year for 2005* emanato dal Congresso successivamente al Rapporto *Schlesinger* sulle torture compiute dai *contractors* nel carcere iracheno di Abu Ghraib, la cui sezione 1092 impone al Segretario della Difesa di sorvegliare le procedure affinché « all persons acting on behalf of the Armed Forces or within facilities of the Armed Forces, treat person detained by the United States Government in a humane manner consistent with

²⁸⁵ Vedi l’articolo di WITTE G., *New Law Could Subject Civilians to Military Trial*, in http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/01/14/AR2007011400906_pf.html. Per una critica alle modifiche apportate all’*Uniform Code of Military Justice* nel senso di un’ambiguità dei termini utilizzati, v. l’articolo di SACILLOTTO K. M., GRAHAM D. P., *Uniform Code of Military Justice Now Applies to Contractors Serving with an Armed Force during “Contingency Operations”*, in http://www.wileyrein.com/publication_newsletters.cfm?ID=9&year=2007&publication_ID=12993&key_word=, secondo cui « [T]he expansion of UCMJ jurisdiction has potentially sweeping implications and raises numerous questions. Determining whether a contractor is “serving with or accompanying” an armed force “in the field”, for example, is far from straightforward and may not necessarily depend on the location of the contractor or the tactical significance of the contractor’s activities. Furthermore, even if Congress only intended contractors to be subject to military jurisdiction for the most serious of crimes, [...] is not limited in its potential application. Contractors conceivably could be subject to court-martial for disrespect toward a superior commissioned officer (Article 89), failure to obey a lawful order (Article 92), or even violation of the “catch-all” General Article (Article 134) ».

the international obligations and laws of the United States »²⁸⁶, nonché di certificare che « that all Federal employees and civilian contractors engaged in the handling or interrogation of individuals detained by the Department of Defense on behalf of the United States Government have fulfilled an annual training requirement on the law of war, the Geneva Conventions, and the obligations of the United States under international law »²⁸⁷.

Riguardo agli altri atti normativi invece, possiamo fare riferimento alla Direttiva 2311.aa.E, concernente il rispetto degli obblighi di diritto bellico da parte di tutti i componenti del Dipartimento della Difesa, nella quale si afferma che le compagnie devono attenersi al rispetto di tali regole e si chiede loro, a tale scopo, « institute and implement effective programs to prevent violations of the law of war by their employees and *subcontractors*, including law of war training and dissemination »²⁸⁸. Anche un'altra Direttiva del Dipartimento della Difesa riguardante le procedure di interrogatorio che i membri del Dipartimento della Difesa, comprese le compagnie militari, sono tenute a seguire, impone il rispetto del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale²⁸⁹.

²⁸⁶ In NEWTON M. A., *Symposium: "Torture and the War on Terror": War by Proxy: Legal and Moral Duties of 'Other Actors' Derived from Government Affiliation*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, pp. 249-265, in part. p. 259.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ V. la Direttiva 2311.aa.E, *DoD Law of War Program*, emanata dal Dipartimento della Difesa il 9 maggio 2006 nella quale non solo si afferma che le compagnie militari private hanno l'obbligo di « institute and implement effective programs to prevent violations of the law of war by their employees and subcontractors, including the law of war training and dissemination », ma anche si chiede loro, in materia di indagini e prosecuzione per violazioni del diritto di guerra, « requires adherence to the law of war by military personnel, Department of Defense civilians, contractors and subcontractors. It requires reporting of any reportable incident. A reportable incident is defined as "possible, suspected, or alleged violation of the law of war, for which there is credible information, or conduct during an armed conflict ». La Direttiva è reperibile in <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/231101p.pdf>. V. sull'argomento PARKS W. H., *The Perspective of Contracting and "Headquarters" States*, contributo presentato al workshop tenutosi in Svizzera, organizzato dal Dipartimento degli Affari Esteri svizzero in cooperazione con il Comitato internazionale della Croce Rossa, in <http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0014.File.tmp/PMSCs-Praesentationen-perspective-contracting-headquarters-states.pdf>.

²⁸⁹ V. la Direttiva 3115.09 emanata dal Dipartimento della Difesa il 3 novembre 2005, *DoD Intelligence Interrogations, Detainee Debriefings and Tactical Question*, reperibile in <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/311509p.pdf>.

Il Green Paper britannico "Private Military Companies: Options for Regulations"

Nonostante il *Green Paper*²⁹⁰ redatto dalla Commissione Affari Esteri della Camera dei Comuni nel 2002 non sia una legge né tantomeno una proposta di legge, tuttavia intendiamo trattarlo nell'ambito delle legislazioni degli Stati di sede ritenendo che esso costituisca un primo passo del governo britannico verso un'azione di controllo nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza private con sede nel territorio britannico. A tale proposito, occorre ricordare come la necessità di approfondire il fenomeno delle compagnie militari private sia sorto proprio in seguito al coinvolgimento nel 1999 di una compagnia militare con sede nel territorio britannico, la *Sandline International*, in un traffico di armi diretto verso il Presidente della Sierra Leone Kabbah in violazione dell'embargo deciso dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Allo scopo di distinguere, come espressamente dichiarato dall'allora Ministro degli Esteri britannico, J. Straw, tra "reputable" e "disreputable private sector operators"²⁹¹, nel documento sono proposte una serie di misure volte alla regolamentazione ed al controllo del settore²⁹². Tali ipotesi sono sei e vanno dalla introduzione di un divieto completo di condurre attività militari all'estero, a misure intermedie consistenti in licenze che le compagnie dovrebbero richiedere al governo per ciascuno contratto che intendono stipulare o licenze, più in generale, riguardanti le attività che intendono

²⁹⁰ Il testo del documento è reperibile in <http://www.privatesecurityregulation.net/content/countries/uk/2002-white-paper-on-pmc.pdf>.

²⁹¹ Cfr. p. 5, del *Green Paper*, in cui il Ministro degli Esteri afferma, tra l'altro, che « [t]oday's world is a far cry from the 1960 when private military activity usually meant mercenaries of the rather unsavoury kind involved in post-colonial or neo-colonial conflicts. Such people exist; and some of them may be present at the lower end of the spectrum of private military companies. One of the reasons for considering the option of a licensing regime is that be desirable to distinguish between reputable and disreputable private sector operators, to encourage and support the former while, as far as possible, eliminatine the latter ».

²⁹² A tale proposito, v. nel documento, p. 20, laddove si afferma che « ... bringing non-state violence under control was one of the achievements of the last two centuries. To allow it again to become a major feature of the international scene would have profound consequences. Although there is little risk of return to the circumstances o the 17th and 18th centuries when privateers were hard to distinguish from pirates, and Corporations commanded armies that could threaten states, it would be foolish to ignore the lessons of the past. Were private force to become widespread there would be risks of misunderstanding, exploitation and conflicts. It may be safer to bring PMCs and PSCs within a framework of regulation while they are a comparatively minor phenomenon ».

condurre fino a prevedere un'autoregolamentazione attraverso l'adozione, da parte delle società, di codici di condotta ²⁹³.

Nonostante, come già affermato, il Regno Unito non abbia emanato una legislazione specifica in tal senso, riteniamo che il governo britannico abbia comunque agito nel senso di operare un controllo nei confronti delle compagnie militari presenti nel proprio territorio sebbene non attraverso l'emanazione di un'apposita legge. Da una parte infatti, si osserva che alcune compagnie militari sotto accusa per i servizi forniti, quali ad esempio la *Sandline Internazionale*, si sono estinte; dall'altra, come è stato fatto notare da una parte della dottrina, il governo britannico ha esercitato un' influenza, o meglio un "fair degree of informal control" ²⁹⁴ nei confronti del settore militare privato il quale ha costituito una propria associazione, la *British Association of Private Security Companies*, e si è dotato di un proprio codice di condotta ²⁹⁵.

5. Le legislazioni emanate dagli Stati ospitanti

Oltre gli Stati di sede delle compagnie, anche alcuni Stati che ospitano o che hanno ospitato nel proprio territorio le compagnie militari private, hanno provveduto ad emanare delle legislazioni specifiche allo scopo di regolamentare le modalità di svolgimento delle loro attività nel proprio territorio. In particolare, qui di seguito saranno esaminate le legislazioni della Sierra Leone, dell'Iraq, del Kosovo nonché il progetto di legge che è attualmente in attesa di essere approvato dal Parlamento afgano ²⁹⁶.

Sierra Leone

La Sierra Leone ha introdotto nel proprio ordinamento una legge, il *National Security and Central Intelligence Act* (2002), la quale contiene alcune disposizioni che disciplinano le attività delle compagnie private di sicurezza

²⁹³ Cfr. pp. 22-26, del *Green Paper*.

²⁹⁴ JOSEPH S., *Mercenaries*, op. cit., p. 234.

²⁹⁵ In <http://www.privatesecurityregulation.net/content/countries/uk/2005-code-of-ethics-of-the-british-security-industry-association.pdf>.

²⁹⁶ Tale è la situazione al 1° aprile 2008.

nel territorio della Sierra Leone²⁹⁷. Il *National Security and Central Intelligence Act* si inserisce in una più ampia riforma del settore nazionale della sicurezza avviata dal Presidente Kabbah nel 2002 ed è interessante sottolineare, a tale riguardo, che nella riforma sia stato espressamente previsto il ricorso alle compagnie private della sicurezza. La necessità di ricorrere a forze militari private da parte della Sierra Leone si spiega, in base a quanto affermato dallo stesso Kabbah, con la debolezza dello Stato e delle forze armate in seguito alla fine della guerra civile²⁹⁸.

La legge ha istituito l'*Office of National Security* (ONS), un organo composto da membri del governo con a capo un Coordinatore il quale, nell'ambito della sua attività di coordinamento del settore della sicurezza nazionale, ha il compito di autorizzare e controllare le compagnie private della sicurezza che svolgono le loro attività nel territorio del paese²⁹⁹. A tale scopo, è previsto che gli individui che intendono svolgere un'attività nel territorio della Sierra Leone, in qualità di compagnia privata di sicurezza, devono fare un'apposita richiesta al Coordinatore. La richiesta deve essere corredata da alcuni documenti che garantiscono che si tratta di una compagnia legittimamente registrata, che dispone delle risorse e dell'equipaggiamento necessario e di altre informazioni relative all'identità della persona che ne fa richiesta nonché degli altri membri della compagnia³⁰⁰. Il Coordinatore ha un periodo di tempo entro cui decidere, sulla base di specifici criteri, se rilasciare o meno la licenza. Alcuni di questi criteri sono espressamente previsti dalla legge e consistono in una valutazione che il Coordinatore deve compiere sull'adeguatezza delle risorse della compagnia e sulle modalità di acquisto

²⁹⁷ Il testo del *Security and Central Intelligence Act* (2002) è reperibile in <http://www.sierra-leone.org/Laws/2002-10.pdf>.

²⁹⁸ Si veda quanto affermato dallo stesso Presidente Kabbah, in occasione della presentazione della riforma, reperibile in <http://www.statehouse-sl.org/speeches/3-key-sec-may26-05.html>, il quale, in merito alla situazione in Sierra Leone in seguito al conflitto, si rivolge agli invitati affermando che « [...] one of the most adverse by-products of our civil conflict was the complete break down of our national security apparatus, with its attendant wanton destruction of life and property and the disintegration of both the infrastructure and the morale of the entire state security institutions. In the course of the conflict, what remained of these institutions lost the confidence and trust of the people for who they were created. Some of these institutions became ineffective and unreliable whilst other became simply dysfunctional due to gross neglect. There was therefore an urgent need to redesign and rehabilitate our security apparatus ».

²⁹⁹ Sezioni 18 e 19 del *Security and Central Intelligence Act*. Alla sez. 19, par. 9, si precisa che per compagnia privata di sicurezza si intende « a company providing security services, including armed escort services, to persons, homes, businesses or institutions, whether public or private ».

³⁰⁰ Sez. 19, parr. 2 e 3 del *Security and Central Intelligence Act*.

delle armi e dell'equipaggiamento, nonché sulla reputazione e sull'idoneità dei direttori e dei membri della compagnia ed infine sulla compatibilità dell'intervento della compagnia con l'interesse pubblico ³⁰¹.

Se la compagnia soddisfa i requisiti richiesti, il Coordinatore potrà concedere la licenza altrimenti, in caso di rifiuto, deve motivare per iscritto il rifiuto e la compagnia può appellarsi, contro tale decisione, al Consiglio. Nel caso di concessione della licenza, è prevista la possibilità per il Coordinatore di revocarla nel caso in cui la compagnia violi i termini e le condizioni previste nella licenza ³⁰².

Iraq

Anche in Iraq, in seguito alla conclusione del conflitto dichiarata ufficialmente dal Presidente Bush il primo maggio 2003, la *Coalition Provisional Authority* (CPA), cioè l'autorità provvisoria di governo istituita dalle Potenze occupanti in Iraq, ha emanato degli atti che disciplinano, tra l'altro, anche lo status dei *contractors* e delle compagnie private della sicurezza presenti nel territorio iracheno, i quali sono rimasti in vigore anche dopo la dissoluzione della CPA e il conseguente trasferimento di poteri al Governo transitorio iracheno avvenuto il 30 giugno 2004 ³⁰³. Si tratta in particolare di tre *Orders* che disciplinano lo status delle compagnie private di sicurezza in Iraq, la procedura di registrazione che esse devono compiere per svolgere le attività in Iraq, e l'utilizzo da parte loro delle armi e della forza armata.

Il primo di tali atti, l'*Order* n. 17 ³⁰⁴, disciplina lo status giuridico delle compagnie private della sicurezza e dei loro *contractors* che siano impiegati

³⁰¹ Sez. 19, par. 5 del *Security and Central Intelligence Act*.

³⁰² Sez. 19, parr. 6 e 7 del *Security and Central Intelligence Act*.

³⁰³ Per il trasferimento di poteri dalla CPA all'*Iraqi Interim Government*, si veda il *Coalition Provisional Authority Order Number 100, Transition of Laws, Regulations, Orders, And Directives Issued by the Coalition Provisional Authority*, in http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040628_CPAORD_100_Transition_of_Laws_Regulations_Orders_and_Directives.pdf.

³⁰⁴ Si tratta del *Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised), Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq*, reperibile in http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf. La sua attuale vigenza si ricava, oltre che dal CPA Order n. 100, anche da quanto affermato alla sua sezione 20 secondo cui « this Order shall enter into force on the date of signature. It shall remain in force for the duration of the mandate authorizing the MNF under U.N. Security Council Resolutions 1511 and

per svolgere funzioni di sicurezza a favore degli Stati presenti sul territorio iracheno, comprese le missioni diplomatiche e consolari e la Forza multinazionale³⁰⁵ stabilendo che essi godono dall'immunità dalla giurisdizione delle corti irachene per gli atti compiuti nell'ambito delle loro funzioni, eccetto nel caso in cui lo Stato d'invio non revochi tale immunità. In relazione ad eventuali illeciti da essi compiuti, si dichiara infatti che spetta innanzitutto allo Stato d'invio nonché al personale della Forza Multinazionale adottare delle azioni³⁰⁶. Per quanto riguarda invece le azioni che le compagnie ed i *contractors* svolgono al di fuori del loro impiego, si prevede che essi sono sottoposti alla legge irachena³⁰⁷.

La procedura di registrazione delle compagnie militari private che operano nel territorio iracheno è prevista nel *Memorandum* n. 17 il quale si applica sia alle compagnie impiegate da governi sia a quelle impiegate da un ente privato, ad esempio un'impresa che opera nel territorio iracheno, al contrario dell'*Order* n. 17 che, come già affermato, si applica solo alle compagnie impiegate dagli Stati e dalla Forza Multinazionale operanti in Iraq³⁰⁸.

Una compagnia militare che intende svolgere un'attività nel territorio iracheno, deve farne richiesta presso il Ministro dell'Interno. Per ottenere una "operational license", la compagnia deve possedere alcuni requisiti e deve fornire al Ministro alcune informazioni riguardanti i suoi membri, tra i quali è previsto espressamente quello di "respect the law and all human rights and freedoms of all citizens of the country"³⁰⁹. Il Ministro dell'Interno può rifiutare di concedere la licenza, qualora non siano stati soddisfatti i requisiti

1546 and any subsequent relevant resolutions and shall not terminate until the departure of the final element of the MNF from Iraq, unless rescinded or amended by legislation duly enacted and having the force of law ».

³⁰⁵ V. Section 1, par. 14, in cui si afferma che "private security companies" s'intende « non Iraqi-legal entities or individuals not normally resident in Iraq, including their non-Iraqi employees and Subcontractors nor normally resident in Iraq, that provide security services to Foreign Liaison Missions and their Personnel, Diplomatic and Consular Missions and their personnel, the MNF and its Personnel, International Consultants and other Contractors ».

³⁰⁶ V. Section 4, parr. 3 e 5, del CPA Order n. 17.

³⁰⁷ V. Section 4, par. 4, del CPA Order n. 17.

³⁰⁸ V. *Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17, Registration Requirements for Private Security Companies*, reperibile in http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040626_CPAMEMO_17_Registration_Requirements_for_Private_Security_Companies_with_Annexes.pdf. Nel documento per "private security companies" s'intende « a private business, properly registered with the Ministry of Interior and Ministry of Trade that seeks to gain commercial benefits and financial profits by providing security services to individuals, businesses and organizations, governmental or otherwise ».

³⁰⁹ V. Section 2, par. 6, lett. c).

richiesti, motivando il rifiuto per iscritto. Il Ministro inoltre può revocare la licenza nel caso in cui la compagnia, o un suo impiegato, violi le disposizioni contenute nel *Memorandum* o qualsiasi altra legge in vigore in Iraq³¹⁰. Le compagnie sono inoltre responsabili, in base a quanto affermato alla Sezione 9 del *Memorandum*, per la condotta dei propri impiegati, i quali, insieme con i funzionari della compagnia, sono sottoposti alla legge penale e civile irachena. È stabilito infine che le compagnie di sicurezza devono condurre le loro azioni in accordo con le Regole riguardanti l'uso della forza e il Codice di condotta annessi al *Memorandum*³¹¹.

È prevista una procedura anche per quanto riguarda il possesso di armi da parte delle compagnia che deve essere autorizzato sempre dal Ministro dell'Interno³¹² e tale utilizzo deve essere stato specificato nel contratto. Inoltre le compagnie di sicurezza non possono utilizzare le armi per coadiuvare le forze della Coalizione o della Forza multinazionale nei combattimenti se non nei casi di legittima difesa mentre l'utilizzo da parte delle compagnie della forza armata è ammesso solo in limitate circostanze³¹³.

È peraltro importante ricordare che la suddetta legislazione, in particolare quella relativa allo status dei *contractors* e la loro immunità dalla giurisdizione delle corti irachene contenuta dall'*Order* n. 17, è stata recentemente ridiscussa dal governo iracheno in seguito ai gravi incidenti scaturiti dalle uccisioni compiute dai *private contractors* della compagnia *Blackwater* nei confronti di civili iracheni avvenute a Bagdad, il 16 settembre 2007³¹⁴. In seguito a tali

³¹⁰ V. *Section 4*, par. 2, lett. b), in cui peraltro si afferma che il Ministro dell'Interno, nella revoca della licenza in caso di violazioni da parte di un impiegato della compagnia, può « take into account actions taken by the PSC with respect to individual violations (e.g. termination, prompt and open coordination with law enforcement) in determining whether a PSC should forfeit its license as the result of such violations ».

³¹¹ Si fa riferimento all'*Annex A: Use of Force, Rules for the Use of Force by Contractors in Iraq*, e all'*Annex B: Code of Conduct for Private Security Company Code of Conduct for Operations in Iraq*.

³¹² V. il *Coalition Provisional Authority Order Number 3, Weapons Control*, nel quale alla *Section 3*, par. 2, è previsto che « Private security firms may be licensed by the Ministry of the Interior to possess and use licensed Firearms and Military Weapons, excluding Special Category Weapons, in the course of their duties including in public places », in http://www.cpa-iraq.org/regulations/20031231_CPAORD3_REV_AMD.pdf.

³¹³ Si veda l'*Annex A: Use of Force, Rules for the Use of Force by Contractors in Iraq*, v. *supra*, in cui si afferma che qualora l'utilizzo della forza armata sia volto a provocare la morte o ferire gravemente un altro individuo, esso è ammesso solo per legittima difesa o per difendere le persone di cui si sta garantendo la sicurezza o ancora per difendere la vita di civili. Nella restante parte dei casi, l'utilizzo della forza deve essere compiuto "gradualmente", e cioè solo dopo che siano stati esperiti da parte del *contractor* altri metodi per rimuovere il pericolo.

³¹⁴ Per i fatti riguardanti la vicenda e il conseguente procedimento civile contro la *Blackwater* ed i suoi

eventi infatti, il governo iracheno ha pubblicamente dichiarato l'intenzione di ritirare la *operative license* alla *Blackwater* e di voler sottoporre alla giurisdizione dei tribunali iracheni i *contractors* coinvolti³¹⁵. Al contempo, il Consiglio dei Ministri iracheno ha presentato un progetto di legge allo scopo di sottoporre tutte le compagnie militari e della sicurezza private non irachene ed i loro dipendenti presenti sul territorio iracheno alla giurisdizione civile e penale irachena dichiarando di intendere cancellare tutte le immunità precedentemente in vigore nei loro confronti³¹⁶. Il progetto di legge, in tal modo e come espressamente dichiarato all'art. 4, intende emendare l'Order n. 17³¹⁷.

Kosovo

Il *Kosovo* è uno tra i territori amministrati dalle Nazioni Unite, in particolare dall'UNMIK³¹⁸, ad essersi dotato di una legge che regola la prestazione nel territorio di servizi di sicurezza da parte di compagnie militari e della sicurezza private. Si tratta del Regolamento No. 2000/33, promulgato dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale il 25 maggio 2000, "on Licensing of Security Services Providers in Kosovo and the Regulation of Their Employees"³¹⁹. Analogamente alle leggi degli Stati precedentemente esaminate, anche il suddetto regolamento prevede una procedura di registrazione della compagnia e di emissione di una "business license" da parte

dipendenti davanti alla Corte Distrettuale della Columbia, v. *infra* § 5.2, c), i), del Capitolo Primo, della Seconda Parte.

³¹⁵ Si veda per tutti l'articolo pubblicato nel Washington Post di J. PARTLOW e W. PINCUS, *Iraq Bans Security Contractors*, in <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/09/17/AR2007091700238.html>. Per ulteriori riferimenti ad altri articoli sul dibattito che è conseguito a tale incidente, v. *infra* nota 494.

³¹⁶ V. "The Law of subjecting Non-Iraqi Security Companies and its Contractors to the Provisions of the Iraqi Law", reperibile in http://www.privatesecurityregulation.net/content/countries/iraq/2007_draft_law_PSC.pdf. In particolare, si veda l'art. 1 il quale dichiara che « Non-Iraqi security companies and its non-Iraqi employees and contractors shall be subject to the Iraqi legislations and the jurisdiction of the Iraqi judiciary in all civil and criminal cases. All immunities granted to them in accordance with any valid legislation shall be canceled ».

³¹⁷ A tale proposito, occorre ricordare la notizia di questi giorni secondo cui il governo iracheno e quello statunitense avrebbero trovato un accordo nel senso di escludere l'immunità giurisdizionale dei *contractors* presenti nel territorio iracheno nel periodo successivo alla scadenza del mandato della Forza multinazionale prevista per la fine del mese di dicembre 2008. V. *I contractor USA rinunciano all'immunità*, in *Sole 24 Ore*, 2 luglio 2008, p. 9; TAVERNISE S., *U.S. Agrees to Lift Immunity for Contractors in Iraq*, in <http://www.nytimes.com/2008/07/02/world/middleeast/02iraq.html>.

³¹⁸ Amministrazione transitoria istituita con Ris. 1244 (1999) dal Consiglio di Sicurezza, reperibile in <http://www.unmikonline.org/misc/N9917289.pdf>.

³¹⁹ Reperibile in http://www.unmikonline.org/regulations/2000/re2000_33.htm.

degli organi dell'amministrazione transitoria³²⁰. Dopo aver ottenuto tale licenza, la compagnia, in base al regolamento, deve registrarsi insieme ai suoi componenti presso il "Commissioner", l'organo dell'amministrazione addetto a tale funzione, e richiedere un permesso per ciascuno di essi. Il "Commissioner" deve condurre, a questo punto, un "background check"³²¹ nei confronti della compagnia e dei suoi componenti. Tale operazione comporta peraltro che il "Commissioner" appuri se uno di essi ha "criminal record" e se, più in generale, essi hanno "the necessary background and experience to provide security services"³²².

Il Dipartimento dell'UNMIK può rifiutarsi di concedere la licenza ed essa può essere sospesa e revocata qualora la compagnia o uno dei suoi membri violi la licenza o il permesso, un regolamento o un'altra legge in vigore in Kosovo. È infine chiarito che il "license holder" è responsabile delle sue azioni come quelle dei suoi dipendenti "while conducting business as a provider of security services"³²³.

Afghanistan

Anche in Afghanistan, in seguito all'operazione armata "Enduring Freedom" condotta nel novembre 2001 dalla coalizione di Stati guidata dagli Stati Uniti in reazione agli attentati terroristici dell'11 settembre e la costituzione di un nuovo regime di governo, si è registrata la presenza di numerose compagnie della sicurezza private le quali prestano servizio a favore dello stesso governo afgano, delle forze armate internazionali presenti sul territorio nonché di privati. Anche in questo caso, non sono mancati ripetute denunce di violazioni di diverso genere compiute da singoli *contractors* dipendenti di compagnie private³²⁴. Di qui la decisione del governo afgano di decidere la cessazione delle attività per alcune di esse e di iniziare a discutere

³²⁰ V. le Sezioni 1 e 2, del Regolamento.

³²¹ V. Sezione 2.2., del Regolamento.

³²² V. Sezione 2.3, del Regolamento.

³²³ V. Sezione 5, del Regolamento.

³²⁴ V., ad esempio, quanto riportato in relazione ad illeciti compiuti da *private contractors* in territorio afgano e le conseguenti azioni adottate dal governo nell'articolo "Aghanistan shuts security firms", in <http://english.aljazeera.net/NR/exeres/D7964DA7-64A0-4F20-A8BB-4E765CEFFEBB.htm>.

una legge che si riveli adeguata a controllare le attività delle compagnie di sicurezza attualmente operanti ³²⁵.

A tale riguardo, occorre anzitutto affermare che il Consiglio dei Ministri afgano ha approvato il 7 gennaio 2008 un progetto di legge che, per divenire vincolante, deve ricevere l'assenso da parte del Parlamento afgano. Nonostante non sia ancora in vigore, riteniamo comunque rilevante ai fini della ricostruzione di un quadro giuridico nel quale le compagnie private si collocano, riportare qui di seguito i caratteri essenziali della procedura prevista al fine di regolare le attività delle compagnie che operano nel territorio afgano ³²⁶.

È interessante notare fin dall'inizio gli scopi per i quali il suddetto progetto di legge è stato elaborato poiché è anzitutto da questi che, a nostro parere, si rileva il ruolo centrale che riveste il governo quale unica autorità garante delle attività delle compagnie di sicurezza operanti nel suolo afgano. La centralità del governo nella regolamentazione e nel controllo delle compagnie di sicurezza private è resa palese peraltro all'art. 3 nel quale si dichiara che « the Ministry of Interior is the only authority that regulates activities and other affairs of the security companies throughout the country, and it shall control their activities » ³²⁷. Nell'Introduzione al Progetto di legge si afferma che la procedura è stata elaborata « in order to fill the existing legal gaps for regulating the activities of private security companies » ed inoltre che « the goal behind arranging this procedure and guideline is to ensure transparency, accountability and quality services by private security companies in accordance with the laws of Afghanistan » ³²⁸. Il Governo afgano, si dichiara infine, « will not under any circumstances allow private security companies to violate the

³²⁵ Si veda lo studio del novembre 2007 preparato dall'istituto di ricerca *Swisspeace*, *Private Security Companies and Local Populations, An Exploratory Study of Afghanistan and Angola*, in part. pp. 22-26, in http://www.swisspeace.ch/typo3/fileadmin/user_upload/pdf/PSC_01.pdf.

³²⁶ Il documento a cui ci si riferisce è la *Procedure for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan*, preparato nel febbraio 2008 dal *Joint Secretariat of Disarmament and Reintegration Commission* del Ministero dell'Interno afgano, reperibile in http://www.privatesecurityregulation.net/content/countries/af/2008_PSC_Interim_Regulations.pdf.

³²⁷ Cfr. art. 3, del progetto di legge.

³²⁸ Cfr. p. 2, del progetto di legge.

laws of the country, the provisions of this procedure the guideline attached, and international human rights declaration »³²⁹.

Analogamente alle leggi precedentemente esaminate, anche il progetto di legge afgano prevede la costituzione di un organo governativo centrale, l'*High Coordination Board*, addetto alla regolamentazione, al controllo e all'emissione di licenze operative alle compagnie³³⁰. In particolare, tra i compiti assegnati a tale organo rientrano, oltre quello di emanare le licenze per mezzo delle quali le compagnie possono operare nel territorio afgano, quello di investigare sulle violazioni commesse dalla compagnia di sicurezza³³¹, attraverso un'attività di monitoraggio compiuta dalle forze di polizia e dai distaccamenti degli uffici governativi nel territorio³³², quello di annullare la licenza e di interrompere le attività da essa svolte o proporre maggiori limitazioni concernenti l'emissione delle licenze operative, nonché il potere di trasmettere i casi di violazione presso l'ufficio del Procuratore³³³. Tale articolo deve essere peraltro posto in relazione con altri articoli contenuti nel medesimo progetto, in cui sono previste espressamente le attività che una compagnia di sicurezza non può svolgere (c.d. "illicit activities")³³⁴ tra cui compare la protezione dei confini del paese, la messa in sicurezza di uffici, proprietà e mezzi governativi, nonché di strade pubbliche escludendo da tale ambito la prestazione di servizi di sicurezza a favore di società private, organizzazioni internazionali, delegazioni ufficiali e agenzie di Stati stranieri³³⁵. Inoltre, il progetto di legge impone alla compagnie specifici obblighi alla compagnia, tra cui vi è quello di prestare servizi contrari a quanto previsto nella licenza operativa, quello di portare armi ed equipaggiamenti al di fuori dell'area di operazione stabilita nella licenza e, più in generale, svolgere altre attività

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ Cfr. art. 8, par. 1, del progetto di legge. Per "operative license" si intende, ai sensi dell'art. 4, par. 6, « a written document issued in accordance with the provisions of this procedure in order to perform the activities provided in paragraph 4 of this Article » e cioè « activities performed in accordance with the provisions of this procedure for the purpose of establishing security of real and natural persons, logistics, transportation, goods and equipments, training security employees, and warning services ».

³³¹ Cfr. art. 9, par. 10, del progetto di legge.

³³² Si veda, in particolare, quanto previsto all'art. 28 del progetto di legge.

³³³ Cfr. art. 9, parr. 10 e 11, del progetto di legge.

³³⁴ Cfr. art. 6, del progetto di legge.

³³⁵ Cfr. art. 6, parr. 1, 2, 3 del progetto di legge.

“contrary to the law”³³⁶. La compagnia ha inoltre l’obbligo di redigere, ogni tre mesi, un rapporto sull’attività svolta e sottoporlo all’*High Coordination Board*³³⁷.

Infine, in tema di risarcimento dei danni provocati dai componenti della compagnia nell’ambito delle attività svolte, il progetto di legge stabilisce che la compagnia è responsabile per il risarcimento dei danni derivanti da atti illeciti commessi dai propri dipendenti prevedendo altresì, nel caso in cui la compagnia si rifiuti di provvedere al pagamento dell’ammontare di denaro fissato come titolo di risarcimento, che lo stesso venga prelevato “on the authorized court order”³³⁸ dalla cauzione che la compagnia è tenuta a versare presso una banca nella fase di presentazione della richiesta della licenza operativa.

Come si può notare, la legislazione contenuta nel suddetto progetto di legge contiene una disciplina applicabile alle compagnie di sicurezza private articolata e completa, in particolare per quanto riguarda l’attività di controllo e di repressione di eventuali attività illecite commesse dai membri della compagnia nel territorio afgano stabilendo altresì le modalità con cui le vittime di eventuali illeciti possono essere risarcite.

Circa gli elementi di novità che il suddetto progetto di legge presenta, occorre inoltre rilevare un secondo elemento che la distingue, per questo aspetto, dalle leggi dei paesi ospiti precedentemente esaminate. Esso consiste nella distinzione compiuta nel progetto di legge tra le compagnie di sicurezza “nazionali”³³⁹, cioè le compagnie di sicurezza costituite da cittadini afgani e in base al diritto afgano, e le compagnie di sicurezza “straniere”³⁴⁰ prevedendo per quest’ultime e per i loro membri dei requisiti ulteriori che a noi sembrano degni di rilievo. In particolare, nell’ambito della procedura per richiedere una

³³⁶ Cfr. art. 21, del progetto di legge, in particolare parr. 6, 12, 13.

³³⁷ Cfr. art. art. 26, del progetto di legge.

³³⁸ Cfr. art. 27, del progetto di legge.

³³⁹ Si veda la definizione contenuta nell’art. 4, par. 2, del progetto di legge secondo cui per “national security company” si deve intendere « a security company established by Afghan citizen or citizens or by partnership of Afghan/s and foreign citizen/s in accordance with the laws of Afghanistan and which have acquired a security activity license based on the provisions of this procedure ».

³⁴⁰ Si veda l’art. 4, par. 3, in base al quale per “foreign security company” deve intendersi « a security company established in accordance with the law of a foreign state to provide security services in Afghanistan having its head office in a foreign country and which have acquired a security activity license in Afghanistan according to the provisions of this procedure ».

“operative license” è previsto, oltre l’invio della richiesta che tutte le compagnie, sia nazionali sia straniere devono fare, che le compagnie straniere presentino una copia dei documenti di incorporazione e di licenza operativa isituita “in the relevant country”, e cioè nello Stato di sede, nonché una copia dei documenti riguardanti le attività di sicurezza svolte in altri paesi ³⁴¹. Inoltre i suddetti documenti devono essere autenticati dagli organi ufficiali di quello Stato, cioè lo Stato di sede, e dall’ambasciata dell’Afghanistan ivi presente ³⁴². È opportuno altresì evidenziare quanto previsto in una successiva disposizione laddove si elencano le condizioni che la compagnia straniera deve soddisfare ai fini dell’emissione della licenza, tra cui vi sono, tra l’altro, il possesso da parte della compagnia di una licenza di sicurezza operativa emessa da un altro paese come pure dallo Stato di sede; la presentazione di documenti che attestino la trasparenza delle attività di sicurezza condotte dalla compagnia certificate dalle autorità competenti degli Stati nei quali la compagnia sta operando, attraverso il Ministero degli Esteri afgano; la presentazione, da parte dell’*Operations Manager* della compagnia, di un certificato che attesti la non commissione di reati commessi in passato, emanato dall’Interpol e dalle forze di polizia dell’“home country”; nonché la dichiarazione da parte della compagnia di voler osservare gli standards contenuti nel codice di condotta redatto dall’*International Peace Operations Associations (IPOA)* ³⁴³.

A noi sembra che questi elementi siano particolarmente rilevanti ai fini della ricostruzione del quadro giuridico nel quale le compagnie militari e della sicurezza privata si collocano. L’ interesse per tali elementi risulta tanto maggiore laddove si pensi che essi sono contenuti in un progetto di legge che è tra i più recenti in materia e che, se approvato, potrebbe fungere da modello anche per altri Stati, in particolare per quelli che “ospitano” compagnie straniere nel proprio territorio. Rimandando ad un secondo momento le considerazioni, in generale, sulle leggi emanate e quelle più specifiche sugli obblighi internazionali in capo agli Stati, a noi preme tuttavia fissare alcuni elementi di novità che si ricavano dal suddetto progetto di legge riguardanti gli

³⁴¹ Cfr. art. 13, par. 2, del progetto di legge.

³⁴² Cfr. art. 13, par. 3, del progetto di legge.

³⁴³ V. art. 14, del progetto di legge, in particolare i parr. 1, 3, 6, 8, Riguardo al codice di condotta IPOA, v. *infra* § 10, del presente capitolo.

Stati *diversi* dallo Stato ospitante, *in primis* gli Stati che hanno ospitato la compagnia nel proprio territorio ed anche lo Stato di sede. Dalle suddette disposizioni sembrerebbe potersi ricavare un obbligo, in capo a quest'ultimi, quantomeno di informare agli Stati che ne facciano richiesta, attraverso i tradizionali canali diplomatici, circa il livello di professionalità e di trasparenza della compagnia, livello che conterrebbe diversi elementi desumibili dalle stesse disposizioni legislative. Tali elementi sarebbero, tra l'altro, il possesso di un'autorizzazione a svolgere attività legate alla messa in sicurezza emessa da parte dello Stato di sede; l'assenza di "criminal records" da parte dei componenti la compagnia; infine l'adesione della compagnia agli standards previsti nel codice di condotta redatto dall'IPOA, nel quale, come si vedrà in prosieguo, rientra anche il rispetto del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei diritti umani ³⁴⁴.

6. La regolamentazione europea concernente l'esportazione di armi e la fornitura di assistenza tecnica

Considerate le legislazioni nazionali, ai fini della ricostruzione del quadro normativo applicabile alle attività condotte dalle compagnie militari private è opportuno prendere in considerazione anche le legislazioni concernenti l'esportazione di armi e di servizi militari, le quali si applicano qualora le compagnie forniscono servizi di assistenza rientranti nell'ambito di applicazione di tale regolamentazione ³⁴⁵. In particolare, si intende prendere in considerazione la disciplina europea la quale assume un certo interesse stabilendo degli standard comuni ai quali gli Stati europei devono attenersi nell'adottare le legislazioni concernenti l'esportazione e il trasferimento di armi e di servizi militari.

Tali standard sono previsti nel Codice di condotta sull'esportazione di armi, adottato dal Consiglio dell'Unione Europea il 5 giugno 1998 nell'ambito

³⁴⁴ *Infra*, § 10, del presente capitolo.

³⁴⁵ V. KRAHMANN E., *Regulating Private Military Companies: What Role for the EU?*, in *Contemporary Security Policy*, 2005, pp. 103-125.

della Politica estera e di sicurezza comune (PESC)³⁴⁶. Le disposizioni contenute nel Codice invitano gli Stati membri dell'Unione Europea a rispettare determinate condizioni nella materia dell'esportazione di armi o di servizi di assistenza tecnico-militare.

In via generale, nel Codice è previsto che la licenza non debba porsi in contrasto con un obbligo internazionale dello Stato che la concede. L'esportazione di armi non può inoltre essere autorizzata se è diretta verso uno Stato nei cui confronti è in vigore un embargo deciso dal Consiglio di Sicurezza, dall'Unione Europea o dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (criterio n. 1). È stabilito che lo Stato che concede la licenza deve considerare il rispetto dei diritti umani nello Stato di destinazione (criterio n. 2), soprattutto qualora questo sia stato già destinatario di rapporti da parte degli organi delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa o da parte della stessa Unione Europea proprio in tema di violazione dei diritti umani. La licenza, in particolare, non può essere concessa qualora vi sia il rischio che le armi possano essere utilizzate per compiere una repressione interna. Lo Stato che autorizza l'esportazione deve inoltre considerare il fatto che ciò non provochi o prolunghi un conflitto armato o aggravi tensioni esistenti all'interno del paese (criterio n. 3) ed anche che l'esportazione di armi non sia utilizzata dallo Stato di destinazione come uno strumento per compiere un'aggressione contro un altro Stato (criterio n. 4)³⁴⁷. Lo Stato inoltre, prima di concedere la licenza, deve tenere in considerazione, più in generale, quali rischi può comportare l'esportazione di armi per la sicurezza nazionale degli Stati membri (criterio n. 5)³⁴⁸, nonché il comportamento dello Stato di destinazione nei

³⁴⁶ V. *European Union Code of Conduct on Arms Export*, European Union, the Council, Brussels, 5 June 1998, reperibile in <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/08675r2en8.pdf>. Sul Codice di condotta ed in particolare sui rapporti annuali redatti dagli Stati per implementare le misure ivi contenute, v. BAUER S., BROMLEY M., *The European Union Code of Conduct on Arms Exports Improving the Annual Reports*, SIPRI Policy Paper No. 8, November 2004, in <http://editors.sipri.se/pubs/policypaper8.pdf>.

³⁴⁷ Nel Codice si afferma che lo Stato, nel prendere in considerazione tali rischi, deve tenere presente alcuni fattori, quali « (a) the existence or likelihood of armed conflict between the recipient and another country; (b) a claim against the territory of a neighbouring country which the recipient has in the past tried or threatened to pursue by means of force; (c) whether the equipment would be likely to be used other than for the legitimate national security and defence of the recipient; (d) the need not to affect adversely regional stability in any significant way ».

³⁴⁸ In particolare è previsto che lo Stato deve considerare, a tale proposito, « (a) the potential effect of the proposed export on their defence and security interests and those of friends, allies and other Member States, while recognizing that this factor cannot affect consideration of the criteria on respect for human rights and on regional peace, security and stability; (b) the risk of use of the goods concerned against their

confronti della comunità internazionale, in particolare la sua attitudine nei confronti del terrorismo, la natura delle sue alleanze e il rispetto per il diritto internazionale (criterio n. 6). Lo Stato infine deve considerare la possibilità che le armi possano essere esportate dallo Stato di prima destinazione ad un altro nonché la compatibilità dell'esportazione delle armi con capacità tecnica ed economica dello Stato di destinazione (criterio n. 7 e n. 8).

Nel Codice di condotta sono previste inoltre delle misure, rivolte sempre agli Stati, finalizzate a rendere maggiormente trasparente il settore dell'esportazione di armi ed a contribuire ad una armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri dell'Unione. Tra queste, vi è quella secondo cui ciascuno Stato deve rendere noto agli altri Stati membri i casi di rifiuto di concessione di una licenza e i motivi alla base di tale rifiuto. Gli Stati sono tenuti altresì a pubblicare annualmente un rapporto riguardante l'esportazione di armi che viene discusso negli incontri annuali che gli Stati tengono nel quadro della Politica Estera e di Sicurezza Comune³⁴⁹. Quest'ultima misura riveste un certo interesse ed ha costituito un forte impulso per la realizzazione di uno tra i principali obiettivi fissati nel Codice cioè quello di far convergere le legislazioni europee nel settore dell'esportazione delle armi convenzionali³⁵⁰.

A partire dalla redazione del Codice di Condotta, la regolamentazione sul piano europeo dell'esportazione di armi si è andata peraltro rafforzando attraverso l'adozione di successivi atti da parte del Consiglio volti a disciplinare in modo più particolareggiato tale ambito. In ottemperanza della misura numero 5 ad esempio, la quale prevede l'adozione di un elenco di attrezzature e servizi di carattere militare nei confronti del quale il Codice trova applicazione, il Consiglio ha adottato il 13 giugno 2000 l'"Elenco comune

forces or those of friend, allies or other Member States; (c) the risk of reverse engineering or unintended technology transfer ».

³⁴⁹ Al paragrafo 8 delle "Operative Provisions", si afferma inoltre che durante gli incontri annuali gli Stati « ... also review the operation of the Code of Conduct, identify any improvements which need to be made and submit to the Council a consolidated report, based on contributions from Member States ».

³⁵⁰ V. quanto affermato nel Preambolo del Codice in cui, tra gli obiettivi, vi è quello di « [...] set high common standards which should be regarded as the minimum for the management of, and restraint in, conventional arms transfers by all Member States, and to strengthen the exchange of relevant information with a view to achieving greater transparency, [...] within the framework of the Common Foreign and Security Policy to reinforce cooperation and to promote convergence in the field of conventional arms exports ».

delle attrezzature militari contemplato dal codice di condotta dell'Unione europea per l'esportazione di armi"³⁵¹. Nella Dichiarazione ad esso allegata (2000/C 191/01), il Consiglio ha peraltro ribadito l'importanza di un rafforzamento dei controlli sulle esportazioni armi per contribuire alla lotta contro il traffico illecito di armi, ad un maggiore rispetto dei diritti umani e ad un grado più elevato di sicurezza e stabilità a livello internazionale. Analogamente al Codice di condotta, nella Dichiarazione si afferma che l'Elenco comune di attrezzature militari si configura quale impegno politico nell'ambito della PESC, in base al quale gli Stati assumono l'impegno di far sì che le rispettive legislazioni nazionali prevedano un controllo sull'esportazione di tutti i materiali inclusi nell'elenco.

Tra gli atti più rilevanti adottati a tale riguardo in ambito PESC si ricordi anche l'Azione Comune 2000/410 del 22 giugno 2000 relativa al controllo dell'assistenza tecnica riguardante taluni fini militari³⁵². L'atto, che nel secondo considerando afferma la necessità di istituire "un efficace sistema di controllo delle esportazioni che dovrebbe altresì includere, sulla base di criteri comuni, l'assistenza tecnica" è volto a incrementare i controlli da parte degli Stati sui cd. servizi di assistenza tecnica, definiti all'articolo 1 come « qualsiasi supporto tecnico di riparazione, perfezionamento, fabbricazione, assemblaggio, prova, manutenzione o altro servizio tecnico e che può assumere in particolare le seguenti forme: istruzione, formazione, trasmissione dell'apprendimento del funzionamento o della capacità o servizi di consulenza »³⁵³ comprese le forme orali di assistenza. All'articolo 2 si afferma che tale genere di assistenza deve essere sottoposta a controlli da parte dello Stato consistenti in divieti o richieste di autorizzazioni, allorché essa sia fornita fuori del territorio della Comunità europea da una persona fisica o giuridica stabilita nella Comunità europea e sia destinata, o il fornitore sia consapevole di tale sua destinazione, ad essere utilizzata « a fini di perfezionamento, produzione, manipolazione,

³⁵¹ V. Elenco comune delle attrezzature militari contemplate dal Codice di condotta dell'Unione Europea per l'esportazione di armi e la Dichiarazione del Consiglio, del 13 giugno 2000, in occasione dell'elenco comune delle attrezzature militari contemplato dal Codice di condotta dell'Unione europea per l'esportazione di armi (2000/C 191/01), reperibile in http://europa.eu.int/eur-lex/pri/it/oj/dat/2000/c_191/c_19120000708it00010019.pdf.

³⁵² Reperibile in http://www.mincomes.it/dualuse/dualuse_norme/2000_401_pesc.pdf.

³⁵³ Articolo 1 della Posizione Comune 2000/410.

funzionamento, manutenzione, deposito, individuazione, identificazione o disseminazione di armi chimiche, biologiche o nucleari o di altri congegni esplosivi nucleari o di perfezionamento, produzione, manutenzione o deposito di missili che possono essere utilizzati come vettori di tali armi »³⁵⁴. Gli Stati hanno altresì l'obbligo di considerare l'applicazione di tali controlli anche nei casi in cui l'assistenza tecnica riguarda fini militari diversi da quelli previsti all'articolo 2 e sia fornita ad uno Stato nei cui confronti vige un embargo sulle armi deciso da una posizione comune o da un'azione comune adottata dal Consiglio o da una decisione dell'OSCE o sia soggetto ad un embargo sulle armi imposto da una risoluzione vincolante del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite³⁵⁵. A tale scopo, si chiede agli Stati membri che ancora non abbiano inserito nella propria legislazione disposizioni in materia di controllo, di farlo.

Più di recente, il Consiglio UE ha adottato la Posizione Comune (2003/468/PESC) relativa al controllo dell'intermediazione di armi, in attuazione della misura n. 8 prevista nel Codice di condotta, nella quale si è convenuto di adottare una linea di governo comune tra gli Stati nel settore dell'intermediazione delle armi³⁵⁶. L'obiettivo alla base dell'adozione della Posizione Comune, come reso palese al suo articolo 1, è quello di controllare l'intermediazione di armi al fine di evitare che vengano elusi gli embarghi imposti dall'ONU, dall'UE o dall'OSCE sulle esportazioni di armi, nonché i criteri stabiliti nel Codice di condotta dell'UE per le esportazioni di armi e a tale scopo si afferma che gli Stati devono provvedere affinché la loro legislazione nazionale, vigente o futura, sia conforme alle disposizioni fissate nella Posizione. Per "attività di intermediazione" s'intendono le attività di persone o entità che « negoziano o organizzano transazioni che possono comportare il trasferimento di beni figuranti nell'elenco comune delle attrezzature militari da un paese terzo verso un qualsiasi altro paese terzo oppure che acquistano, vendono o dispongono il trasferimento di tali beni in

³⁵⁴ Articolo 2 della Posizione Comune 2000/410.

³⁵⁵ Articolo 3 della Posizione Comune 2000/410.

³⁵⁶ Posizione comune 2003/468/PESC del Consiglio del 23 giugno 2003 sul controllo dell'intermediazione di armi, in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/oj/2003/l_156/l_15620030625it00790080.pdf.

loro possesso da un paese terzo verso un qualsiasi altro paese terzo »³⁵⁷. Per darvi attuazione, si stabilisce che gli Stati devono adottare tutte le misure necessarie per controllare le attività di intermediazione di armi che si svolgono nel loro territorio, nonché devono controllare anche le attività di intermediazione svolte al di fuori del loro territorio da loro cittadini residenti o stabiliti nel loro territorio³⁵⁸. Nella Posizione è previsto inoltre che anche per le attività di intermediazione è necessario ottenere una licenza o un'autorizzazione dalle autorità dello Stato membro in cui si svolgono le attività mentre è previsto che gli Stati hanno l'obbligo di valutare le domande di licenza o di autorizzazione scritta per specifiche transazioni di intermediazione in base ai criteri previsti nel Codice di condotta dell'UE per le esportazioni di armi³⁵⁹.

Da quanto illustrato finora si comprende dunque che le compagnie militari, svolgendo in alcuni casi attività che concernono anche il trasferimento di armamenti o tecnologia militare o ancora di servizi di addestramento per l'utilizzo di quest'ultimi, sono suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina in vigore in ambito europeo concernente l'esportazione di armi.

Quanto al valore giuridico rivestito dal Codice di condotta europeo e dalle Posizioni Comuni adottate successivamente dal Consiglio nell'ambito della PESC, occorre anzitutto dire che esse non sono giuridicamente vincolanti. Può ritenersi che tali atti quantomeno impegnino politicamente gli Stati ad adottare delle regolamentazioni interne conformi con i principi in essi sanciti svolgendo in tal senso una funzione di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea³⁶⁰.

³⁵⁷ Articolo 3, par. 3, della Posizione Comune 2003/468/PESC.

³⁵⁸ Articolo 2, par. 1, della Posizione Comune 2003/468/PESC.

³⁵⁹ Articolo 3, par. 1, della Posizione Comune 2003/468/PESC.

³⁶⁰ Sul valore giuridico delle Posizioni e delle Azioni comuni, si veda ZANGHÌ C., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea verso una Costituzione europea*, Torino, 2005, in part. pp. 71-75. A proposito degli strumenti della Politica Estera e di Sicurezza Comune, l'a. afferma che « [...] nei settori nei quali esistono importanti interessi in comune e nei quali si ritiene necessario un intervento operativo dell'Unione, sono previste, [...] le azioni comuni da realizzare progressivamente. [...] Le azioni comuni impegnano gli Stati membri nell'ambito della condotta delle loro azioni. Si tratta di un preciso impegno politico, espresso in maniera estremamente chiara, anche se non sottoposto a controllo giurisdizionale [...]. A differenza delle azioni comuni, le posizioni comuni servono ad orientare le politiche nazionali degli Stati membri. Il loro contenuto può essere il più diverso ma obbliga sempre gli Stati membri in funzione della volontà espressa di prendere posizione in una questione internazionale ». L'a. peraltro afferma che nell'ambito dei lavori

A tale proposito, occorre dare conto del fatto che alcuni Stati, nell'adozione di regolamentazioni interne riguardanti l'ambito in questione, hanno recepito alcuni principi sanciti nel Codice di condotta e nei successivi atti. Un esempio è costituito dal *British Export Control Act*, adottato dal governo inglese nel 2002 ed entrato in vigore nel 2004, il quale ha recepito lo *Statement of Principles on Trafficking and Brokering*, pubblicato nel Terzo Rapporto Annuale del Codice di condotta dell'11 dicembre 2001, e l'Azione Comune adottata dal Consiglio il 22 giugno 2000 relativa al controllo dell'assistenza tecnica riguardante taluni fini militari ³⁶¹. A termini dell'*Export Control Act*, è sottoposto ad un controllo da parte del governo il trasferimento di tecnologia, compiuto da un individuo o da un luogo all'interno del territorio del Regno Unito, o anche da un individuo o da un luogo all'esterno del territorio, ma sottoposto al controllo di un individuo che si trova nel territorio, verso un individuo o un luogo all'estero o all'interno del territorio inglese ³⁶². Per tecnologia s'intende qualsiasi informazione che sia "capable of use in connection with a) the development, production or use of any goods or software; b) the development of, or the carrying out of, an industrial or commercial activity or an activity of any other kind whatsoever" ³⁶³. Nell'elenco allegato si precisa che i controlli all'esportazione ed al commercio possono essere imposti in relazione all'equipaggiamento militare (armi da fuoco ed altre armi o beni che siano per uso militare), a beni dai quali possa ricavarsi una tecnologia militare, alla tecnologia militare ed alla tecnologia

preparatori del Trattato di Amsterdam, il controllo del trasferimento della tecnologia militare verso i Paesi terzi e l'esportazione delle armi è stata indicata come una tra le questioni di cui il Consiglio avrebbe dovuto occuparsi nell'ambito della PESC. Nello stesso senso v. anche WESSEL R. A., *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, The Hague, 1999, in part. p. 172. L'a., oltre a rifarsi all'art. 15, par. 2, del Trattato UE secondo cui « Member States shall ensure that their national policies conform to the Common Positions », afferma che « [...] after all, whatever the Council decides in a Common Position, member States have declared their commitment to adapt their national policies to that decision ». Sul codice di condotta europeo e il suo valore giuridico, v. STOEL J. T., *Codes of Conduct on Arms Transfers – The Movement Toward a Multilateral Approach*, in *Law & Policy International Business*, 1999-2000, pp. 1285-1315.

³⁶¹ Il testo del *British Export Control Act* 2002 è reperibile in <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?LegType=All+Primary&PageNumber=10&NavFrom=2&parentActiveTextDocId=1472077&ActiveTextDocId=1472077&filesize=43176>. Il *British Export Control Act* 2002 è stato successivamente completato con l'adozione dell'*Export of Goods, Transfer of Technology and Provision of Technical Assistance (Control) Order* 2003 e dal *Trade in Controlled Goods (Embargoed Destinations) Order* 2004, reperibili in <http://www.dti.gov.uk/files/file8212.pdf>. In dottrina v. KRAHMANN E., *Private Military Services in the UK and Germany*, op. cit., pp. 287-288.

³⁶² Art. 2, lett. a-d, della legge.

³⁶³ Art. 2, par. 6, della legge.

finalizzata all'ambito militare³⁶⁴. È interessante notare che l'*Export Control Act* indica come “relevant consequences” del mancato controllo da parte del governo sull'esportazione ed il trasferimento di tecnologia militare le minacce poste alla sicurezza nazionale del Regno Unito e degli altri Stati, la minaccia per la stabilità di una regione o di uno Stato, la proliferazione di armi di distruzione di massa, la violazione di norme di diritto internazionale e dei diritti umani, minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale, repressioni all'interno di Stati, il supporto al terrorismo³⁶⁵.

Anche la Germania, attraverso il *German Export Control Order*, ha di recente esteso i controlli sull'esportazione all'assistenza tecnica per lo sviluppo di armi di distruzione di massa e per i beni con “military end-used” destinati ad un paese soggetto ad embargo nazionale o internazionale³⁶⁶. In base alla normativa tedesca, l'assistenza tecnica comprende “military services such as the repair, development, construction, montage, testing, maintenance, as well as teaching, training, and the supply of know-how”³⁶⁷. La legislazione tedesca prevede che per il traffico e l'intermediazione di armi che facciano parte della lista nazionale di controllo o siano dirette verso Stati ai quali si applica l'embargo, sia inoltrata agli organi di governo una richiesta di autorizzazione specifica. Inoltre in Germania i servizi militari, quali ad esempio l'addestramento di personale che svolge l'attività con equipaggiamento militare in un paese in cui vige l'embargo, sono sottoposti ai controlli nazionali indipendentemente dal fatto che l'addestramento sia compiuto da cittadini tedeschi all'estero o da stranieri residenti sul territorio tedesco.

7. Le iniziative adottate sul piano internazionale che si rivolgono alle imprese multinazionali ed i codici di condotta adottati dalle associazioni di categoria rappresentative del settore militare privato

³⁶⁴ Schedule. *Categories of goods, technology and technical assistance*. Sezione 5 della legge.

³⁶⁵ *Relevant Consequences*.

³⁶⁶ V. KRAHMANN E., *Controlling Private Military Companies: The United Kingdom and Germany*, reperibile in <http://www.isanet.org/portlandarchive/krahmann.pdf>.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

Al fine di completare il quadro giuridico applicabile alle compagnie militari e della sicurezza private, occorre prendere in considerazione anche le iniziative adottate da organismi internazionali ovvero dalle associazioni di categoria delle compagnie stesse. Tali atti, definiti come codici di condotta, sono soliti distinguersi in codici di condotta “esterni” ed “interni”³⁶⁸. Con la prima definizione, s’intende i codici di condotta che sono stati elaborati da soggetti esterni all’impresa – ad esempio da organizzazioni internazionali o da autorità governative nazionali – i quali rappresentano, come affermato in dottrina, un “tentativo esogeno di regolamentazione”³⁶⁹ indirizzato all’impresa; mentre con la seconda definizione ci si riferisce ai codici di condotta formulati da una singola società o da un’associazione di categoria allo scopo di dettare delle regole di comportamento valide per i propri dipendenti, sia dirigenti sia lavoratori.

Con riguardo ai codici di condotta “esterni”, occorre prendere in considerazione anzitutto quelle iniziative che sono state adottate dalle maggiori organizzazioni internazionali allo scopo di regolamentare il settore delle imprese multinazionali nella cui definizione rientrano, almeno per la gran parte, anche le compagnie militari e della sicurezza private³⁷⁰. Si tratta delle proposte di codici di regolamentazione, quali le *Draft Norms of Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* preparate dal *Working Group*, le quali sono state redatte dalla sotto-Commissione delle Nazioni Unite per la promozione e la protezione dei diritti umani, al fine di “contribute to the drafting of relevant norms concerning human rights and transnational corporations and other economic units whose activities have an impact on human rights”³⁷¹.

Si deve fare riferimento altresì anche a linee guida formulate da organismi internazionali, a cui le attività delle multinazionali devono attenersi, come le

³⁶⁸ V. PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione, clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999, in part. pp. 261-266.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 264.

³⁷⁰ Con il termine impresa multinazionale, ci riferiamo ad una “economic entity operating in more than one country or a cluster of economic entities operative in two or more countries whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively”, come definita nelle *Draft Norms of the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, in <http://www1.umn.edu/humanrts/links/NormsApril2003.html>.

³⁷¹ V. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2001/3.

Guidelines for Multinational Enterprises formulate dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OECD)³⁷². In tali documenti si prevede il rispetto da parte delle multinazionali di alcuni diritti e principi riconosciuti sul piano internazionale, tra i quali, tra l'altro, il rispetto dei diritti umani e della sovranità dello Stato in cui esse operano³⁷³.

Per quanto concerne i codici di condotta "interni", anche le compagnie militari e della sicurezza, analogamente a quanto compiuto anche da altre imprese multinazionali, hanno adottato dei propri codici di condotta in cui sono stabiliti i principi che le compagnie si impegnano a rispettare nello svolgimento delle proprie attività. L'adozione di tali codici si è avuta peraltro in coincidenza con la nascita di alcune associazioni rappresentative delle maggiori compagnie militari presenti nei principali Stati di sede del settore, cioè gli Stati Uniti e il Regno Unito. Tali associazioni, sorte allo scopo di promuovere il settore militare privato e pubblicizzare il settore militare privato come rispettabile e credibile, tendono a presentarsi come delle organizzazioni che garantiscono il rispetto dei principi sanciti nei codici di condotta da parte delle compagnie militari private che ne sono membri³⁷⁴.

L'*International Peace Operations Associations* (IPOA) è l'associazione che comprende le principali compagnie militari private presenti nel territorio statunitense³⁷⁵, la quale ha adottato un codice di condotta nel quale sono stabiliti i principi ai quali i suoi membri dovrebbero attenersi³⁷⁶ che vanno dal rispetto da parte delle compagnie delle norme sui diritti umani alle regole che le compagnie dovrebbero rispettare nei rapporti con i loro dipendenti.

Con particolare riguardo al rispetto delle norme sui diritti umani, nel Preambolo del codice si afferma che il suo scopo è quello di assicurare il

³⁷² Il documento è reperibile in <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

³⁷³ Cfr. lett. E delle *Draft Norms of the Responsibility of Transnational Corporations*, op. cit. *supra* nota 124, in cui si afferma che « transnational corporations and other business enterprises shall recognize and respect applicable norms of international law; national laws; regulations [...] and authority of the countries in which the enterprises operate »; si veda anche il par. 2 delle *General Policies* delle OECD *Guidelines for Multinational Enterprises*, op. cit. *supra* nota 126, nel quale si afferma che « Enterprises should take fully into account established policies in the countries in which they operate [...] In this regard, enterprises should respect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government's international obligations and commitments ».

³⁷⁴ Per una distinzione tra "good" e "bad firms", v. PERRIN B., *Promoting Compliance of Private Security and Military Companies*, op. cit., pp. 632-633.

³⁷⁵ V. il sito dell'associazione in <http://ipoaonline.org/php/>.

³⁷⁶ Il Codice di condotta adottato dall'IPOA è reperibile nel suo sito http://ipoaonline.org/php/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=109.

rispetto di “ethical standards” da parte delle compagnie membri dell’associazione che operano in situazioni di conflitto o *post-conflict* e, a tale scopo, l’associazione incoraggia le compagnie firmatarie “to follow all rules of international humanitarian law and human rights law that are applicable as well as all relevant international protocols and conventions”, le quali comprendono, tra l’altro, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo adottata dall’Assemblea Generale nel 1948, le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli addizionali del 1977, la Convenzione contro la tortura del 1975, la Convenzione sulle armi chimiche del 1993 ed i Principi volontari sulla sicurezza e sui diritti umani del 2000³⁷⁷.

Tra i principi ai quali le compagnie devono attenersi, vi è non solo il rispetto dei diritti umani³⁷⁸, ma anche la trasparenza delle attività³⁷⁹, l’esercizio di un controllo nei confronti dei *contractors* e il pieno sostegno che le compagnie devono fornire alle autorità statali ai fini della punizione per eventuali violazioni³⁸⁰, nonché la garanzia che le compagnie devono prestare nel senso di lavorare solo per governi legittimi e riconosciuti sul piano internazionale, per organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative e società private³⁸¹ oltre che l’attenzione che le compagnie stesse devono prestare per il rispetto degli standard fissati nel Codice da parte di eventuali loro *subcontractors*³⁸².

Analoga iniziativa è stata intrapresa anche da un’altra associazione nel Regno Unito, la *British Association of Private Security Companies*³⁸³, la quale nel suo atto istitutivo afferma che i membri dell’Associazione “agree to follow all rules of international, humanitarian, and human rights law that are applicable as well as all relevant international protocols and conventions and

³⁷⁷ I Principi volontari sulla sicurezza e sui diritti umani costituiscono un’iniziativa avviata nel 2000 dai governi statunitense, inglese, norvegese e olandese, insieme con alcune organizzazioni non governative ed alcune imprese multinazionali, al fine di promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle società nelle zone in cui esse operano. I principi sono reperibili nel sito dell’iniziativa, in <http://www.voluntaryprinciples.org/principles/index.php>.

³⁷⁸ Principio n. 1 del codice di condotta.

³⁷⁹ Principio n. 2 del codice di condotta.

³⁸⁰ Principio n. 3 del codice di condotta.

³⁸¹ Principio n. 4.1 del codice di condotta.

³⁸² Principio n. 10.2 del codice di condotta.

³⁸³ V. il sito <http://www.bapsc.org.uk/>, nel quale si dichiara che la BAPSC « work to promote the interests and regulate the activities of UK based firms that provide armed defensive security services in countries outside the UK ».

further agree to subscribe to and abide by the ethical standards of the association”³⁸⁴.

Riguardo al loro valore giuridico, bisogna anzitutto negare che esse abbiano un valore giuridico analogo a quello conferito alle tradizionali fonti di diritto internazionale. Tuttavia, come sostenuto anche da autorevole parte della dottrina, non può non sottolinearsi la loro rilevanza nella misura in cui essi costituiscono degli atti di carattere programmatico e, in quanto tale, suscettibili di influenzare il comportamento dei soggetti destinatari³⁸⁵. In particolare, essi potrebbero fungere da integrazione della normativa statale applicabile alle imprese e, in questo senso, si deve rilevare il ruolo cruciale che gli Stati svolgono, in particolare quelli ospitanti,³⁸⁶. A tale proposito, è da sottolineare che il progetto di legge afgano precedentemente esaminato, menziona tra le condizioni che le compagnie di sicurezza operanti nel proprio territorio devono soddisfare, anche l'adozione da parte delle medesime del Codice di condotta redatto dall'*IPOA*³⁸⁷.

Infine non devono a nostro parere sottovalutarsi gli effetti, anche se non strettamente giuridici, della mancata adozione o del mancato rispetto di tali codici da parte delle compagnie. Ciò infatti – come si è avuto modo di riscontrare nel corso del nostro lavoro osservando il comportamento delle medesime a partire dagli inizi dello sviluppo del fenomeno ad oggi – determina una sorta di “pubblicità negativa”³⁸⁸ screditando la compagnia quale “soggetto responsabile e ... degno di fiducia”³⁸⁹ e producendo, al contempo, una sorta di meccanismo virtuoso nel senso di far equivalere l'adozione di tali codici ad una forma di garanzia minima di rispettabilità e professionalità nello svolgimento dell'attività.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ In dottrina, v. SALERNO F., *La regolamentazione internazionale dei rapporti di lavoro con imprese multinazionali*, Milano, 1986, in part. p. 127. Secondo l'a., i codici di condotta al momento dell'adozione rappresenterebbero « [...] in modo piuttosto sperimentale, i prodromi di un nuovo assetto sociale e normativo in cui appare arduo stabilire se si tratta di regole di natura morale e giuridica, trattandosi di distinzioni che non sono facilmente fattibili nella fase primitiva di formazione della coscienza dei consociati ».

³⁸⁶ *Ibidem*, in part. p. 185, in cui l'a., traendo spunto dall'esperienza delle imprese multinazionali nel Sud Africa nel periodo di *apharteid*, afferma che « [...] l'efficacia materiale dei codici di condotta è in pratica condizionata dall'atteggiamento dello stesso apparato di governo locale a favorirla ».

³⁸⁷ V. *supra*, p. 152.

³⁸⁸ SALERNO, *op. cit.*, p. 151.

³⁸⁹ PERULLI, *op. cit.*, p. 302.

8. Considerazioni conclusive

A conclusione di questo capitolo, vorremmo esprimere alcune considerazioni. Tra gli scopi del presente capitolo, vi è stato quello di cercare di dimostrare, e implicitamente rispondere a coloro i quali in dottrina hanno parlato di un “legal vacuum”, che le compagnie militari e della sicurezza private si inseriscono, pur possedendo dei caratteri innovativi per alcuni aspetti, in un quadro giuridico dai caratteri abbastanza definiti, almeno per quanto concerne gli obblighi degli Stati.

La nostra trattazione ha inteso sottolineare il fatto che le compagnie militari private si muovono all'interno di un sistema internazionale inter-statale dal quale è necessario partire per stabilire quali obblighi hanno *in primis* gli Stati nei confronti delle compagnie militari private. A partire quindi dalle legislazioni che attualmente alcuni Stati hanno emanato al fine di regolare le attività delle compagnie ed inserendo il nostro discorso nel quadro più ampio degli obblighi che gli Stati hanno in base al diritto internazionale sui diritti umani, si intende ricostruire il regime giuridico che si applica alle compagnie militari private.

Dalla trattazione non vi è voluto comunque escludere i documenti di *soft law* emanati sul piano internazionale, quali il progetto di norme sulla responsabilità delle imprese multinazionali redatto dal *Working Group* delle Nazioni Unite e le *Guidelines* formulate nell'ambito dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico che si rivolgono direttamente all'attività delle compagnie militari private, nonché i codici di condotta che le stesse associazioni delle maggiori compagnie militari private hanno adottato.

Le diverse posizioni, soprattutto degli diversi Stati che sono coinvolti nelle attività delle compagnie militari private, saranno riprese nella Parte Seconda del lavoro al fine di illustrare il regime degli obblighi internazionali che gli Stati hanno nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza private e alcuni problemi riguardanti la responsabilità internazionale che ne derivano.

SECONDA PARTE

LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STATI PER GLI ATTI DELLE COMPAGNIE MILITARI PRIVATE E DEI SINGOLI CONTRACTORS COMPIUTI IN VIOLAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

I Capitolo

La responsabilità dello Stato d'impiego per gli atti compiuti dai *contractors*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — SEZIONE I. La disciplina sulla responsabilità degli Stati derivante dai regimi convenzionali in tema di mercenari. 1. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione ONU, nel caso di impiego di *contractors* che ricadono nella definizione di mercenario. — 2. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione OAU, nel caso di impiego di *contractors* che ricadono nella definizione di mercenario. — SEZIONE II. L'applicazione del regime generale sulla responsabilità degli Stati nei casi di impiego di compagnie militari private. 1. Introduzione. — 2. Il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato. Un'analisi dei presupposti sulla base dei quali è stato redatto. — 3. Il criterio di attribuzione previsto all'articolo 5 del Progetto di articoli. — 3.1. Il carattere relativo della nozione di "funzione sovrana". — 3.2. L'attuale processo di "outsourcing" delle attività inteso diversamente dal processo di privatizzazione delle funzioni previsto nel Progetto. — 4. Il criterio di attribuzione previsto all'articolo 8 del Progetto di articoli. — 5. Gli obblighi degli Stati di impiego nei confronti delle compagnie militari private. — 5.1. Gli obblighi internazionali dello Stato d'impiego derivanti dalla tutela dei diritti umani. — 5.1. a). L'obbligo di addestramento dello Stato d'impiego. — 6. L'obbligo di istituire dei meccanismi giurisdizionali finalizzati alla punizione dei *contractors* e delle compagnie militari private per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario compiute nell'ambito dello svolgimento dell'attività. — a) *Il caso Passaro dinanzi alla Corte distrettuale del Nord Carolina, negli Stati Uniti*. — b) *Procedimenti contro le compagnie militari private per la violazione di norme interne*. — i) *Saleh et al. v. Titan Corporation et al.* — Ricorso presentato per la violazione delle clausole del contratto di impiego. — R. P. Nordan .v. *Blackwater Security Consulting*. c) *Procedimenti contro le compagnie militari private per la violazione di norme internazionali*. — i) *Atban, et al. v. Blackwater USA, et al.*; ii) *Estate of A. H. Albazzaz c. Blackwater Worldwide et al.* — 6.1. — Alcune considerazioni in merito all'obbligo di istituire dei meccanismi giurisdizionali. 6.2. — L'inchiesta avviata dalla Commissione del Congresso statunitense riguardante le attività compiute dalla *Blackwater* in Iraq e Afghanistan. — 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dopo aver analizzato nella prima parte del lavoro alcune questioni volte a chiarire il regime giuridico che si applica nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza private, nella seconda parte intendiamo affrontare alcuni dei problemi di responsabilità derivanti dall'impiego delle compagnie militari private da parte degli Stati, tra cui vi è quella se lo Stato che ricorre ai

contractors risponde sul piano internazionale per le violazioni da loro commesse durante lo svolgimento dell'attività.

Occorre precisare fin dall'inizio che in questo capitolo verrà analizzata solo la responsabilità dello Stato d'impiego, distinta dalla responsabilità degli altri Stati coinvolti nel dispiegamento del personale *contractor*, che sono lo Stato in cui la compagnia ha la sede principale e lo Stato sul cui territorio i *contractors* sono dispiegati, i quali saranno esaminati nei capitoli successivi della presente parte³⁹⁰.

Tale precisazione si rende necessaria poiché in ciascuna delle ipotesi illustrate il collegamento tra lo Stato e la compagnia appare diverso. In particolare, nel caso dello Stato d'impiego il nesso che si crea tra lo Stato e la compagnia è quello appunto dell'impiego sulla base del contratto di diritto privato, mentre nel caso dello Stato di sede, il legame è quello della "nazionalità" della compagnia intesa qui come Stato in cui essa ha la propria sede principale; infine nel caso dello Stato ospitante, il nesso è quello della territorialità considerato che i *contractors* svolgono l'attività sul territorio di uno Stato. Ciascuno di questi criteri sarà dunque preso in considerazione ai fini di una ricostruzione degli obblighi dello Stato.

Per quanto concerne dunque la responsabilità dello Stato d'impiego, ci sembra che un punto di partenza utile alla nostra trattazione sia quello di distinguere i diversi regimi giuridici nei quali i *contractors* sono suscettibili di ricadere. Tale distinzione permette di individuare quando ai *contractors* possono applicarsi le norme internazionali concernenti i mercenari le quali prevedono anche degli obblighi per gli Stati. Per quanto riguarda le attività svolte dai *contractors* che non rientrano nel suddetto regime riteniamo che, ai fini della ricostruzione della responsabilità dello Stato d'impiego, sia necessario compiere un ragionamento che prenda le mosse anzitutto dalla

³⁹⁰ A tale proposito, occorre precisare da subito che non in tutte le situazioni di impiego dei *contractors* si ha la presenza di tre Stati poiché può succedere, ad esempio, che lo Stato d'impiego coincida con lo Stato di sede della compagnia o con lo Stato ospitante. Per quanto riguarda la prima ipotesi, si consideri ad esempio l'impiego da parte del governo degli Stati Uniti di compagnie militari private e di sicurezza private aventi la loro sede principale sul territorio statunitense, come la *Dyn Corp* e la *Blackwater* le quali sono state impiegate dagli Stati Uniti in Iraq ed in Afghanistan. Per quanto concerne la seconda ipotesi, si ricordi a titolo di esempio, il caso dell'impiego da parte del governo della Papua Nuova Guinea di personale della compagnia *Sandline International* da dispiegare sul proprio territorio per contrastare il movimento insurrezionale ed anche, per il medesimo scopo, l'impiego da parte dei governi dell'Angola e della Sierra Leone di personale della compagnia militare *Executive Outcomes*.

possibilità di applicare ai *contractors* i criteri di attribuzione di un atto di privati allo Stato come previsti nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato redatto dalla Commissione di diritto internazionale approvato in seconda lettura nel 2001. Infine, nell'ultima parte del capitolo, saranno presi in esame gli obblighi, derivanti dal diritto internazionale generale e convenzionale, per gli Stati che impiegano le compagnie militari e di sicurezza private.

SEZIONE I. LA DISCIPLINA RELATIVA ALLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI DERIVANTE DAI REGIMI CONVENZIONALI IN TEMA DI MERCENARI.

1. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite, nel caso di impiego di *contractors* che ricadono nella definizione di mercenario

Intendiamo iniziare la trattazione riguardante la responsabilità dello Stato d'impiego dall'analisi dell'ipotesi in cui i *contractors* sono arruolati per svolgere funzioni che prevedono attività di combattimento. Si è già visto che in alcune di queste ipotesi i *contractors*, per le caratteristiche che presentano, possono essere definiti come mercenari e ai quali dunque può applicarsi la disciplina convenzionale. Avendo riguardo dunque alla disciplina convenzionale, in particolare alla Convenzione delle Nazioni Unite, analizziamo le ipotesi in cui uno Stato può essere ritenuto responsabile per l'impiego di *contractors*. In base alla Convenzione delle Nazioni Unite, i *contractors* ricadono nella definizione di mercenario nei casi in cui essi siano arruolati allo scopo di combattere in un conflitto armato, interno e internazionale ai sensi dell'art. 1, par. 1 della Convenzione e, in secondo luogo, i *contractors* arruolati per svolgere funzioni di sicurezza le quali prevedano il compimento di azioni armate, di una certa entità, volte alla destabilizzazione di uno Stato, al rovesciamento di un governo. Si ricordi, a tale proposito, che nella nozione di "destabilizzazione di uno Stato" sono suscettibili di rientrare anche azioni armate, sempre che esse siano di una certa intensità, volte a minare gli elementi costitutivi di uno Stato, e cioè il territorio, la popolazione e la sua indipendenza.

Per quanto riguarda lo Stato d'impiego, la Convenzione pone agli Stati Parti, tra l'altro, un divieto di utilizzo di mercenari, come definiti nella stessa. Dunque, da ciò ricaviamo che, per quanto riguarda i *contractors*, gli Stati Parti alla Convenzione hanno l'obbligo di non impiegarli nelle situazioni nelle quali essi ricadono nella definizione.

Ma cosa prevede la Convenzione ONU in termini di responsabilità dello Stato? La Convenzione, dopo aver enunciato gli obblighi che hanno gli Stati Parti, non presenta una disciplina specifica sulla responsabilità dello Stato. L'unica disposizione che la riguarda è una clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 16, par. 1, secondo cui la Convenzione si applica senza pregiudicare l'applicazione delle regole relative alla responsabilità degli Stati. La scarsità di disposizioni sull'argomento non è casuale bensì rispecchia una profonda divergenza tra gli Stati³⁹¹. Proprio al fine di prendere in considerazione le diverse posizioni degli Stati sul punto, appare opportuno fare riferimento ai dibattiti intercorsi nell'ambito dei lavori preparatori.

Da una parte vi erano gli Stati africani e socialisti secondo i quali la Convenzione non solo avrebbe dovuto disciplinare le diverse attività collegate a quella di combattimento del singolo mercenario – comprendendo, ad esempio, l'attività di reclutamento, di finanziamento, di organizzazione ecc. – rientranti nel concetto di “mercenarismo”, ma avrebbe anche dovuto prevedere per ciascuno di esse la responsabilità dello Stato. Lo Stato quindi doveva ritenersi responsabile non solo nell'ipotesi in cui avesse impiegato truppe di mercenari, ma anche nel caso in cui avesse solamente “tollerato” che sul proprio territorio venissero compiute tali attività. Secondo tale gruppo di Stati, uno Stato doveva essere considerato responsabile per gli atti commessi all'estero da singoli individui o gruppi di privati nel caso in cui essi fossero

³⁹¹ Riguardo all'apposizione di tale clausola, v. in dottrina quanto affermato da TREVES T., *La Convention de 1989 sur les mercenaires*, cit., p. 531, secondo il quale « [C]ette disposition superflue s'explique encore une fois comme résultat de compromis, au moins apparent, entre la position des Etats occidentaux qui ne voulaient aucune mention de la responsabilité internationale, et celle des Etats du Groupe des Non-Alignés qui voulaient dire non seulement que la violation par un Etat des obligations prévues à l'article 5 constitue 'un fait internationalement illicite engageant la responsabilité internationale de cet Etat', mai aussi que 'tout Etat parties est tenu de réparer les dommages résultant d'un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente Convention' ». Di recente, riguardo il contrasto tra norme che si manifestò nel corso dei lavori preparatori, in particolare il contrasto tra la norma sul divieto di impiego, reclutamento, finanziamento ecc. di mercenari, e le norme sulla responsabilità dello Stato, v. PERCY S. V., *Mercenaries: Strong Norm, Weak Law*, in *International Organization*, 2007, pp. 367-397.

suoi cittadini ovvero avessero organizzato l'operazione sul proprio territorio. Peraltro, tale gruppo di Stati premeva per definire il "mercenarismo", inteso come insieme di tutte le attività mercenarie, come un crimine contro la pace e la sicurezza internazionale con conseguenze dunque aggravate sul piano della responsabilità dello Stato ³⁹².

Dall'altra parte, vi erano gli Stati occidentali, contrari all'introduzione nella Convenzione di una nozione di responsabilità assoluta ("strict responsibility") dello Stato per atti dei propri cittadini all'estero, la quale non trovava corrispondenza né nel diritto internazionale generale che prevedeva la responsabilità dello Stato solo per azioni o omissioni commessi da propri organi né nell'approccio seguito dalla Commissione di diritto internazionale e che in quegli anni stava lavorando al Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato ³⁹³. Inoltre, secondo questi Stati, appariva impraticabile per lo Stato esercitare un controllo nei confronti di tutti gli atti commessi all'estero dai propri cittadini. Lo Stato, in tali situazioni, doveva rispondere, secondo quanto affermato da questo gruppo di Stati, solo per l'eventuale violazione degli obblighi di "due diligence" ossia per la mancata adozione delle misure di controllo sul proprio territorio.

Alla luce di ciò, può dunque ricostruirsi la disciplina applicabile allo Stato d'impiego in base alla Convenzione. Tralasciando in questo capitolo gli

³⁹² In particolare, gli Stati africani premevano per l'introduzione nel testo della Convenzione di una disposizione analoga a quella contenuta all'art. 1, par. 2, della Convenzione OAU. Tale opinione si basava sul fatto che i mercenari erano sempre stati utilizzati come uno strumento per violare la sovranità e l'eguaglianza degli Stati e per minacciare i processi di autodeterminazione dei popoli, in violazione dei principi sanciti nella Carta delle Nazioni Unite con la conseguenza dunque che « [...] the future convention should unequivocally characterize mercenaries as criminals, bearing individual responsibility for their acts, and recognize the responsibility of States which did not prohibit the recruitment of their nationals as mercenaries, allowed mercenaries to be transported through their respective territories or in any other manner contributed to the criminal activities of mercenaries », in *Report of the Ad Hoc Committee*, cit., *Supplement No. 43 (A/36/43)*, United Nations, New York, 1981, par. 15, pag. 6.

³⁹³ *Ibidem*, par. 43, pag. 14, in cui si afferma « [...] the approach adopted by the International Law Commission lead to the conclusion that State responsibility for the activities of mercenaries would arise if the mercenary were an organ of the State or if he were in fact acting on behalf of the State, whereas if the mercenary were not acting on behalf of the State of which he was a national, that State did not incur responsibility towards another State by reason of the mercenary's activities in the territory of that State. Attempting to create a new rule of strict or absolute liability for the private, independent activities of a State's citizens outside the national territory would, it was maintained, depart from both the International Law Commission's approach and international jurisprudence. [...] Under general international public law [...] States had the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands, including mercenaries, for incursion into the territory of another State; they also had the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of other States, which included the obligation not to organize, assist, foment, finance, incite or tolerate armed activities directed towards the violent overthrow of a régime of another State, as well as the obligation not to interfere in civil strife in another State ».

obblighi di prevenzione e punizione che la Convenzione impone agli Stati, i quali interessano maggiormente lo Stato di sede della compagnia militare privata o anche lo Stato ospitante, occorre affermare che dalla Convenzione si ricava che lo Stato si rende responsabile degli atti commessi dai *contractors* qualora essi siano impiegati in situazioni nelle quali sono assimilabili a dei “mercenari”. La Convenzione infatti, lasciando impregiudicata la questione sulla responsabilità dello Stato e rifacendosi al diritto internazionale generale, sembrerebbe implicitamente affermare che lo Stato Parte alla Convenzione nel caso in cui arruoli i mercenari, o gli attuali *contractors* nelle ipotesi previste, si rende responsabile delle loro azioni. Dunque uno Stato Parte alla Convenzione delle Nazioni Unite deve ritenersi responsabile delle azioni dei *contractors* qualora li impieghi allo scopo di combattere in contesti di conflitto armato interno e internazionale, nonché in qualsiasi altro contesto, diverso dal conflitto armato, in cui i *contractors* compiano azioni armate di una certa intensità volte alla destabilizzazione dello Stato, la quale è possibile attraverso i modi esaminati in precedenza.

Non sembra possibile definire tale responsabilità, per il solo impiego di mercenari, come una responsabilità dello Stato *per crimini*. Nonostante infatti nei lavori preparatori ciò fosse oggetto di una pretesa da parte soprattutto degli Stati africani, tale posizione non ha trovato il consenso da parte della generalità degli Stati.

2. La responsabilità dello Stato, ai sensi della Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana, nel caso di impiego di *contractors* che ricadono nella definizione di mercenario

Venendo alla disciplina riguardante la responsabilità dello Stato prevista nella Convenzione per l'eliminazione del mercenarismo in Africa, occorre compiere alcune considerazioni poiché essa presenta alcune caratteristiche che la distinguono dalla Convenzione ONU.

Va detto infatti che la Convenzione prevede la responsabilità dello Stato per l'impiego di mercenari solo nell'ipotesi in cui essi siano arruolati allo scopo di opporsi con la violenza armata ad un processo di autodeterminazione

o di minacciare l'integrità territoriale di un altro Stato ovvero solo quando tale impiego costituisca il crimine di mercenarismo, ai sensi dell'art. 1, par. 2³⁹⁴. Ciò si ricava dalla lettura della disposizione contenuta nell'art. 5, par. 2, il quale costituisce l'unica disposizione della Convenzione riguardante la responsabilità dello Stato. In tale articolo si afferma che qualora uno Stato sia accusato di un'azione o di un'omissione considerata "criminale" ai sensi della Convenzione medesima, nella quale rientra l'impiego di mercenari, qualsiasi altro Stato Parte può invocare la violazione dinanzi ad un organo competente dell'Organizzazione o anche dinanzi ad un organo di un'altra organizzazione internazionale o ad un tribunale.

Sul presupposto che i *contractors* impiegati in contesti di conflitto armato internazionale ricadono nella definizione di mercenario contenuta nella Convenzione, ne consegue che, sempre sulla base della Convenzione, gli Stati sono responsabili degli atti da essi compiuti solo quando il loro impiego ricade nelle ipotesi che costituiscono il crimine di mercenarismo e cioè in caso di azioni armate rivolte contro uno Stato o contro un processo di autodeterminazione. La Convenzione dell'OAU dunque non vieta agli Stati di ricorrere ai mercenari o ai *contractors* per svolgere attività, anche di combattimento, all'interno del proprio territorio per opporsi, ad esempio, ad un movimento ribelle o riconquistare una parte del proprio territorio.

Ciò, nonostante costituisca un problema per i *contractors* i quali sono utilizzati soprattutto dagli Stati africani per reprimere movimenti ribelli all'interno del proprio territorio, non deve sorprendere alla luce delle ragioni, già considerate, che hanno condotto alla conclusione della Convenzione. È chiaro infatti che fu proprio l'esigenza degli Stati o dei nascenti Stati africani di tutelare la propria integrità territoriale e la propria indipendenza da una minaccia proveniente dall'esterno, quale si presentava il mercenario nel periodo della decolonizzazione, a spingere alla formulazione e successivamente alla ratifica della Convenzione.

³⁹⁴ Si ricordi che l'articolo 1, paragrafo 2, della Convenzione OAU afferma: « The crime of mercenarism is committed by the individual, group or association, representative of a State and the State itself who with the aim of opposing by armed violence a process of self-determination stability or the territorial integrity of another State, that practises any of the following acts: (a) shelters, organises, finances, assists, equips, trains, promotes, supports or in any other manner employs bands of mercenaries ».

Appare dunque opportuno a questo punto compiere una breve considerazione circa la portata del crimine di mercenarismo come previsto nella Convenzione con riguardo alle conseguenze derivanti sul piano della responsabilità dello Stato. In particolare, ci sembra che la connotazione di “crimine di mercenarismo”, presente nella Convenzione e riferita ad una serie di attività “mercenarie” collegate all’azione svolta dal singolo individuo, abbia delle ripercussioni non tanto sul piano della responsabilità dello Stato che impiega i mercenari quanto nei confronti di tutti gli Stati Parti alla Convenzione sul territorio dei quali tali attività illecite possono svolgersi ³⁹⁵. La connotazione di attività “criminali” che la Convenzione fornisce sembra infatti essere rivolta a proibire a tutti gli Stati africani di non tollerare attività collegate con il mercenarismo, considerato come una minaccia per il continente africano. Appare dunque che la connotazione di crimine data al mercenarismo sia da interpretare soprattutto nel senso di un divieto per gli Stati di permettere che attività mercenarie siano condotte sul proprio territorio e dunque che assuma una maggiore rilevanza per quanto riguarda la responsabilità dello Stato di sede, che sarà analizzata più approfonditamente nel capitolo successivo. Tale interpretazione sembra la più adeguata anche tenendo conto della posizione che gli Stati africani mantennero durante i lavori preparatori della Convenzione delle Nazioni Unite secondo cui era necessario introdurre una disposizione specifica sul crimine di mercenarismo al fine di poter considerare responsabile lo Stato per attività diverse dall’impiego dalle quali si poteva ricavare una certa “tolleranza” e “complicità” con l’attività mercenaria condotta da un individuo o da un gruppo di individui, che venne, come visto sopra, rigettata dalla restante parte degli Stati.

³⁹⁵ Va qui precisato, come già compiuto in altre parti del lavoro, che le suddette considerazioni sono state formulate sulla base del testo della Convenzione e non anche dei suoi lavori preparatori non essendo questi reperibili.

SEZIONE II. L'APPLICAZIONE DEL REGIME GENERALE SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI NEI CASI DI IMPIEGO DI COMPAGNIE MILITARI E DELLA SICUREZZA PRIVATE.

1. Introduzione

Venendo alla questione che s'intende affrontare nella seguente parte, è opportuno prendere le mosse dal rapporto sussistente tra lo Stato e il *contractor* o la compagnia privata al momento dell'impiego. Si è già avuto modo di notare come formalmente l'unico collegamento tra lo Stato d'impiego e la compagnia è il contratto di diritto privato che i due stipulano, quindi la compagnia, fino al momento della stipulazione dello stesso, è un ente privato a sé stante rispetto allo Stato. Ci sembra che occorra partire da questo presupposto, ovvero la separazione tra i due enti, per compiere un'analisi del collegamento esistente tra di loro successivamente alla stipula del contratto allo scopo di comprendere se, ed eventualmente in quali circostanze, lo Stato d'impiego può essere considerato responsabile sul piano internazionale della condotta illecita posta in essere dal *contractor*. A tale riguardo riteniamo che il contratto, di per sé, non costituisca uno strumento sufficiente per rendere responsabile automaticamente lo Stato per gli atti dei *contractors* e che una conclusione in tal senso possa ricavarsi mediante un'indagine non solo delle funzioni assegnate ad essi, ma anche delle modalità e del contesto in cui sono svolte, in particolare del tipo di collegamento esistente tra gli organi dello Stato e i *contractors* al momento dello svolgimento dell'attività.

2. Il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato. Un'analisi dei presupposti sulla base dei quali è stato redatto

Il punto di partenza dal quale occorre prendere le mosse è il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato redatto dalla Commissione di diritto internazionale e approvato dall'Assemblea Generale nel 2001³⁹⁶. In particolare

³⁹⁶ V. CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002. V. CRAWFORD J., PEEL J., OLLESON P., *The ILC's*

l'analisi prenderà in esame i criteri previsti nel Progetto di articoli attraverso i quali è possibile attribuire allo Stato una condotta illecita posta in essere da un privato al fine di verificare la loro applicabilità all'impiego di *contractors*. Nel compiere ciò, saranno espresse, più in generale, alcune considerazioni sulla logica che sottostà all'intero secondo capitolo del Progetto, la quale corrisponde alla disciplina sulla responsabilità dello Stato come essa si è sviluppata a partire dai primi anni del XX secolo. Tale studio appare funzionale per compiere le dovute distinzioni con quella che sembra essere la disciplina sulla responsabilità dello Stato nel caso di impiego dei *contractors* quale si sta definendo oggi sulla base dei dati della prassi più recente.

Come è noto, perché uno Stato possa essere considerato responsabile sul piano internazionale, è necessario non solo che vi sia stato un comportamento commissivo od omissivo in violazione di una norma di diritto internazionale (cd. elemento oggettivo), ma anche che tale violazione sia attribuibile allo Stato (cd. elemento soggettivo), sul presupposto che lo Stato non possa essere considerato responsabile delle violazioni commesse da tutti gli individui privati indistintamente ma, al contrario, esso risponda solo delle condotte illecite commesse dagli individui che presentano un determinato collegamento con esso, i quali perciò possono essere considerati come suoi organi *de jure* o *de facto*³⁹⁷. A tale proposito, è opportuno sottolineare come nella disciplina sulla responsabilità dello Stato sviluppatasi a partire dai primi anni del secolo XX la quale è stata codificata in larga parte nel Progetto di articoli, la sfera privata, propria dell'individuo, e la sfera pubblica, dello Stato, sono considerati in principio come due ambiti nettamente distinti e separati tra loro ciascuno caratterizzato da elementi diversi³⁹⁸. Tale netta separazione si riscontra sul

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading, in *European Journal of International Law*, 2001, pp. 963-991; CRAWFORD J., BODEAU, PEEL J., *The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Towards Completion of a Second Reading*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 660 ss.

³⁹⁷ Sulla responsabilità internazionale dello Stato e i criteri di attribuzione si veda BROWNIE I., *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)*, Oxford, 1983, in part. pp. 132-166; CONDORELLI L., *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 189 (1984-IV), p. 9; DIPLA H., *La responsabilité de l'Etat pour violations des droits de l'homme – problèmes d'imputation*, Paris, 1994; CARON D. D., *The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules*, in LILICH & MAGRAW D. (Ed.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, 1998, in part. p. 109.

³⁹⁸ Per una discussione sulla dicotomia tra pubblico e privato ed una ricostruzione delle sue origini e dei suoi

piano della responsabilità nel principio secondo cui lo Stato non risponde degli atti dei privati tranne che in alcune limitate ipotesi³⁹⁹, le quali si giustificano sulla base del nesso particolarmente stretto esistente tra il privato e lo Stato, tra cui vi è, in particolare, quello del collegamento di fatto che il privato presenta con lo Stato, o quello della funzione sovrana che il privato svolge per conto dello Stato. Sebbene il Progetto presenti anche altri criteri d'imputazione riteniamo che ai fini del discorso che s'intende svolgere in questa sede sia importante focalizzare l'attenzione in particolare su questi criteri considerando peraltro che la logica qui brevemente descritta è la medesima che sottostà a tutti i criteri di attribuzione contenuti nel secondo capitolo del Progetto di articoli.

Considerata dunque la distinzione tra pubblico e privato contenuta nel Progetto di articoli, si può affermare che essa viene meno nei casi in cui i privati presentano determinati requisiti che fanno sì che essi possano definirsi non più appunto come "semplici" privati ma organi dello Stato con la conseguenza, sul piano della responsabilità, che i loro atti devono considerarsi pubblici e dunque attribuibili allo Stato. Questo si rende possibile poiché tra l'individuo e lo Stato esiste il rapporto cd. di *agency*⁴⁰⁰. In altre parole, solo

risvolti sul piano del diritto, v. BOBBIO N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1978, in part. pp. 3-22. Per una trattazione sui presupposti dell'attuale disciplina sulla responsabilità internazionale dello Stato a partire dalle sue origini, v. BECKER T., *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford, 2006, in particolare la prima Parte del lavoro dedicata alla "State Responsibility for Private Acts: Theory and Practice", pp. 11-79. Per una critica, più generale, alla divisione tra la dimensione pubblica e quella privata nel diritto internazionale, v. CHINKIN C., *A Critique of the Public/Private Dimension*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 387-395.

³⁹⁹ Tale concetto è reso chiaro nell'Introduzione al secondo Capitolo della prima Parte del Progetto, in CRAWFORD, op. cit., p. 91, secondo cui « [I]n theory, the conduct of all human beings, corporations or collectivities linked to the State by nationality, habitual residence or incorporation might be attributed to the State, whether or not they have any connection to the government. In international law, such an approach is avoided, both with a view to limiting responsibility to conduct which engages the State as an organization, and also a sto recognize the autonomy of persons acting on their own account and not at the instigations of a public authority. Thus the general rule is that the only conduct attributed to the State at the international level is that of its organs of government, or others who have acted under the direction, instigation or control of those oegans, i.e., as agents of the State. As a corollari, the conduct of private persons os not as such attributable to the State ».

⁴⁰⁰ In generale, sui criteri di imputazione di un atto allo Stato, v. la dottrina citata *supra* nota 397, nonché KRESS C., *L'organe de facto en droit international public reflexions sur l'imputation a l'etat de l'acte d'un particulier a la lumiere des developpements recents*, in *Revue General de Droit International Public*, 2001, pp. 93-141. Nella nostra analisi, saranno presi in considerazione i criteri di attribuzione come previsti nel Progetto di articoli, i quali consistono in criteri determinati dal diritto internazionale e non su di un riconoscimento di un legame di causalità fattuale tra il comportamento del singolo e lo Stato. In tal senso, v. quanto affermato nel Commentario al Progetto, in CRAWFORD, cit., par. 4, p. 91, secondo cui « [T]he attribution of conduct to the State as a subject of international law is based on criteria determined by international law and not on the mere recognition of a link of factual casuality ». Nel senso invece di

qualora il privato è o diviene un agente o un rappresentante dello Stato, sulla base dei criteri di diritto o di fatto previsti nel Progetto, può giungersi alla conclusione per cui lo Stato risponde sul piano internazionale per gli illeciti da esso commessi.

Tale breve premessa serve per introdurre subito il problema che si pone quando si indaga la responsabilità dello Stato d'impiego delle compagnie militari e dei *contractors* sulla base del Progetto di articoli. Il fatto che le compagnie e gli stessi *contractors*, anche in seguito al loro contratto d'impiego, rimangano degli enti privati e non divengano degli "agenti" dello Stato pur svolgendo delle attività per quest'ultimo, pone delle questioni nuove rispetto alle ipotesi previste nel Progetto di articoli.

In particolare ciò sarà dimostrato attraverso l'analisi degli articoli rilevanti ai fini della nostra indagine, il cui esame ci sembra utile per più di un motivo. Anzitutto, allo scopo di un'analisi di quella parte della dottrina che si è interrogata sulla possibilità di applicazione di alcuni articoli del Progetto, in particolare l'art. 5 e l'art. 8, fornendo delle soluzioni riguardo all'imputabilità dell'atto del *contractor* allo Stato e, in secondo luogo, perché riteniamo che la dimostrazione delle ragioni per cui gli articoli menzionati si applichino solo in un ristretto numero di ipotesi ai *contractors* possa essere d'aiuto nel tentativo di spiegazione delle caratteristiche nuove presentate dai *contractors*.

Le disposizioni del Progetto che prevedono i criteri di attribuzione sono contenute negli articoli che vanno dal 4 all'11. In particolare, oggetto della nostra analisi saranno appunto gli articoli 5 e 8 i quali sembrano applicarsi meglio di altri articoli all'ipotesi di impiego dei *contractors*. Entrambi gli

affermare che l'attribuzione di un fatto allo Stato si basi sul riconoscimento di un legame di natura fattuale tra lo Stato, in quanto soggetto di diritto internazionale, e l'individuo che ha posto in essere l'atto, si veda quanto affermato dal Relatore speciale Arangio Ruiz, secondo cui spetterebbe all'interprete determinare quando si sia in presenza di un fatto attribuibile allo Stato e in questo senso, i criteri contenuti nel Progetto di articoli sarebbero da interpretarsi come dei criteri-guida forniti all'interprete. In particolare, per l'esposizione di questa tesi, si veda il *Second Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, vol. II, Part One, pp. 50-52, para. 170-176, ed anche ARANGIO RUIZ G., *State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance*, in *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris. 1991, pp. 25-41, e Id., *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 909-999, in part. pp. 984-985.

articoli peraltro si riferiscono a situazioni in cui la persona o l'ente privato sono definibili come organi di fatto dello Stato.

A tale proposito, riteniamo che possa escludersi, sulla base degli elementi che si hanno in questa fase dell'indagine, la possibilità di considerare le compagnie militari o i *contractors* come degli organi *de jure* dello Stato, come definiti all'art. 4 del Progetto di articoli, secondo il quale è un organo dello Stato qualsiasi organismo che eserciti le funzioni legislative, esecutive o giudiziarie o qualsiasi altra funzione, quale che sia la posizione che ricopre nell'organizzazione dello Stato e quale che sia il suo carattere sia che si tratti di un organo centrale o di un'unità territoriale dello Stato⁴⁰¹. Sebbene infatti dall'ampia nozione di organo contenuta nell'articolo 4 si potrebbe in astratto ipotizzare che esso tenda ad includere anche gli enti che, pur non avendo lo *status* di organo in base al diritto interno, svolgono delle funzioni proprie dello Stato con la conseguenza di farvi rientrare anche le compagnie militari private, ci sembra che ciò sia da scartare. Dalla posizione di precedenza che l'articolo 4 occupa rispetto agli altri articoli nel secondo capitolo del Progetto infatti si deduce che in esso rientrino solo quegli enti che costituiscono la struttura dello Stato. In questo senso, le compagnie militari private, essendo enti privati esterni alla struttura statale, non vi ricadono⁴⁰².

⁴⁰¹ L'articolo 4 ("Conduct of organs of a State") afferma che « [T]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State ». In dottrina è stata presa in considerazione, poi successivamente scartata, la possibilità di considerare i *contractors* come organi dello Stato, si veda in particolare SPINEDI M., *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in SPINEDI M. GRANELLI A., ALAIMO M. L. (a cura di) *La codificazione della responsabilità internazional degli Stati alla prova dei fatti*, cit., pp. 67-103. L'a. pone in rilievo il fatto che l'art. 4, per il modo in cui è stato redatto dalla Commissione, sarebbe suscettibile di includere nella nozione di organo anche enti che non lo sono in base al diritto interno con la conseguenza dunque di farvi rientrare, in determinate circostanze, anche enti come le compagnie militari private le quali pur non facendo parte della struttura di governo svolgono funzioni per suo conto. L'a. tuttavia conclude nel senso che la lettura dell'intero secondo capitolo del Progetto consente di inquadrare in modo più appropriato i *contractors* nell'articolo 5 il quale raffigura l'ipotesi in cui persone o enti, pur non essendo organi in base all'articolo 4, sono autorizzati dallo Stato ad esercitare prerogative sovrane. Riguardo all'interpretazione dell'articolo 4 secondo cui si è in presenza di una persona qualificabile come organo dello Stato anche in ipotesi diverse rispetto a quella in cui la persona lo sia in base al diritto interno, cfr. nello stesso volume, PALCHETTI P., *Comportamenti du organo di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, pp. 3-24.

⁴⁰² Ci sembra che le compagnie militari non possono essere definite nemmeno come organi *de facto* dello Stato, in base alla definizione resa di recente dalla Corte internazionale di giustizia nel caso concernente l'applicazione della Convenzione sulla prevenzione e la punizione del Genocidio, Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro, del 26 febbraio 2007, venendo a mancare il requisito della "completa dipendenza" dell'ente privato dallo Stato. La Corte a tale riguardo ha affermato, al par. 382, infatti che « [...]

Peraltro la conclusione da noi raggiunta sembra coincidere con quanto affermato nel commento all'art. 4 il quale rimanda agli articoli successivi per la questione se « certain acts of individuals or entities which do not have the status of organs of the State may be attributed to the State in international law »⁴⁰³.

3. Il criterio di attribuzione previsto all'articolo 5 del Progetto di articoli

Esclusa la possibilità di applicare l'art. 4, occorre chiedersi se, al contrario, le compagnie militari private ed i *contractors* ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 5. In uno studio riguardante i criteri di attribuzione dei *contractors* allo Stato, il suddetto articolo riveste un ruolo di primo piano poiché esso prevede la possibilità di attribuire allo Stato la condotta illecita di un individuo o di un ente privato, che non sia un organo dello Stato, al quale tuttavia sia stato conferito il potere (“empowered”), in base al diritto interno, di esercitare funzioni di prerogativa sovrana (“elements of the governmental authority”)⁴⁰⁴. In base all'art. 5 dunque la condotta posta in essere dal privato nei limiti in cui essa rientri nell'ambito delle funzioni assegnategli dallo Stato, è attribuibile a quest'ultimo.

Sul presupposto che le funzioni svolte dai *contractors* e, più in generale dalle compagnie militari private, rientrino nella nozione di “governmental authority” prevista nell'articolo, siano cioè di carattere sovrano, è stata affermata in dottrina la possibilità di far rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 5 alcune ipotesi d'impiego di *contractors*, in particolare qualora essi svolgano le attività di combattimento, di custodia di prigionieri di guerra e di

according to the Court's jurisprudence, persons, groups of persons or entities may, for purposes of international responsibility, be equated with State organs even if that status does not follow from internal law, provided that in fact the persons, groups or entities act in “complete dependence” on the State, of which they are ultimately merely the instrument», in <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf?PHPSESSID=fffc3a1fb25909f5b5939b81e525e91f>. Tale requisito, come affermato dalla Corte, richiede “[a] proof of a particularly great degree of State control over them” che non sembra rintracciabile nel caso di impiego delle compagnie militari private che conservano, anche dopo essere state impiegate dallo Stato, un certo grado di autonomia e di “estraneità” da esso.

⁴⁰³ Cfr. CRAWFORD, op. cit. p. 94, par. 2.

⁴⁰⁴ L'articolo 5 (“Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority”) dichiara che: « [T]he conduct of a persons or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance ».

detenuti in tempo di pace nonché di conduzione di interrogatori⁴⁰⁵. Secondo questa parte della dottrina, le ipotesi d'impiego dei *contractors* ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 5 il quale, anche sulla base del commento ad esso allegato, farebbe riferimento non solo ad enti parastatali ma anche a società private analoghe alle compagnie militari private. A tale riguardo si afferma che lo stesso commento presenta come esempio il caso di società private addette a compiti di sicurezza che siano state « *contracted to act as prisons guards and in that capacity may exercise public powers such as powers of detention and discipline* »⁴⁰⁶, nonché quello di compagnie aeree private cui lo Stato abbia delegato poteri di controllo dell'immigrazione o di messa in quarantena⁴⁰⁷. Infine, a supporto di questa tesi, si afferma che il contratto di diritto privato stipulato dallo Stato con la compagnia rientra nella nozione di « *law* » utilizzata nell'articolo, con la conseguenza dunque che l'articolo si applicherebbe “indubbiamente” anche ai *private contractors* e l'unico vero problema consisterebbe dunque nell'individuazione di quali siano le funzioni di prerogativa del potere pubblico svolte dal personale privato⁴⁰⁸.

A questo tipo di impostazione riteniamo possano essere mosse alcune critiche per esprimere le quali occorre tuttavia ricostruire l'ambito di applicazione dell'articolo, in particolare alla luce del commento e dei rapporti precedenti nei quali sono state discusse le ipotesi nei confronti delle quali l'articolo intende applicarsi.

Nel commento si afferma che l'art. 5 si applica nei confronti di enti privati i quali, pur non essendo organi dello Stato, possono essere stati autorizzati dal diritto interno all'esercizio di funzioni di prerogativa del potere pubblico⁴⁰⁹. È importante sottolineare a tale proposito che nel commento si afferma che, ai fini dell'imputabilità della condotta allo Stato, non sia sufficiente una generale

⁴⁰⁵ Cfr. SPINEDI M., *La responsabilità dello Stato*, op. cit., in part. p. 78. V. anche DE WOLF A. H., *Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International Law and Human Rights Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, pp. 315-356.

⁴⁰⁶ Corsivo aggiunto.

⁴⁰⁷ Cfr. CRAWFORD, p. 100.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 76-77.

⁴⁰⁹ CRAWFORD, op. cit., p. 100, in cui si afferma che « the generic term “entity” reflects the wide variety of bodies which, though not organs, may be empowered by the law of a State to exercise elements of governmental authority. They may include public corporations, semi-public entities, public agencies of various kinds and even, in special cases, private companies, provided that in each case the entity is empowered by the law of the State to exercise functions of a public character of the governmental authority concerned ».

regolamentazione delle attività pubbliche nel caso in cui esse vengano svolte da enti privati ma che si tratti, al contrario, di una “narrow category” per la quale è necessario che il diritto interno abbia nello specifico autorizzato l’esercizio dell’attività. Da ciò si deve dedurre che l’autorizzazione allo svolgimento dell’attività prevista nel diritto interno dello Stato costituisce l’elemento che consente di attribuire la condotta dell’ente privato allo Stato.

Per quanto riguarda, più in particolare, gli enti che possono rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 5, il commento fornisce alcuni esempi, tra cui, come si è già detto, gli enti parastatali o *ex* aziende di Stato che, pur essendo privatizzate, esercitano ancora funzioni pubbliche. Il riferimento è pure a compagnie di carattere privato che il diritto interno abbia autorizzato a svolgere funzioni di carattere pubblico, come ad esempio, come accennavamo in precedenza, compagnie addette alla sicurezza privata che svolgono attività di vigilanza e di mantenimento dell’ordine all’interno di prigionieri.

Allo scopo di verificare se l’art. 5 si applichi o meno all’impiego di *contractors*, occorre porre l’attenzione su due problemi in particolare che, per maggiore chiarezza, sono stati distinti nei due punti qui di seguito.

3.1. Il carattere relativo della nozione di “funzione sovrana”

A proposito della nozione di funzione sovrana a cui l’art. 5 fa riferimento con l’utilizzo dell’espressione « elements of the governmental authority », occorre sottolineare le difficoltà che si incontrano nel momento in cui se ne voglia definire il contenuto, considerato il suo carattere relativo⁴¹⁰. Se è chiaro infatti a quale categoria di funzioni l’articolo intende riferirsi, cioè quelle appartenenti alla sfera pubblica, non è altrettanto chiaro quali in concreto esse

⁴¹⁰ V. CONDORELLI L., cit., in part. p. 62, secondo cui « [...] la grande diversité de typologie que l’on constate dans le différent ordres juridiques nationaux, causent de notables incertitudes concernant son étendue, sans compter les difficultés évidentes portant sur la détermination de ce qu’est exactement la ‘puissance publique’ ». Al riguardo, in dottrina, v. LEHNARDT C., *Private Military Companies and State Responsibility*, in CHESTERMAN S., LEHNARDT C. (Ed.by), *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, 2007, in part. p. 144, in cui l’a. afferma, a proposito delle difficoltà di interpretazione e di applicazione dell’art. 5, che « [w]hile the principle underlying this rule is obvious, its application is difficult for two reasons. The conceptual reason is that attribution hinges on the vague notion of governmental authority. The practical reason is that it is difficult to determine what PMC activities can be attributed to the state due to the uncertainty surrounding the range and nature of services offered by PMCs ».

siano. Oltre alle funzioni che indiscutibilmente caratterizzano la sovranità di uno Stato, individuate comunemente in quella legislativa, esecutiva e giudiziaria che il governo svolge all'interno del proprio territorio, occorre chiedersi quali altre funzioni, che lo Stato svolge sul piano internazionale, possono essere inserite con altrettanta certezza nella sfera delle funzioni "sovrane". A tale riguardo, il commento all'articolo non fornisce chiare indicazioni su quali siano ammettendo anch'esso che, oltre un certo limite, il carattere pubblico di una funzione dipende da fattori relativi quali ad esempio la percezione che la società ha di quella determinata funzione e più in generale il contesto storico in cui la funzione è svolta nonché altri fattori⁴¹¹. Tuttavia il commento fornisce un'indicazione circa i modi attraverso i quali è possibile rintracciare il carattere pubblico di una funzione, ad esempio, prestando attenzione alle modalità con cui avviene l'autorizzazione da parte dello Stato. Infatti nel commento si afferma che « of particular importance will be not just the content of the powers, but *the way* they are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to governments for their exercise »⁴¹².

Dalla lettura delle ipotesi previste nell'art. 5 così come di quelle previste nei rapporti precedenti di Ago, possono individuarsi alcune funzioni suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo. Queste possono essere dedotte infatti già dai casi riportati nel commento all'articolo, il quale porta come esempio, come già affermato precedentemente, la situazione in cui uno Stato autorizzi una compagnia di sicurezza privata a svolgere funzioni di vigilanza e di mantenimento dell'ordine all'interno delle carceri o anche quello di una compagnia aerea privata alla quale lo Stato abbia assegnato poteri di controllo dell'immigrazione e di messa in quarantena. La *ratio* alla base dei due casi riportati è quella secondo cui la natura "sovrana" delle funzioni assegnate, il cui scopo è quello di controllo e mantenimento dell'ordine pubblico, comporti la conseguenza per cui lo Stato rimane responsabile delle

⁴¹¹ CRAWFORD, op. cit., p. 101, secondo cui « Article 5 does not attempt to identify precisely the scope of 'governmental authority' for the purposes of attribution of the conduct of an entity to the State. Beyond a certain limit, what is regarded as 'governmental' depends on the particular society, its history and traditions ».

⁴¹² *Ibidem*, corsivo aggiunto.

attività anche in seguito al loro trasferimento all'ente privato. Peraltro tale impostazione si rintraccia anche nei rapporti redatti negli anni '70 dal Relatore Speciale Ago riguardanti i criteri di imputazione. In essi infatti si afferma come alcune funzioni, ad esempio le funzioni di polizia da svolgere sul territorio di uno Stato o all'interno di strutture pubbliche siano da considerarsi di responsabilità dello Stato anche nel caso in cui il loro esercizio sia assegnato ad enti privati⁴¹³. Da questo dunque dovrebbe trarsi la conclusione, come una parte della dottrina ha fatto, che nei casi in cui lo Stato ricorra a *private contractors* per lo svolgimento di tali funzioni, gli atti illeciti da essi commessi siano imputabili allo Stato in base all'art. 5.

Tale conclusione, che in parte condividiamo, riteniamo tuttavia che non prenda in adeguata considerazione un altro aspetto pure presente sia nel commento all'articolo sia nei Rapporti di Ago il quale potrebbe essere suscettibile di condizionare le conclusioni che possono trarsi in merito, quello cioè del contesto in cui sia i Rapporti di Ago che lo stesso art. 5 sono stati formulati, il quale si presenta come diverso da quello attuale in cui operano i *contractors* e che è suscettibile di avere ripercussioni sul ruolo dello Stato e sulla disciplina sulla responsabilità internazionale.

3.2. L'attuale processo di "outsourcing" delle attività inteso diversamente dal processo di privatizzazione delle funzioni previsto nel Progetto

Il problema di definire cosa sia una funzione "sovrana" si acuisce nel momento in cui si vuole affrontare il problema riguardante le compagnie militari private e il contesto in cui esse sono sorte caratterizzato da un processo di "outsourcing" o esternalizzazione delle attività pubbliche⁴¹⁴. Senza

⁴¹³ *Report of the Commission to the General Assembly*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, vol. II, Part One, in part. p. 282.

⁴¹⁴ Con riguardo a questo punto, si veda quanto affermato nell'ambito dell'incontro del gruppo di esperti riunito a Ginevra il 29-30 agosto 2005, *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their actions*, organizzato dall'*University Centre of International Humanitarian Law*, in part. p. 18, nel quale si è posto in evidenza il fatto che in tempi come quelli attuali di crescente privatizzazione « there is no definition of what an intrinsic State function is and what we rely rather on the fact that a particular function are intrinsic functions as more and more functions are privatized. Where a once clearly governmental function has been privatized, over time this function will no longer be considered a governmental function unless there is consensus at some point that it must always be considered an intrinsic State function ».

riprendere qui quanto già affermato nei precedenti capitoli riguardo al contesto di “outsourcing”⁴¹⁵, è necessario tuttavia mettere in luce alcuni suoi aspetti i quali permettono di comprendere il perché esso si presenta come un fenomeno nuovo rispetto al processo di privatizzazione configurato nell’articolo 5. In particolare, quello che appare diverso è il ruolo che lo Stato riveste in tale processo. Per comprendere ciò, occorre partire dalla nozione di privatizzazione come intesa nell’art. 5. Come si evince dal testo dell’art. 5 e come confermato nel commento, la privatizzazione è qui intesa come un processo regolamentato dallo Stato attraverso specifiche leggi. Ciò trova conferma nel testo stesso dell’articolo, secondo cui la persona o l’ente privato che svolge una funzione di carattere pubblico, deve essere stata autorizzata dal diritto dello Stato il quale, si specifica nel commento, deve espressamente prevedere tale autorizzazione « as involving the exercise of public authority ». La privatizzazione intesa nell’articolo è quindi un processo centralizzato intorno allo Stato e da questo regolamentato. Peraltro tale regolamentazione si rende necessaria poiché lo Stato autorizza un ente pubblico all’esercizio dell’autorità pubblica.

Questa ricostruzione ci sembra che sia in linea con quanto già affermato da Ago nei suoi rapporti, in particolare in quelli riguardante l’allora art. 7 al quale l’attuale art. 5 in parte si è ispirato⁴¹⁶. In particolare, in questo articolo si prendevano in considerazione due tipi di privatizzazioni: da un lato, quella da noi esaminata ovvero l’esercizio di funzioni pubbliche da parte di enti privati e, dall’altro, il caso di svolgimento di attività pubbliche da parte degli enti territoriali governativi.

Il principio ispiratore dell’articolo, ovvero la salvaguardia dell’unità dello Stato, si traduceva nel fatto che quest’ultimo, pur trasferendo l’esercizio di una propria funzione, non poteva sottrarsi al rispetto degli obblighi di diritto internazionale. Tale principio trovava applicazione nelle due ipotesi

⁴¹⁵ V *supra* il capitolo terzo della Parte Prima.

⁴¹⁶ Nell’articolo 7 si affermava che « 1. The conduct of an organ of a territorial governmental entity within a State shall also be considered as an act of that State under international law, provided that organ was acting in that capacity in the case in question. 2. The conduct of an organ of an entity which is not part of the formal structure of the State or of a territorial government entity, but which is empowered by the internal law of that State to exercise elements of the governmental authority, shall also be considered as an act of the State under international law, provided that organ was acting in that capacity in the case in question ».

menzionate le quali costituivano due esempi appartenenti alla medesima logica di *decentralizzazione* delle funzioni statali.

Nel caso degli enti territoriali, lo Stato operava una decentralizzazione *ratione loci* con la conseguenza che al fine di capire quale condotta dovesse essere attribuita allo Stato, occorreva seguire la ripartizione territoriale all'interno dello Stato per individuare l'ente competente. Analogamente nel caso degli enti parastatali o privati, occorreva seguire lo stesso procedimento con la sola differenza di dover applicare, in questo caso, un criterio di decentralizzazione *ratione materiae* andando a verificare la natura della funzione assegnata dallo Stato all'ente. Nel progetto di Ago, questo metodo permetteva di salvaguardare l'unità dello Stato anche in presenza appunto di fenomeni di decentralizzazione⁴¹⁷. Al fine di sottolineare le diversità dell'attuale processo di esternalizzazione rispetto alla privatizzazione prevista nel Progetto, ci sembra utile affermare anche come lo stesso processo di privatizzazione prefigurato nel progetto di articolo costituisse qualcosa di “nuovo” per gli stessi Stati e a tale riguardo Ago si riferisse allo sviluppo progressivo del diritto internazionale⁴¹⁸.

Quest'ultimo dato ci sembra rilevante per due motivi. Il primo consiste appunto nel sottolineare la forzata interpretazione che dell'art. 5 viene fatta nel momento in cui si vuole far rientrare l'attuale “outsourcing”, considerando che i rapporti precedenti alla sua redazione dimostrano come gli Stati si trovassero “impreparati” di fronte al processo di privatizzazione allora in corso e quindi a maggior ragione non potessero immaginare l'attuale processo di esternalizzazione. Ciò è dimostrato anche dal fatto che nelle intenzioni di Ago, l'art. 7 doveva trovare applicazione soprattutto nei confronti degli enti parastatali e solo in via eccezionale nei confronti degli enti privati⁴¹⁹. Il secondo

⁴¹⁷ A tale proposito, si veda quanto affermato dallo stesso Ago nel *Report of the Commission*, op. cit., p. 282, secondo cui « [W]ith regard to the formulation of the rule, the Commission felt it preferable to cover in a single article all the cases of conduct of organs or entities which under the internal law of the State have a personality separate from the State but which are empowered by the same authority, whether through the application of a normal criterion of decentralization *ratione loci* of the exercise of the governmental authority, or in order to meet a more exceptional and more limited need for decentralization *ratione materiae* of certain elements of the governmental authority ».

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ L'ipotesi di funzioni pubbliche svolte da enti privati è considerata da Ago come un'ipotesi limitata ed eccezionale. Allo scopo di applicare l'articolo nei confronti di tali enti, Ago afferma che non occorre tanto indagare la natura pubblica o privata dell'ente quanto approfondire il carattere pubblico o privato

motivo che ci sembra possa ricavarsi dai rapporti di Ago, il quale consegue alla considerazione precedente, consiste nel fatto che dall'analisi del contesto in cui l'articolo è stato formulato, possono comprendersi le ragioni del perché la maggioranza degli Stati si dimostrasse ben disposta ad assumersi la responsabilità per gli atti commessi dagli enti parastatali o privati qualora svolgano funzioni di carattere pubblico⁴²⁰. In altre parole, gli Stati, in tempi di iniziale privatizzazione, erano tutti concordi in cosa consistessero le funzioni di carattere pubblico e che, in caso di loro svolgimento da parte di un ente privato, essi ne avrebbero risposto sul piano internazionale.

Tali conclusioni ci sembrano in linea con le premesse che sono alla base dei criteri di attribuzione contenuti nel Progetto da noi precedentemente enunciate e cioè, in sostanza, l'esistenza di una netta distinzione tra la sfera pubblica e la sfera privata con la conseguenza che gli atti dei privati possono attribuirsi allo Stato nel caso in cui essi svolgono funzioni pubbliche.

Quanto detto finora ci conduce a tracciare ora i caratteri nuovi che il processo di "outsourcing" presenta rispetto a quanto previsto nell'articolo in merito di privatizzazione.

Il primo elemento da porre in rilievo consiste nella considerazione secondo cui il processo di "outsourcing" o esternalizzazione delle funzioni di carattere militare è avvenuto, nella maggioranza dei casi, in assenza di una regolamentazione sul piano nazionale che disciplinasse gli ambiti e le funzioni

della funzione dichiarando inoltre come il termine "ente" fosse utilizzato nell'articolo nella sua accezione più vasta e che non potesse considerarsi come un fattore decisivo, ai fini dell'attribuzione della condotta allo Stato, che l'ente fosse sottoposto ad un controllo dello Stato. Al contrario, ciò che rilevava era che lo Stato avesse incaricato l'ente ad esercitare funzioni "of only exceptionally and to a limited extent" normalmente svolte da organi statali, in *ibidem*.

⁴²⁰ Si veda al riguardo l'*opinio juris* degli Stati, come espressa nel rapporto Ago, *ibidem*, nel senso di considerarsi responsabili « [...] for acts or omissions of collective entities other than those of a local character, in so far as such entities were also required to exercise public functions of the same nature ». Tra le opinioni degli Stati, si ricordi quella espressa dal governo tedesco in risposta alla richiesta inviata dal *Preparatory Committee* per la Conferenza di codificazione sulla responsabilità dello Stato del 1930, riportata nel Rapporto Ago, secondo cui « [...] when, by delegation of powers, bodies act in a public capacity, e.g. police an area or exercise sovereign rights as in the case when they levy taxes for their own needs [...] the principles governing the responsibility of the State for its organs apply with equal force. From the point of view of international law, it does not matter whether a State polices a given area with its own police or entrusts this duty, to a greater or lesser extent, to autonomous bodies. When, however, these bodies, acting outside their allotted sphere, are guilty of behaviour towards foreigners which is contrary to international law, the principles [...] concerning the conditions under which the State becomes responsible for foreigners injured by private individuals in their rights recognized under international law will also apply. The remarks in this connection apply in the practice principally to legal entities, and particularly administrative bodies [...] but they are also applicable when the State, as an exceptional measure, invests private organizations with public powers and duties or authorizes them to exercise sovereign rights, as in the case of private railways companies permitted to maintain a police force ».

di carattere pubblico che le compagnie avrebbero potuto svolgere, sul modello di quanto previsto nell'articolo 5⁴²¹. La parte della dottrina favorevole all'applicazione dell'articolo ha in tal senso affermato che il contratto stipulato dallo Stato con la compagnia, deve ritenersi come rientrante nel concetto di diritto di uno Stato con la conseguenza che, *a fortiori*, le compagnie ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo⁴²².

Tuttavia ad una tale conclusione ci sembra che possa essere mossa la critica per cui il problema su questo punto non sta tanto nel fatto di far rientrare il contratto nel concetto di legislazione nazionale – sul quale peraltro nutriamo alcuni dubbi – quanto piuttosto nella constatazione che tali contratti non contengono una regolamentazione della funzione che possa essere assimilata ad un'autorizzazione come previsto all'art. 5 del Progetto. Anzi si può constatare che, anche per le funzioni più delicate, come ad esempio quelle che prevedono servizi per la sicurezza o servizi di interrogatorio di detenuti, i contratti non contengono nessuno specifico riferimento al carattere “speciale” della funzione da essi svolta e alla possibilità dunque che la loro condotta possa essere attribuita, in base a ciò, allo Stato. Essi si limitano, nella maggioranza dei casi, ad essere dei “comuni” contratti di diritto privato nei quali si prevede che una parte fornisca la prestazione d'opera nella quale è specializzata in cambio di una remunerazione pecuniaria.

A questo punto occorre chiedersi se, al di là della disquisizione su quale sia l'atto normativo più adatto a disciplinare l'impiego dei *contractor* tale da farlo rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo, le differenze da noi messe in luce corrispondano ad un diverso processo, rispetto a quello di privatizzazione, a cui stiamo assistendo ed eventualmente quali siano le conseguenti sul piano della responsabilità dello Stato. Riguardo a ciò, riteniamo che possano mettersi in rilievo alcuni caratteri con cui il processo di “outsourcing” delle attività militari è avvenuto i quali sembrano funzionali per la nostra analisi. A tale

⁴²¹ S'intende sottolineare che la nostra analisi prende in considerazione la maggioranza dei casi in cui finora si è assistito ad un processo di “outsourcing” ritenendo, a tale riguardo, che tale processo, cioè il trasferimento dello svolgimento di funzioni militari ad un ente privato, potrebbe avvenire in futuro anche con forme diverse qualora gli Stati ritenessero, per vari motivi, insoddisfacenti le modalità con cui esso avviene attualmente.

⁴²² In tal senso v. SPINEDI M., op. cit., p. 76 ed anche quanto affermato nel corso dell'*Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit., p. 20.

proposito, ci sembra opportuno precisare che la nostra analisi è limitata alla descrizione del processo di “outsourcing” delle attività militari che devono essere svolte all'estero e non anche delle funzioni, anche di carattere militare, da svolgersi all'interno del territorio ⁴²³.

Innanzitutto si osserva che lo Stato, nel momento in cui esternalizza una propria funzione, nella maggioranza dei casi, non lo fa attraverso il procedimento formale di carattere legislativo che contraddistingueva il processo di privatizzazione, come previsto all'art. 5 del Progetto di articoli. L'assenza dell'autorizzazione, come prevista nel Progetto di articoli, potrebbe stare a significare che lo Stato nel momento in cui esternalizza l'esercizio della funzione, non desidera che ciò si traduca nel fatto che l'ente privato chiamato a svolgere la funzione divenga un organo dello Stato. Se portato alle sue estreme conseguenze, tale ragionamento condurrebbe alla conclusione secondo cui la compagnia privata e i *contractors*, anche dopo essere stati impiegati dallo Stato, rimarrebbero *estranei* alla struttura dello Stato. Ciò evidentemente rompe lo schema che sottostà ai criteri di imputazione previsto nel Progetto di articoli poiché, nell'attuale processo di esternalizzazione, l'autorizzazione allo svolgimento della funzione che lo Stato compie a favore del privato non comporta, di per sé, alcuna identificazione del privato con lo Stato. Si assiste dunque allo svolgimento da parte di un privato sì di una funzione pubblica, dalla qual cosa tuttavia non ne consegue automaticamente che il privato assume la fisionomia di un organo dello Stato o comunque di un suo rappresentante. Tuttavia ad una tale tesi, riteniamo che debbano accompagnarsi anche ulteriori considerazioni di diverso ordine. Riteniamo infatti che, a tale proposito, vi siano anche altri elementi che concorrono a mitigare una conclusione così estrema, *in primis* quello della percezione che la società ha di una data funzione, che è richiamata nel commento allo stesso articolo. Alla luce di tale elemento reputiamo infatti che alcune attività svolte da privati, sebbene siano state loro conferite attraverso meccanismi non rispettosi di tutti i requisiti stabiliti nell'art. 5 del Progetto, potrebbero essere egualmente ricondotte nell'ambito del suddetto articolo in quanto percepite dalla società

⁴²³ Tale precisazione ci appare necessaria sul presupposto che non ci sia una coincidenza tra i due processi, o quantomeno, che essi suscitano problematiche diverse con conseguenti diverse soluzioni.

come strettamente connesse con il concetto di autorità sovrana, tra cui vi è senza dubbio quella volta a garantire l'ordine pubblico.

Nonostante ciò, si ritiene che le suddette considerazioni rivestano un certo interesse nella misura in cui sono suscettibili di spiegare una certa mutazione del ruolo dello Stato nei confronti delle compagnie militari e con ciò anche i modi attraverso i quali è possibile individuare una responsabilità dello Stato d'impiego per gli atti compiuti dai *contractors* diversa da quella prevista nel Progetto di articoli.

Sulla base di tali considerazioni, intendiamo presentare in prosieguo alcuni dati della prassi recente – peraltro gli unici – che illustrano il comportamento che lo Stato d'impiego ha tenuto dinanzi a gravi violazioni commesse da *contractors* nell'ambito dello svolgimento dell'attività.

4. Il criterio di attribuzione previsto all'articolo 8 del Progetto di articoli

Dopo aver analizzato i problemi connessi con l'applicazione dell'art. 5 del Progetto di articoli, occorre affrontare ora la questione del ruolo che l'articolo 8 del Progetto di articoli può svolgere nel caso di impiego dei *contractors* e delle compagnie militari sul presupposto che esso, fornendo dei criteri di fatto, non sollevi particolari problemi, rispetto a quelli precedentemente affrontati, ai fini dell'attribuzione di un atto allo Stato⁴²⁴. Riteniamo infatti che la ricostruzione da noi compiuta sussista nei casi in cui non sia possibile rintracciare il livello di controllo necessario per attribuire un atto illecito compiuto da un privato allo Stato con la conseguenza quindi che, qualora tali requisiti si rintraccino, l'impiego di *contractors* e delle compagnie ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 8.

Come è noto, l'articolo 8 prevede che la condotta di individui o gruppi di privati possa essere attribuita allo Stato se essi, nello svolgimento dell'attività, stavano di fatto agendo in base a delle istruzioni o sotto la direzione o il controllo dello Stato. L'articolo, che è stato definito corrispondente al diritto

⁴²⁴ L'articolo 8 del Progetto di articoli afferma che « The conduct of a person or a group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct », in CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., pp. 110-111.

internazionale consuetudinario dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro*⁴²⁵, prende in considerazione l'ipotesi in cui delle persone o un gruppo di persone, pur non essendo definibili come organi *de jure* o *de facto* dello Stato, siano comunque collegabili allo Stato sulla base di uno specifico legame di fatto ("specific factual relationship") che giustifica l'attribuzione della condotta allo Stato. È altrettanto noto che i tribunali internazionali, in particolare la Corte internazionale di Giustizia e il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia, hanno interpretato il criterio del controllo, come previsto nell'articolo 8, in modo differente⁴²⁶. Pur in questa diversità, tuttavia entrambi i tribunali hanno elaborato un criterio del controllo da applicarsi nei confronti di gruppi armati irregolari. In tali situazioni, il criterio del controllo costituiva il principale nesso tra lo Stato e i privati allo scopo di attribuire la condotta di quest'ultimi allo Stato.

⁴²⁵ Sentenza *Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro*, cit., par. 398, p. 142.

⁴²⁶ Cfr. quanto affermato dalla Corte internazionale di Giustizia nella sentenza resa nel caso delle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua*, Merito, *International Court of Justice Reports*, 1986, pp. 62 e 64-65, par. 109 e 115, riguardo alla possibilità di attribuire agli Stati Uniti gli atti illeciti commessi dal gruppo irregolare dei *contras* sul territorio del Nicaragua, secondo cui « [...] Despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf [...] All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. [...] For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had *effective control* of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed », ribadito anche nella recente sentenza resa nel caso *Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro*, op.cit. vedi *supra*. Vedi anche quanto affermato dalla Camera d'Appello del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia nel caso *Prosecutor v. Tadić*, sentenza del 15 luglio 1999, in *International Legal Materials*, vol. 38, p. 1518, para. 117, secondo la quale, al contrario, « [...] The requirement of international law for the attribution of States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control » giungendo all'applicazione il test dell'*overall control*, allo scopo di definire come internazionale la natura del conflitto armato: « [...] In the case at issue [...] the control of the FRY authorities over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was overall control going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations. By contrast, international rules do not require that such control should extend to the issuance of specific orders or instructions relating to single military actions, whether or not such actions were contrary to international humanitarian law ». In dottrina, vedi BARTOLINI G., *Il concetto di « controllo » sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, cit., pp. 25-52; DE HOOGH, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, in *British Yearbook of International Law*, 2001, p. 255 ss.; DOPAGNE, *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : le causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, in *Revue belge de droit international*, 2001, p. 492 ss.

L'impiego di *contractors* da parte dello Stato presenta alcune caratteristiche che, a nostro avviso, distinguono in modo abbastanza netto quest'ultimi dai "privati" così come presi in considerazione dalle corti finora. La differenza più rilevante consiste nel fatto che nel caso d'impiego di *contractors* il criterio del controllo non costituisce l'unico mezzo tramite il quale può dimostrarsi il collegamento con lo Stato. Al contrario, nei loro confronti, anche in assenza di un controllo da parte dello Stato, vige una presunzione nel senso che essi stanno svolgendo un'attività per conto dello Stato sulla base del contratto. Il problema consiste nel capire in quali circostanze lo Stato, dopo aver stipulato il contratto e senza esercitare un controllo effettivo nei confronti dei *contractors*, può comunque essere considerato responsabile per gli illeciti compiuti nell'esercizio dell'attività.

A noi sembra che una possibile applicazione dell'articolo 8 potrebbe avvenire qualora lo Stato impieghi *contractors* privati da affiancare alle proprie forze armate e dopo la stipulazione del contratto, mantenga la responsabilità della funzione il cui esercizio è affidato al personale privato e svolga, durante la condotta dell'attività, un'azione di coordinamento tra le forze armate e il personale *contractor*⁴²⁷.

Ci riferiamo in particolare ai casi in cui lo Stato, anche dopo aver stipulato il contratto nel quale ha autorizzato i *contractors* ad esercitare un'attività a fianco delle proprie forze armate, mantiene la responsabilità della funzione in quanto tale e svolge un'azione di coordinamento tra i membri dell'esercito ed il personale privato, pur non esercitando nei confronti di quest'ultimo un controllo effettivo sui singoli atti. Un esempio di ciò sembra essere quanto avvenuto nel caso dello scandalo degli atti disumani e degradanti, nonché atti di tortura, perpetrati nei confronti dei detenuti del carcere iracheno di Abu Ghraib di cui, a seguito di vari rapporti emanati dall'esercito e

⁴²⁷ La possibilità di applicare, in base all'articolo 8, un criterio diverso e specifico alla luce delle circostanze specifiche non sembra essere esclusa dall'articolo, nel commento all'articolo si afferma infatti che « [I]t is clear then a State may, either by specific directions or by exercising control over a group, in effect assume responsibility for their actions. Each case will depend on its own facts, in particular those concerning the relationship between the instructions given or the direction or control exercised and the specific conduct complained of », corsivo aggiunto, in CRAWFORD, op. cit., par. 7, p.111.

dall'amministrazione del governo degli Stati Uniti, sono stati ritenuti responsabili sia alcuni membri dell'esercito che alcuni *contractors*⁴²⁸.

Dalla ricostruzione della vicenda si desumono infatti alcuni elementi che si rivelano utili per una conclusione in tal senso, il primo dei quali consiste nel fatto che le attività svolte dai *contractors* erano svolte anche da membri dell'esercito statunitense cosicché gli organi militari che gestivano il carcere dovevano svolgere necessariamente anche un'azione di coordinamento tra i due. Ciò significa che probabilmente i *contractors* ricevevano, nello svolgimento delle attività, delle istruzioni da parte dell'esercito statunitense e comunque erano sottoposti ad un qualche tipo di controllo da parte di queste ultime. Inoltre, come è stato reso chiaro dalle dichiarazioni dell'allora Ministro della Difesa statunitense Rumsfeld nella testimonianza resa dinanzi alla Commissione delle Forze Armate del Senato americano, la responsabilità della funzione di interrogatorio era, nonostante l'utilizzo di *contractors*, ancora nelle mani degli organi militari⁴²⁹. Sulla base di questi ed altri elementi, in dottrina è stata affermata, sia pure attraverso ragionamenti diversi, la possibilità di applicare al caso specifico delle torture avvenute all'interno del carcere di Abu Ghraib per mano dei *contractors*, l'articolo 8 con la conseguenza di attribuire le violazioni al governo statunitense⁴³⁰.

⁴²⁸ Si veda in particolare il *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations* dell'agosto 2004 redatto da una Commissione di esperti nominata dal Congresso statunitense e il rapporto preparato dall'esercito, *Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade*. In dottrina v. BINA M. W., *Private Military Contractor Liability and Accountability After Abu Ghraib*, in *Marshall Law Review*, 2004-2005, pp. 1237-1263.

⁴²⁹ V. la testimonianza dinanzi alla Commissione delle Forze Armate del Senato statunitense concernenti le torture di Abu Ghraib, del 7 maggio 2004, in <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A8575-2004May7.html>. In particolare si legga la domanda del Senatore Akaka al Ministro Rumsfeld in cui si chiede: « Secretary Rumsfeld, according to General Taguba's report, civilian contractor were found wandering around Abu Ghraib unsupervised and with free access to the detainee area. What are the roles of the private contractors at this and other detention facilities in Iraq and Afghanistan? And who monitors and supervised these contracted employess? », e la risposta secondo cui « [T]he answer is that the civilian contractors, [...] tend to be interrogators and linguists. And they're responsible to military intelligence who hire them, and have the responsibility for supervising them ».

⁴³⁰ In dottrina v. WOLFRUM R., *State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance*, in *International Responsibility Today Essays in Memory of Oscar Schachter*, RAGAZZI M. (Ed. by), 2005, pp. 423-434; NIEMINEM K., *The Rules of Attribution and the Private Military Contractors at Abu Ghraib: Private Acts or Private Wrongs?*, in *Finish Yearbook of International Law*, 2004, pp. 289-319. In senso contrario, in particolare sulle difficoltà di inquadrare nelle strutture militari i *military contractors* impiegati con funzioni di interrogatorio dei detenuti come nel caso della prigionia di Abu Ghraib, v. NEWTON M. A., *Symposium: "Torture and the War on Terror: War by Proxy: Legal and Moral Duties of 'Other Actors' Derived from Government Affiliation"*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pp. 249-265, spec. p. 254, in cui l'a. afferma che i *military contractors* impiegati nelle prigioni « raise particular legal and moral problems in implementing U.S. treaty obligations because they operate essentially as free agents outside the scope of military authority and

Secondo una parte della dottrina⁴³¹ infatti, l'art. 8 dovrebbe essere interpretato nel senso di non permettere agli Stati di aggirare gli obblighi che il diritto internazionale impone loro attraverso il trasferimento delle competenze generalmente esercitate da organi statali a gruppi di privati dichiarando che questi gruppi agiscono indipendentemente, alla luce del fatto che « [...] international law on State responsibility does not honour the withdrawal of a State from its genuine responsibility »⁴³². Secondo questa parte della dottrina quindi, affinché la condotta dei *contractors* possa essere attribuita allo Stato d'impiego, sarebbe sufficiente un controllo generale, affermando che « [...] it is sufficient that States have entrusted private persons or groups with certain tasks and continue to exercise a general control over the conduct of such persons or groups. It is not necessary that States control such conduct in details to meet the standards 'under the direction or control' in Article 8 of the Commission's draft »⁴³³. Altri autori invece, sempre con particolare riferimento agli eventi di Abu Ghraib, hanno espresso la tesi secondo cui sarebbe applicabile il test del controllo effettivo sulla base di alcuni elementi concreti, tra i quali rientrerebbe anzitutto la presenza del contratto stipulato dallo Stato con i *contractors*, che dimostrerebbe l'esistenza di un collegamento tra lo Stato e i privati⁴³⁴. In secondo luogo, dovrebbero essere presi in considerazione, nel caso di specie, una serie di elementi fattuali che dimostrerebbero come i privati fossero sottoposti al controllo dell'esercito con la conseguenza che i *contractors* sarebbero configurabili come corpi di volontari o ausiliari delle forze armate statunitensi, ipotesi che ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 8 alla luce di quanto affermato da Ago nel suo rapporto alla Commissione del 1974, secondo cui « [...] the principle

control. Private contractors are not within the military chain of command. Even though they operate in general support of the military mission, they may or may not obey the guidance of a local commander. They are, nevertheless, operating with the financial and operations sponsorship of the United States government. They are quasi-officials whose very presence in the area of operations depends on the largesse of our contracting officials ».

⁴³¹ Cfr. WOLFRUM R., *State Responsibility for Private Actors*, op. cit.

⁴³² *Ibidem*, p. 431.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ NIEMINEM K., *The Rules of Attribution and the Private Military Contractors at Abu Ghraib*, op.cit.

stated in Article 8 also applied to groups which, though not belonging to the regular army of the State, carried out military activities in time of war »⁴³⁵.

Più di recente peraltro, in dottrina sono state esposte delle tesi secondo le quali non vi sarebbe un criterio valido “in assoluto” per tutte le situazioni. A tale riguardo, un ulteriore elemento per misurare il livello di controllo, necessario ai fini dell’attribuzione allo Stato della condotta del privato, consisterebbe in quello della vicinanza (“proximity”) dello Stato d’impiego al territorio nel quale i *contractors* svolgono l’attività⁴³⁶. Sebbene il suddetto elemento non possa ritenersi “conclusive”, come ammesso dallo stesso a., tuttavia potrebbe essere utile al fine di distinguere le diverse situazioni di impiego dei *contractors*. Ad esempio, nei casi in cui le compagnie militari private svolgono l’attività sul territorio dello Stato d’impiego o su di un territorio sul quale tale Stato è presente – come il caso degli Stati Uniti in Iraq – in questo caso sarebbe sufficiente solo un controllo globale (“overall control”) nei confronti della compagnia⁴³⁷.

È chiaro che l’incertezza della dottrina e le conseguenti proposte di criteri applicabili nel caso di impiego delle compagnie militari private deriva principalmente dalla mancanza di pronunce che abbiano approfondito tale questione.

A tale riguardo, a noi sembra che rivesta un certo interesse, al fine proprio di comprendere in quale modo il criterio del controllo possa essere applicato ai *contractors*, una recente decisione adottata il 6 novembre 2007 dal giudice Robertson nell’ambito del procedimento civile in corso presso la Corte distrettuale statunitense della Columbia per “common law tort claims” contro le due compagnie militari private coinvolte negli scandali delle torture di Abu Ghraib⁴³⁸. In tale occasione, il giudice era chiamato a decidere l’accoglimento o meno delle istanze di “summary judgement” presentate rispettivamente dalle

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 314.

⁴³⁶ Cfr. LEHARDT C., *Private Military Companies and State Responsibility*, op.cit., in part. p. 152.

⁴³⁷ *Ibidem*. Secondo l’a. quindi « depending on the proximity of the exporting state to the host state a greater degree of control is necessary », p. 152.

⁴³⁸ *Ibrahim et al. c. Titan Corporation et al., Saleh et al. c. Titan Corporation, Civil Action N. 04-1248 e N. 05-1165, Memorandum Order del 6 novembre 2007*, in http://ccrjustice.org/files/Saleh_summaryjudgmentdec_11_07.pdf. Il medesimo giudice peraltro, con decisione del 12 agosto 2005, ha rigettato i ricorsi presentati dai ricorrenti, i detenuti nel carcere di Abu Ghraib, fondati sulle presunte violazioni dell’*Alien Tort Statute* e di altre norme di diritto internazionale commesse dalle compagnie e dai rispettivi *contractors*.

difese delle due compagnie militari private coinvolte negli scandali, la *Titan* e la *Caci*, le quali erano state impiegate dal governo statunitense per la fornitura di personale in qualità di interpreti e di addetti agli interrogatori. Secondo la difesa, l'istanza di "summary judgment" doveva essere accolta in quanto le compagnie ed i rispettivi *contractors* si trovavano in Iraq sotto il comando diretto ed il controllo esclusivo dell'esercito e dunque dovevano beneficiare, al pari dei membri dell'esercito, della cd. "combatant activities exception", come sviluppata dalla giurisprudenza delle corti statunitensi, ed essere considerati immuni dal procedimento.

La decisione è interessante alla luce del ragionamento compiuto dal giudice Robertson, il quale ha differenziato le situazioni riguardanti le compagnie militari alla luce del diverso grado di "operational control" esercitato da ciascuna compagnia nei confronti delle attività compiute dai *contractors*. In particolare, dall'esame delle modalità con cui i *contractors* della *Titan* svolgevano le attività, il giudice ha dedotto che fosse in definitiva l'esercito, e non la compagnia, a dare loro gli ordini ed a compiere un'azione di controllo nei loro confronti. Al contrario, nel caso dell'altra compagnia, la *Caci*, il giudice ha constatato che in effetti i *contractors* erano sottoposti ad una "dual chain of command", cioè sia dell'esercito sia della compagnia, osservando inoltre che i dipendenti della *Caci* preposti alla supervisione delle operazioni possedevano una significativa "independent authority" rispetto ai membri dell'esercito addetti alla medesima funzione. Il giudice ha così concluso nel senso di accogliere l'istanza per quanto concerne la *Titan* considerando che i suoi impiegati, in quanto sottoposti al controllo dell'esercito, dovessero considerarsi sostanzialmente come suoi membri. Mentre, con riguardo alla *Caci*, il giudice ha rigettato la richiesta alla luce dei poteri di controllo che essa aveva nei confronti dei propri *contractors* e, in particolar modo, il grado di autonomia con cui li esercitava.

La decisione, che è rilevante soprattutto per gli aspetti relativi all'immunità dalla giurisdizione di cui eventualmente le compagnie godono allorché svolgono delle attività per conto di uno Stato, può tuttavia essere presa in considerazione, a nostro parere, anche ai fini dell'elaborazione di un ragionamento riguardante l'applicazione dell'art. 8 del Progetto di articoli,

nella misura in cui il giudice è pervenuto alle sue conclusioni attraverso l'analisi e il riscontro di criteri fattuali. La decisione è tanto più interessante se si considera il fatto, non trascurabile, che ancora oggi sono estremamente scarsi i dati provenienti dalla prassi. Il giudice ha ad esempio preso in considerazione cosa fosse previsto nei rispettivi contratti riguardo all'ente – l'esercito o la compagnia – competente a supervisionare le attività dei *contractors*. A tale proposito, ha distinto l'ipotesi in cui alla compagnia sia affidata la funzione di mera “administrative supervision”, consistente nel dislocare i *contractors* nelle unità ad esse assegnate e provvedere al loro pagamento, da quella in cui essa svolga una “operational supervision” consistente nell'attività di « overseeing linguists' day-to-day performance of translation duties »⁴³⁹. Il giudice ha poi appurato a quale autorità in concreto i *contractors* fossero sottoposti giungendo alla conclusione, per quanto riguarda la *Titan*, che « the military, and not Titan, gave all the orders that determined how linguists performed their duties » dichiarando che « Titan has shown that its linguists were fully integrated into the military units to which they were assigned and that they performed their duties *under the direct command and exclusive operational control* of military personnel »⁴⁴⁰. Al contrario, per quanto riguarda la *Caci*, il giudice ha constatato, tra l'altro, che i *contractors* addetti a compiere gli interrogatori si trovassero in una situazione differente rispetto ai membri di pari grado dell'esercito. Ad esempio, essi avevano l'obbligo di riportare gli abusi non solo alla catena di comando militare ma anche ai supervisori della compagnia, i quali peraltro avevano l'autorità di ordinare al singolo di non condurre un interrogatorio qualora esso fosse incompatibile con la politica di condotta della compagnia. Da tali elementi il giudice ha dedotto che i *contractors* della *Caci* fossero soggetti ad una « dual chain of command, with significant independent authority retained by Caci supervisors »⁴⁴¹.

In conclusione, vorremmo esprimere alcune considerazioni. Anzitutto a noi sembra che non sia possibile fornire una soluzione riguardante l'applicazione dell'art. 8 che si riveli valida in ogni situazione di impiego di *contractors* da

⁴³⁹ Cfr. p. 11, della decisione.

⁴⁴⁰ Cfr. pp. 20-21, della decisione, corsivo aggiunto.

⁴⁴¹ Cfr. p. 22, della decisione.

parte di uno Stato. Probabilmente è opportuno distinguere e adattare il criterio del controllo alle diverse situazioni in cui i *contractors* sono impiegati avendo attenzione anche alle funzioni da essi svolte ed anche a quali sono le attività di controllo specifiche nei confronti di ogni tipo di attività.

La decisione sopra riportata inoltre, se si volessero applicare i criteri ivi elaborati alla disciplina della responsabilità, starebbe a dimostrare come, ai fini dell'imputabilità dell'atto allo Stato, non sarebbe sufficiente che i *contractors* lavorino in una struttura posta sotto il controllo dell'esercito, quale si presentava la prigione di Abu Ghraib, bensì occorrerebbe indagare chi, tra la compagnia e l'esercito, esercita un'azione di controllo di tipo *operativo* o *sostanziale* sulle attività svolte dai *contractors*. Tale indagine peraltro potrebbe condurre, come ha di fatto condotto nella suddetta decisione, che ad esercitare tale funzione nel caso di specie erano entrambi gli enti, e cioè l'ente pubblico e quello privato.

È chiaro infine che quanto affermato è suscettibile di assumere un qualche interesse fintantoché non vi saranno delle pronunce che si esprimeranno sulla questione, in occasione delle quali non è da escludersi un'applicazione del criterio del controllo più elastica che prenda in considerazione altri elementi, da noi evidenziati precedentemente, attraverso i quali poter imputare l'atto allo Stato.

5. Gli obblighi degli Stati di impiego nei confronti delle compagnie militari private

Uno degli scopi principali per i quali abbiamo esaminato, nella prima parte del lavoro, le leggi emanate dagli Stati nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza private è stato quello di ricavarne gli obblighi internazionali che gli Stati medesimi hanno nei confronti di tali enti. Nell'ambito della trattazione della responsabilità, riteniamo opportuno prendere in considerazione gli obblighi internazionali che lo Stato d'impiego ha nei casi in cui enti privati svolgano funzioni di natura pubblica, come si ricavano dalla prassi delle Corti regionali sui diritti umani – sebbene si tratti di casi concernenti violazioni compiute nel proprio territorio e non extra-territoriali – così come altri

obblighi, di diversa natura, che sembrerebbero ricavarsi dalla prassi più recente.

5.1. Gli obblighi derivanti dalla tutela dei diritti umani

Dall'interpretazione che le Corti regionali sui diritti umani hanno dato degli obblighi degli Stati in tema di tutela dei diritti umani, si può ricavare il principio generale secondo cui gli Stati, nell'ipotesi in cui trasferiscano alcune funzioni di natura pubblica ad enti privati, conservano gli obblighi assunti e devono rispondere per gli atti dei privati commessi in violazione di tali obblighi.

Tale principio è stato sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in particolare nel caso *Costello Roberts* concernente i maltrattamenti subiti da un cittadino inglese presso una scuola privata per i quali egli lamentava la violazione dell'art. 3 e dell'art. 8 della Convenzione europea⁴⁴². In tale occasione, la Commissione ha affermato il principio in base al quale « the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals [...]. Accordingly, the treatment complained of although it was the act of a headmaster of an independent school, is none the less such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both »⁴⁴³.

Anche il Comitato dei diritti umani si è pronunciato in tal senso in un caso di violazioni commesse da privati che svolgevano funzioni di gestione di una prigione e di detenzione di prigionieri. Si tratta del caso *Cabal and Pasini v. Australia*⁴⁴⁴ riguardante le violazioni degli artt. 7, 10, par. 1 e 2 (a) e dell'art. 14, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici commesse da guardie private a cui era stata affidata la gestione della prigione di Port Philip, nella quale si trovavano detenuti i due ricorrenti. Nella fattispecie, il Comitato ha reso chiaro

⁴⁴² Cfr. *Case of Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Application No. 13134/87, Judgment 25 March 1993, European Court of Human Rights, reperibile in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=&sessionId=1726388&skin=hudoc-en>.

⁴⁴³ *Ibidem*, para. 27-28 della sentenza.

⁴⁴⁴ *Human Rights Committee, Cabal and Pasini v. Australia*, Communication No. 1020/2001, 7 august 2003, CCPR/C/78/D/1020/2001, reperibile in ?

che « [...] the contracting out to the private commercial sector of core State activities which involve the use of force and the detention of persons does not absolve a State party of its obligations under the Covenant [...]. Consequently, the Committee finds that the State party is accountable under the Covenant and the Optional Protocol of the treatment of inmates in the Port Philip Prison facility run by Group 4 »⁴⁴⁵.

Il suddetto principio è stato peraltro ribadito successivamente nel rapporto presentato da P. Alston, in qualità di Relatore Speciale, in seno alla Commissione dei diritti umani, riguardo ai diritti civili e politici “including the questions of disappearances and summary executions, extrajudicial, summary or arbitrary executions”⁴⁴⁶, nel quale sono state prese in considerazione anche le violazioni del diritto alla vita commesse da attori non statali, tra i quali anche i *private contractors* i quali, secondo il Relatore, pur non essendo assimilabili ad organi governativi, esercitano funzioni altrimenti esercitate dallo Stato, come ad esempio la gestione di prigionieri, funzioni di “law enforcement”, di conduzione di interrogatori ecc. A tale riguardo, Alston, rifacendosi a quanto già espresso dal Comitato per i diritti umani, ha affermato che « [...] States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights should report on the provisions of their criminal law not only in relation to acts committed by public officials or persons acting on behalf of the State, but also by private persons ». Ribadendo inoltre quanto già affermato dal Comitato nel caso *Cabal and Pasini*⁴⁴⁷, il Relatore ha concluso nel senso che « while there may be some debate over what constitutes a “core State activity”, it is clear that actions carried out by contractors and consultants which attract the attention of the Special Rapporteur may well engage the responsibility of the State concerned »⁴⁴⁸. Il Rapporto infine raccomanda agli Stati che « international human rights law clearly indicates that killings undertaken by non-State actors engage State responsibility in a number of different circumstances. The

⁴⁴⁵ *Ibidem*, par. 7.2.

⁴⁴⁶ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Disappearances and Summary Execution*, Report of the Special Rapporteur, Philip Alston, E/CN.4/2005/7, 22 December 2004, in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/101/34/PDF/G0510134.pdf?OpenElement>.

⁴⁴⁷ *Supra*, nota 107.

⁴⁴⁸ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Disappearances and Summary Execution*, op. cit., par. 70.

obligation upon Governments to show due diligence in such context is of the utmost importance »⁴⁴⁹.

5.1. a) L'obbligo di addestramento

Oltre ad una responsabilità dello Stato per atti di privati che svolgono funzioni di natura “pubblica”, dal diritto internazionale sui diritti umani si può ricavare per lo Stato d'impiego anche un obbligo di cd. addestramento (*training*)⁴⁵⁰. Analogamente a quanto avviene nelle ipotesi appena considerate in cui lo Stato risponde per le azioni commesse dai *contractors* nel caso in cui svolgono funzioni che normalmente svolte dallo Stato, si può pensare che lo Stato abbia degli obblighi nei confronti dei *contractors* che arruola nel senso di addestrarli in modo adeguato rispetto al contesto in cui devono operare⁴⁵¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa nel senso di un obbligo per lo Stato di provvedere all'addestramento dei propri soldati impiegati in operazioni anti-terrorismo nel caso *McCann and Others v. the United Kingdom*⁴⁵², ricorso presentato dai parenti di alcune vittime colpite dagli attacchi dello *Special Air Service* in un'operazione anti-terrorismo contro l'IRA. Secondo i ricorrenti, nel caso di specie, lo Stato aveva l'obbligo « to give appropriate training, instructions and debriefing to its soldiers and other agents who may use force and exercise strict control over any operations which may involve the lethal use of force »⁴⁵³. La Corte ha affermato, in conclusione, che « it is not clear whether they had been trained or instructed to assess whether the use of firearms to wound their targets may have been warranted by the specific circumstances that confronted them at the moment of arrest. Their

⁴⁴⁹ *Ibidem*, par. 81.

⁴⁵⁰ In dottrina, v. KONTOS A. P., “Private” Security Guards: Privatized Force and State Responsibility under International Human Rights Law, in *Non-State Actors and International Law*, 2004, pp. 199-234.

⁴⁵¹ Tale affermazione sembrerebbe trovare un suo fondamento se si tengono a mente le dichiarazioni espresse da alcuni Stati in merito allo status al quale sono sottoposti i *contractors* arruolati dallo Stato ed inseriti nelle proprie Forze Armate. Si veda, ad esempio, quanto affermato dal Regno Unito in risposta al Comitato delle Nazioni Unite contro la Tortura, secondo cui « [...] In such circumstances [where private contractors are engaged by the UK Armed Forces on operations abroad] contractors would be subject to the same legal framework as the UK Armed Forces on operations abroad. In such circumstances, contractors would be subject to the same legal framework as the UK Armed Forces operating in that country », in *UNCAT Hearing: Provisions of lists of Issues to States Parties*, in part. pp. 22-23, in <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/UKresponses.pdf>.

⁴⁵² *McCann and Others v. the United Kingdom*, No. 17/1884/464/545, Judgment of 5 September 1995.

⁴⁵³ *Ibidem*, par. 151.

reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects [...] This failure by the authorities also suggests a lack of appropriate care in the control and organization of the arrest operation » ⁴⁵⁴.

È ipotizzabile dunque che lo Stato che impiega *contractors* abbia un obbligo di addestrarli analogamente a quanto avviene per i membri delle proprie Forze Armate. Se ciò è valido nell'ipotesi di *contractors*, per così dire, indipendenti, cioè di *contractors* che non dipendono da una società, nel caso di ricorso da parte dello Stato ad una compagnia militare privata sembrerebbe che l'obbligo di addestramento competa alla compagnia militare stessa rimanendo allo Stato il compito di garantire che essa adempia al tale obbligo.

Degli obblighi di addestramento più specifici sono inoltre previsti in alcune convenzioni internazionali. La Convenzione contro la tortura, ad esempio, impone agli Stati all'art. 2, par. 1, di adottare tutte le misure legislative, amministrative, giudiziarie ed ogni altra misura che sia necessaria per prevenire atti di tortura sul territorio sottoposto alla propria giurisdizione, ed all'art. 10 stabilisce più specificamente un obbligo di istruzione e di addestramento, in base al quale

« each State Party shall ensure that education and information regarding the prohibition against torture are fully included in the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody, interrogation or treatment of any individual subjected to any form of arrest, detention or imprisonment. Each State Party shall include this prohibition in the rules or instructions issued in regard to the duties and functions of any such person » ⁴⁵⁵.

Nell'obbligo di addestramento rientra anche l'obbligo per gli Stati Parti di diffusione delle disposizioni contenute nelle Convenzioni di Ginevra, come stabilito agli articoli 47 della I Convenzione di Ginevra ⁴⁵⁶, 48 della II

⁴⁵⁴ *Idem*, par. 212.

⁴⁵⁵ http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_cat39.htm.

⁴⁵⁶ Si fa riferimento alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 dedicate rispettivamente per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna (I Convenzione) e al miglioramento delle condizioni dei feriti, malati e naufraghi delle forze armate sul mare (II Convenzione), quella relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (III Convenzione) ed infine la Convenzione relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra (IV Convenzione), nonché ai due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra dell'8 giugno 1977 relativi rispettivamente alla protezione delle

Convenzione, 127 della III Convenzione e 144 della IV Convenzione, previsto anche nei due Protocolli addizionali del 1977, all'art. 83 e all'art. 19 rispettivamente nel I e nel II Protocollo. In tali articoli, redatti secondo una medesima formula ad eccezione del II Protocollo, si afferma infatti che

« Le Alte Parti contraenti si impegnano alla più ampia diffusione possibile, in tempo di pace come in tempo di guerra, del testo della presente Convenzione nei loro rispettivi paesi e, in particolare, a prevederne lo studio nei programmi d'istruzione militare nonché, se possibile, civile, in modo che i principi di essa siano conosciuti da tutta la popolazione, segnatamente dalle forze armate combattenti, dal personale sanitario e dai cappellani militari »⁴⁵⁷.

6. L'obbligo di istituire dei meccanismi giurisdizionali finalizzati alla punizione dei *contractors* e delle compagnie militari private per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario compiute nell'ambito dello svolgimento delle attività

Una questione ancora controversa è quella di capire quale Stato sia competente ad esercitare la giurisdizione nei confronti delle compagnie militari private e dei *contractors* nel caso in cui siano accusati di aver commesso gravi violazioni dei diritti umani ed anche crimini internazionali. Definire tale questione come “controversa” è quantomai appropriato, almeno nel momento in cui si scrive, considerato che ancora non vi sono dati della prassi che indichino in modo chiaro quale sia la norma in materia. Tuttavia, è proprio dai dati ricavabili dalla prassi che può supporre l'esistenza in capo allo Stato che impiega le compagnie militari private ed i *contractors* di istituire dei meccanismi giurisdizionali idonei a punire le eventuali condotte illecite commesse da quest'ultimi da una parte, e fornire alle vittime la possibilità di ottenere un risarcimento dall'altra. Nonostante in principio la competenza giurisdizionale spetti anzitutto allo Stato territoriale, dunque allo Stato ospitante, non si può non osservare che sino ad oggi gli unici casi di punizione delle condotte illecite, nei confronti sia dei *contractors* sia delle compagnie militari private, si è avuta da parte dello Stato di impiego, con un'unica

vittime dei conflitti armati internazionali ed alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali.

⁴⁵⁷ Trad. it. in FOCARELLI C., *Digesto del Diritto Internazionale*, 2004, Napoli, p. 507.

eccezione che sarà esaminata nel capitolo riguardante lo Stato ospitante. Prima di compiere alcune considerazioni riguardo a tale obbligo, vorremmo brevemente illustrare di seguito i procedimenti, conclusi e pendenti, che sono stati avviati dinanzi alle corti statunitensi nei confronti di *contractors* e delle compagnie militari private impiegate dal governo statunitense ⁴⁵⁸.

a) Procedimenti contro i contractors

Il caso Passaro dinanzi alla Corte distrettuale del Nord Carolina, negli Stati Uniti

Il 13 febbraio 2007 la Corte distrettuale del Nord Carolina ha condannato, per la prima volta negli Stati Uniti, il *contractor* statunitense D. Passaro per maltrattamenti compiuti ai danni di un cittadino afgano, A. Wali, il quale, a causa di essi, è deceduto ⁴⁵⁹. Il fatto risale al giugno del 2003 quando Passaro si trovava impiegato come *contractor* della *Central Intelligence Agency* (CIA) in Afghanistan per svolgere attività paramilitari di supporto a sostegno del personale militare statunitense. In particolare, nel giugno 2003 egli si trovava impiegato in una base militare statunitense nel nord-est dell'Afghanistan, nei pressi del confine con il Pakistan, zona che era da tempo colpita da razzi lanciati da gruppi di afgani non identificati. Il cittadino afgano Wali, essendo venuto a conoscenza di essere tra i sospetti responsabili di tali attacchi secondo le autorità statunitensi, si era spontaneamente presentato alla base per chiarire la sua posizione. Tenuto in stato di fermo in una prigione all'interno della base, Passaro aveva sottoposto Wali ad atti disumani e degradanti allo scopo di estorcergli una confessione ed un'ammissione di responsabilità, che è stata sempre negata.

⁴⁵⁸ È opportuno precisare, soprattutto con riguardo ai procedimenti civili avviati contro alcune compagnie militari private, che gli Stati Uniti si trovavano nei casi di specie a rivestire sia la posizione di Stato di impiego sia quella di Stato di sede della compagnia militare privata.

⁴⁵⁹ Purtroppo la sentenza di condanna non è ancora reperibile ma le informazioni riguardanti il caso, così come i documenti e le mozioni presentate dall'accusa e dalla difesa durante il procedimento sono disponibili al sito http://www.expose-the-war-profiteers.org/CIA/Personnel/david_passaro/profile.htm#CriminalProceedings. In dottrina, v. GIARDINO A. E., *Using Extraterritorial Jurisdiction to Prosecute Violations of the Law of War: Looking Beyond the War Crimes Act*, in *Boston College Law Review*, 2007, pp. 699-738.

Dopo aver preso conoscenza della notizia, la “gran jury” dell’*Eastern District* della Nord Carolina, su impulso del Dipartimento della giustizia statunitense, ha avviato un’indagine nei confronti di Passaro che ha condotto all’apertura del procedimento, in base all’applicazione del USA *Patriot Act*⁴⁶⁰ ed alla sua condanna. Nonostante il testo della sentenza non sia reperibile, a noi sembra interessante sottolineare le dichiarazioni rilasciate dal Procuratore generale, sia in fase di dibattimento sia successivamente all’emanazione della sentenza, il quale, richiamando quanto affermato dal Presidente Bush, ha affermato che «[...] the United States will not tolerate criminal acts of brutality and violence against detainees such as those alleged in this indictment. The types of illegal abuse detailed run counter to our values and our policies and are not representative of our men and women in the military and associated personnel serving honorably and admirably for the cause of freedom»⁴⁶¹. È interessante altresì sottolineare le tesi della difesa di Passaro secondo cui il governo era pienamente a conoscenza riguardo ai metodi di interrogatorio utilizzati dal *contractor* nei confronti dei sospetti terroristi con la conseguenza che l’incriminazione di Passaro doveva considerarsi come una strategia del governo per mascherare le sue responsabilità, in particolare in seguito agli scandali riguardanti le torture commesse dai membri dell’esercito nel carcere di Abu Ghraib.

⁴⁶⁰ Si veda la disposizione della suddetta legge, come emendata in seguito agli attentati dell’11 settembre 2001, in particolare la § 804, *Jurisdiction over Crimes Committed at the U.S. facilities abroad*, che attribuisce alle corti statunitensi la giurisdizione nei confronti dei crimini « committed by or against any U.S. national on land or facilities designated for use by the United States government », in http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/June/04_crm_414.htm.

⁴⁶¹ Reperibile in http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/June/04_crm_414.htm. Si veda anche il *Sentencing Memorandum* presentato dal governo il 12 febbraio 2007, il giorno prima che la Corte emanasse la sentenza, p. 17, in cui si afferma che « A severe sentence is necessary to provide adequate general and personal deterrence. [...] the message sent must be clear – no one is above the law and those entrusted to such duties must not use the vulnerable nature of their victims to justify their illegal actions », reperibile in <http://www.expose-the-war-profiteers.org/archive/legal/2007/20070212.pdf>.

b) Procedimenti in corso contro le compagnie militari private per la violazione di norme interne.

i) Saleh et al. v. Titan Corporation et al. ⁴⁶²

Il ricorso, presentato da alcuni individui di nazionalità irachena e svedese il 9 giugno 2004 dinanzi alla Corte distrettuale della Columbia, è rivolto contro la *Titan Corporation* e la *Caci International Incorporates*, e alcuni loro *contractors*, impiegati dal governo statunitense per svolgere servizi di traduzione e di interrogatorio per conto delle forze armate nella prigione di Abu Ghraib, in Iraq ⁴⁶³. I ricorrenti, fondandosi sull'*Alien Tort Claims Act*, hanno accusato le due compagnie e i rispettivi *contractors*, tra l'altro, di atti disumani e degradanti nonché atti di tortura, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, violenza sessuale perpetrati contro i ricorrenti durante gli interrogatori ⁴⁶⁴.

In particolare e per quanto concerne il ruolo delle compagnie militari, secondo i ricorrenti esse anzitutto non avrebbero adeguatamente scelto e addestrato le persone impiegate per i servizi di interrogatorio ponendo, di conseguenza, in posizioni di comando persone impreparate senza assicurarsi della loro professionalità. Inoltre la *Titan*, la quale aveva l'obbligo di supervisionare i *contractors* durante lo svolgimento delle attività di interrogatorio, non solo avrebbe mancato di compierlo ma avrebbe anche impedito che tali fatti venissero adeguatamente indagati e puniti ⁴⁶⁵. I giudici hanno dismissed il ricorso per la parte concernente le violazioni di norme internazionali sul presupposto che « [...] in the District of Columbia Circuit,

⁴⁶² Il testo del ricorso e le successive decisioni della corte sono reperibili al sito <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/saleh-v.-titan>. L'ultima decisione della Corte distrettuale della Columbia risalente al 26 giugno 2006 ha negato la richiesta prestata dalla *Caci* e dalla *Titan Corporation* di rigettare il caso.

⁴⁶³ V. par. 39 e ss. del ricorso.

⁴⁶⁴ Per una breve sintesi del caso, v. <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/saleh-v.-titan>.

⁴⁶⁵ In part. v. parr. 55, 57 e 60 del ricorso, secondo cui « Defendant Titan knew or should have known that Nakhla, Israel and the other employees were conspiring with Caci employees and other conspirators to engage in repeated acts of torture and mistreatment against Plaintiffs and Class Members that were intended to obtain intelligence information for the United States. [...] Defendant Titan intentionally and knowingly engaged in a conspiracy to prevent the reporting of human rights and humanitarian law violations to the appropriate authorities. [...] Defendant Titan furthered their own goals and the goals of the conspiracy by knowingly and intentionally fostering and encouraging a climate of lawlessness. Defendant Titan management expressly and implicitly encouraged employees not to report violations of the law of war committed by Titan translators and other employees ».

the law of nations did not apply to private actors like the contractors », mentre lo hanno ammesso esclusivamente per i “common law claims”⁴⁶⁶.

ii) *R. P. Nordan v. Blackwater Security Consulting*⁴⁶⁷

Il ricorso, presentato alla Corte distrettuale del Nord Carolina dai parenti dei quattro *contractors* della *Blackwater*, di cittadinanza statunitense, uccisi da un gruppo di insorti iracheni il 31 marzo 2004 nella città di Falluja in Iraq, accusa la compagnia militare e due suoi *managers*, di omicidio colposo e frode in base al diritto statunitense.

I ricorrenti sostengono che la morte dei propri familiari sia stata causata da un comportamento negligente e non rispettoso delle clausole del contratto posto in essere dalla *Blackwater*, sulla base del quale essa svolge l'attività di sicurezza. I ricorrenti accusano la compagnia di aver inviato i quattro *contractors* in Iraq senza averli dotati delle necessarie attrezzature, armi e mappe geografiche del territorio iracheno e senza un numero sufficiente di uomini, in violazione dei termini del contratto con cui la *Blackwater* aveva preso in sub-appalto il servizio (peraltro da un'altra compagnia militare statunitense, la *Control Risk Group*)⁴⁶⁸.

Nel contratto erano previsti infatti, come requisiti per lo svolgimento delle attività nel contesto iracheno, l'adozione ed il rispetto di specifiche misure di sicurezza che consistevano, tra l'altro, nella formazione di gruppi di almeno sei uomini ciascuno, laddove la *Blackwater* aveva inviato, nel caso di specie, gli uomini in un gruppo di soli quattro, nonché nel fornire ai *contractors* adeguate attrezzature, *in primis* dei veicoli armati. Inoltre era obbligo della compagnia, a termini del contratto, prima di ogni missione, compiere una valutazione sui

⁴⁶⁶ V. I. N. Ibrahim et al. v. Titan Corporation et al., United States District for the District of Columbia, 12 agosto 2005. Il testo della decisione è reperibile in http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=ceedc1c2adba2680f675de5fa1c37cda&docnum=17&_fmtstr=FULL&_startdoc=11&wchp=dGLzVzz-zSkAt&_md5=62f2c3c22314d810235a3de9ee1da30f&focBudTerms=&focBudSel=all.

⁴⁶⁷ Richard Nordan, as Ancillary Administrator for the separate Estates of S. S. Helvenston, M. R. Teague, J. G. Zovko and W. J. K. Batalona v. Blackwater Security Consulting LLC, a Delaware Limited Liability Company, Blackwater Longe and Training Center Inc., a Delaware Corporation, J. L. McQuown, an individual, and T. Powell, an individual, Complaint, 5 gennaio 2005.

⁴⁶⁸ Si veda in part. le *Factual allegations common to all causes of action, Overview*, *ibidem*.

rischi connessi al suo effettivo svolgimento e, se del caso essa li avesse valutati troppo alti, avrebbe dovuto non svolgerla.

Secondo l'accusa, il comportamento della compagnia si sarebbe concretizzato in una frode ai danni delle vittime le quali avevano deciso di arruolarsi nella *Blackwater*, in qualità di "independent contractors" proprio sulla base della garanzia di tali clausole contrattuali. Sempre secondo i ricorrenti inoltre, il comportamento della compagnia si porrebbe in contrasto con le disposizioni contenute nella maggioranza dei contratti stipulati dalla società appaltante, la ESS specializzata nel rifornimento di cibo per le forze armate statunitensi in Iraq, i cui contratti dichiarano espressamente di rifarsi alle procedure seguite dal Dipartimento di Stato statunitense il quale, a sua volta, segue delle politiche di massima tutela dell'incolumità del personale in questo genere di attività ⁴⁶⁹.

c) Procedimenti in corso contro le compagnie militari private per la violazione di norme internazionali

i) Atban, et al. v. Blackwater USA, et al. ⁴⁷⁰

Il ricorso è stato presentato l'11 ottobre 2007 di fronte alla Corte Distrettuale della Columbia dai rappresentanti di un cittadino iracheno sopravvissuto e dei parenti di tre vittime, anch'essi iracheni, uccisi da alcuni *contractors* della *Blackwater* il 16 settembre 2007 a Bagdad, uno tra i più recenti incidenti che ha coinvolto i dipendenti della compagnia nel contesto iracheno, in seguito al quale, peraltro, il governo iracheno ha protestato ufficialmente minacciando di sospendere la licenza concessa alla compagnia per operare in Iraq ⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Cfr. par. 52 del ricorso.

⁴⁷⁰ Il testo del ricorso è reperibile in http://ccrjustice.org/files/Atban_complaint_10_07.pdf.

⁴⁷¹ V. per un resoconto sull'incidente gli articoli di giornale di MOLINARI M., *Fuori i mercenari di Blackwater. L'ordine di Bagdad*, del 18 settembre 2007, in http://www.lastampa.it/_web/cmstp/tmplRubriche/giornalisti/grubrica.asp?ID_blog=43&ID_articolo=580&ID_sezione=58&sezione=Finestra%20sull'America; ZAGORIN A., BENNETT B., *Iraq Limits Blackwater's Operation*, in <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1662586,00.html?xid=feed-cnn-topics>. Più in generale, sul dibattito che tale incidente ha provocato nell'opinione pubblica soprattutto statunitense, v. SINGER P. W., *Banned in Baghdad: Reactions to the Blackwater License Being Pulled*, in

Secondo i ricorrenti, l'uccisione sarebbe avvenuta in modo ingiustificato senza che vi fosse stata alcuna giustificazione nei confronti dei *contractors*. La compagnia militare è accusata di aver agito negligenemente e di non aver saputo prevenire gli atti illeciti commessi dai propri *contractors*, in particolare nel non aver impiegato, addestrato, supervisionato in modo adeguato il proprio personale nonché nel non aver investigato sugli illeciti da essi commessi ⁴⁷².

Nel ricorso, in cui si accusa la *Blackwater* di aver “create and foster a culture of lawfulness amongst its employees, encouraging them to act in the company’s financial interests at the expense of innocent human life” ⁴⁷³, si chiede alla stessa il risarcimento dei danni ai familiari delle vittime nonché “punitive damages in an amount sufficient to punish Erik Prince and his *Blackwater* companies for their repeated callous killings of innocents” ⁴⁷⁴.

Il carattere illecito della compagnia e la minaccia che essa rappresenta per gli stessi Stati Uniti, sarebbe dimostrato secondo i ricorrenti, dai comportamenti posti in essere da essa e dai suoi dipendenti nello svolgimento delle attività in Iraq, tra cui vi sarebbe, tra l'altro, l'utilizzo eccessivo, di tipo offensivo anziché difensivo, della forza armata da parte dei suoi dipendenti nonché l'arruolamento di mercenari gravemente coinvolti in violazioni dei diritti umani nei rispettivi paesi di origine e che violano nel territorio iracheno il diritto internazionale ed il diritto iracheno. Alla luce di ciò e sulla base dell'*Alien Tort Statute*, la *Blackwater* e il suo Direttore E. Prince sono stati accusati, tra l'altro, di uccisioni extragiudiziali, di crimini di guerra, di omicidio colposo, di aggressione nonché di “negligent hiring, training and supervision” ⁴⁷⁵.

www.brookings.edu/edu/views/op-ed/psinger/20070917.html, e l'editoriale del 1 ottobre 2007, *Subcontracting the War*, in <http://www.nytimes.com/2007/10/01/opinion/01mon2.html>. L'incidente è stato oggetto di inchiesta anche da parte della Commissione della Camera dei Rappresentanti statunitense “on Oversight and Government Reform” considerata nel precedente paragrafo.

⁴⁷² V. in part. par. 22 del ricorso.

⁴⁷³ Cfr. par. 3 del ricorso.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ V. i capi di accusa, riportati ai parr. 65-97 del ricorso.

ii) *Estate of A. H. Albazzaz c. Blackwater Worldwide et al.*⁴⁷⁶

Analogamente al precedente, anche tale ricorso è stato presentato il 19 dicembre 2007 per conto della famiglia di un cittadino iracheno, A. H. Albazzaz, ucciso dai *contractors* della Blackwater nei pressi della piazza di Al Watahba, a Bagdad, il 9 settembre 2007. Il ricorso accusa i *contractors* di essere dei mercenari e di aver ucciso ingiustificatamente cinque civili iracheni, tra cui Albazzaz e di averne feriti altrettanti⁴⁷⁷. Nel ricorso si afferma, tra l'altro, che la *Blackwater* avrebbe violato l'*Alien Tort Statute* commettendo crimini di guerra ed altre gravi violazioni⁴⁷⁸. La compagnia si sarebbe resa altresì responsabile per aver impiegato, addestrato, e supervisionato negligenzemente i propri *contractors*⁴⁷⁹.

6.1. Alcune considerazioni in merito all'obbligo di istituire dei meccanismi giurisdizionali

Dopo aver illustrato brevemente i procedimenti di natura civile pendenti, se si esclude il caso *Passaro*, dinanzi alle corti statunitensi finalizzati all'ottenimento del risarcimento da parte delle vittime, vorremmo compiere alcune considerazioni in merito all'esistenza di un tale obbligo.

Come già affermato, a noi sembra che ancora sia prematuro affermare l'esistenza di un tale obbligo soprattutto alla luce del fatto che ancora non vi sono dei dati della prassi che supportino una tale affermazione. Inoltre, è opportuno ricordare come il dinamismo delle corti statunitensi si sia reso possibile da una serie di ragioni, tra cui, come è noto, la presenza nell'ordinamento statunitense di una legge, l'*Alien Tort Claims Act*, che

⁴⁷⁶ Il testo del ricorso è reperibile in http://ccrjustice.org/files/Albazzaz_Complaint_12_07_0.pdf.

⁴⁷⁷ Cfr. par. 2, del ricorso.

⁴⁷⁸ Cfr. par. 69 ss., del ricorso.

⁴⁷⁹ Cfr. par. 87-88, del ricorso. Inoltre, occorre rilevare la presentazione il 30 giugno 2008, di altri ricorsi per violazione di norme interne ed internazionali, dinanzi alle corti distrettuali statunitensi da parte del *Centre for Constitutional Rights* per conto di quattro cittadini iracheni vittime di torture e di atti inumani e degradanti nel carcere iracheno di Abu Ghraib. I ricorrenti hanno convenuto a giudizio sia le compagnie che i singoli *contractors* coinvolti negli abusi. Si tratta dei casi *Al-Quraishi c. Caci International e altri*; *Towfek Al-Tae c. L-3 Services, Inc.*; *Al Shimari c. Caci International e altri*; *Al-Ogaidi c. Caci International e altri*. I testi di tali ricorsi sono reperibili in <http://ccrjustice.org/newsroom/press-releases/ccr-files-four-new-abu-ghraib-torture-lawsuits-targeting-military-contractor>.

consente a qualsiasi individuo, anche di nazionalità straniera, di adire le corti statunitensi nel caso in cui si ritenga vittima di una violazione di diritto internazionale, che non ha corrispondenti negli ordinamenti di nessun altro paese. A tale proposito, non può trascurarsi il fatto che gli Stati Uniti rappresentano non solo lo Stato di impiego ma anche lo Stato di sede delle compagnie militari stesse.

Occorre tuttavia altresì dire che l'obbligo dello Stato di impiego di istituire dei meccanismi volti alla punizione dei *contractors* e delle compagnie militari nonché la possibilità data alle vittime di rivolgersi alle proprie corti per eventuali azioni risarcitorie, a noi sembra che risponda a quell'*esigenza di controllo* che da sempre l'autorità sovrana ha rivendicato nei confronti degli enti privati autorizzati a svolgere attività di carattere militare⁴⁸⁰. In questo senso, a noi sembra che assuma rilievo l'indagine di carattere storico-giuridica compiuta all'inizio dello studio, precisamente nel primo capitolo della prima parte, nella misura in cui in essa può fornire delle chiavi di lettura dell'attuale fenomeno. A tale proposito, non può non sottolinearsi come l'esercizio della giurisdizione da parte dell'ente sovrano che impiegava i privati ha sempre costituito un elemento fondamentale per stabilire la loro legittimità a svolgere tale funzione. Al riguardo, non sono mancate recentemente opinioni della dottrina a favore dell'affermazione di un obbligo, in base al diritto internazionale umanitario, in capo agli Stati che impiegano le compagnie militari di istituire « internal oversight, accountability, and liability mechanisms to ensure that these actors comply with international and domestic legal norms and regulation »⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ A tale proposito, si rimanda al capitolo primo della Parte Prima.

⁴⁸¹ Cfr. GASTON E. L., *Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement*, in *Harvard International Law Journal*, 2008, pp. 221-248. Secondo l'a. un tale approccio avrebbe il merito di riconoscere apertamente l'ampio utilizzo che gli Stati fanno delle compagnie militari private e risolvere i problemi derivanti dal loro impiego. A tale proposito, l'a. dichiara infatti che « ... one feasible solution to some of the issues with PMSC use would be to establish an IHL principle requiring states that used nonstate actors as complements to military operations to establish oversight and control mechanisms that would ensure their compliance with international and domestic laws to the extent possible », p. 243. V. anche DE WOLF A. H., *Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, pp. 315-355.

6.2. L'inchiesta avviata dalla Commissione del Congresso statunitense riguardante le attività compiute dalla *Blackwater* in Iraq e Afghanistan e il rapporto emanato dall'*Advisory Council on International Affairs* del governo dei Paesi Bassi.

In relazione all'azione di controllo promossa dagli organi istituzionali dello Stato di impiego, ci sembra debba farsi anzitutto riferimento all'inchiesta avviata, a partire dal 7 febbraio 2007, dalla Commissione della Camera dei Rappresentanti del Congresso statunitense *on Oversight and Government Reform* concernente le attività commesse nel territorio iracheno dalla *Blackwater*, compagnia militare privata con sede in Nord Carolina, impiegata come *contractor* dal Dipartimento della Difesa⁴⁸².

L'impulso all'iniziativa è stato dato dall'incidente avvenuto il 31 marzo 2004 a Falluja, in Iraq, in cui quattro *contractors* della *Blackwater*, di nazionalità statunitense, furono brutalmente uccisi da gruppi di insorti iracheni⁴⁸³. Nel frattempo, anche la Commissione del Congresso ha deciso di ascoltare i familiari delle vittime indicando il 7 febbraio 2007, la prima udienza⁴⁸⁴. Da tale episodio l'attività della Commissione si è ampliata, più in

⁴⁸² È opportuno precisare ancora una volta che nel caso di specie gli Stati Uniti si configurano sia come Stato di sede sia come Stato di impiego della *Blackwater* e dunque il collegamento tra quest'ultima e lo Stato è particolarmente stretto e *a fortiori* comporta, per il nostro discorso, una più stringente azione di controllo.

⁴⁸³ Sulla vicenda si legga l'articolo *Incident Report Fault Blackwater in Falluja Ambush*, in <http://oversight.house.gov/story.asp?ID=1503>. In dottrina v. MLINARCIK J. T., *Private Military Contractors & Justice: A Look at the Industry, Blackwater, & the Falluja Incident*, in *Regent Journal of International Law*, 2006, pp. 129-147.

⁴⁸⁴ V. il *Memorandum* emanato dalla Commissione, il 7 febbraio 2007, in cui si dichiara che « Today's hearing provides an opportunity about the extensive use of private security services: (1) Are private security contractors operating in Iraq doing an adequate job? (2) How much are they costing the federal taxpayer? And (3) is the federal government providing sufficient oversight? The hearing will focus in particular on the operations of Blackwater USA, one of the largest security contractors operating in Iraq », in <http://oversight.house.gov/documents/20070207112222-87567.pdf>. V. inoltre il rapporto finale preparato dal Presidente della Commissione, H. A. Waxman, *Private Military Contractors in Iraq: An Examination of Blackwater's Actions in Fallujah*, United States House of Representatives, Committee on Oversight and Government Reform, Majority Staff, September 2007, in <http://oversight.house.gov/documents/20070927104643.pdf>. V. a p. 6 quanto affermato rispetto alla vicenda: « Although the ambush of the Blackwater personnel in Falluja is one of the most infamous episodes in the Iraq War, little is publicly known about the events leading up to the ambush and how the itself transpired. As a result, there is considerable uncertainty about a key issue: *Did reckless or irresponsible actions by Blackwater contribute to the deaths of the four contractors and the military and political setbacks that ensued after the Falluja incident?* ». Corsivo aggiunto. V. anche la testimonianza dei familiari delle vittime dinanzi alla Commissione, *Testimony of K. Helvenstone-Wettengel, R. Teague, D. Zovko and K. Batalona*, secondo cui « [...] Blackwater also promised our men certain protections which were critical in determining whether to accept such high-paying jobs to work in a war zone. [...] Blackwater did not provide our men any of these protections. It is undisputed that they did not have armored vehicles. They did not have a team of six. They did not have three people in each vehicle. They

generale, alle attività svolte dai *contractors* impiegati dal governo statunitense in Iraq e Afghanistan giungendo all'emanazione di un successivo *Memorandum*, del 2 ottobre 2007, "Blackwater USA: Private Military Contractor Activity in Iraq e Afghanistan" riguardante i principali incidenti avvenuti in Iraq in cui sono rimasti coinvolti i *contractors* della *Blackwater*.

È interessante rilevare dai documenti redatti dalla Commissione alcuni punti su cui l'attenzione della Commissione si è soffermata, in particolare essa ha cercato di formulare una valutazione sulle attività svolte dalla compagnia militare all'estero, in particolare in Iraq, evidenziando peraltro il mancato controllo da parte del governo statunitense nei confronti della compagnia ⁴⁸⁵.

Con riguardo alla prima questione, la Commissione ha ammesso che "there has been no comprehensive assessment of the quality of the work done by private security contractors" concludendo che, almeno per quanto concerne l'incidente di Falluja, e sulla base dei documenti di cui era a disposizione, la compagnia militare ha commesso gravi errori consistenti, nello specifico, nella mancanza di adottare tutte le misure in materia di sicurezza dei propri dipendenti che essa aveva l'obbligo di prendere in base alle clausole contenute nel contratto di impiego esprimendo, a tale riguardo, vive perplessità "about the consequences of engaging private, for-profit entities to engage in essentially military operations in a war zone" ⁴⁸⁶.

did not have a rear gunner. They did not have heavy machine weapons. They were not able to conduct a risk assessment of the mission. They did not have a chance to learn the routes before going on the mission. [...] Blackwater has never denied that it did not provide our men with those problems with those protections. Instead, Blackwater has simply said it can't be sued for its conduct, no matter how wrongful or malicious », in part. pp. 4, 6, 7. È altresì interessante, ai fini della nostra indagine, quanto affermato dai familiari delle vittime in conclusione della loro testimonianza, secondo i quali « [...] we are seeking accountability for the wrongful conduct of Blackwater. [...] There needs to be accountability for their conduct. While Blackwater is private North Carolina company and should be held to answer to a North Carolina jury, the government should also assure the same accountability and oversight for other private contractors operating abroad. [...] If the message is sent through the industry that private contractors will be held accountable for their wrongful conduct abroad, the companies may devote more attention to the safety of their workers and less to the amount of their profits ».

⁴⁸⁵ Si ricordi che nel caso di specie gli Stati Uniti rappresentano sia lo Stato di sede che quello di impiego della *Blackwater*, dunque è presumibile che il collegamento tra i due sia ancora più stretto rispetto alla situazione in cui le due figure corrispondano a due Stati distinti.

⁴⁸⁶ A tale proposito, v. le conclusioni raggiunte dalla Commissione, nel rapporto finale, *Private Military Contractors in Iraq: An Examination of Blackwater's Actions in Fallujah*, spec. p. 17, secondo cui « [...] Blackwater embarked on this mission without sufficient preparation, resources, and support for its personnel. According to these documents, Blackwater took on the Falluja mission before its contract officially began, and after being warned by its predecessor that it was too dangerous. It sent its team on the mission without properly armored vehicles and machine guns. And it cut the standard mission team by two members, thus depriving them of rear gunners. Blackwater took all of these actions before sending the team into an area known to be an insurgent stronghold ».

Circa il secondo punto, e cioè sull'azione di controllo dello Stato sulla compagnia, la Commissione ha condannato la mancata azione di controllo da parte del governo e sulla poca chiarezza che circonda i contratti stipulati dal governo con la *Blackwater*, nonostante il fatto che vi sia stata una Commissione d'inchiesta *ad hoc*. Per quanto concerne, più in particolare, l'incidente di Falluja, la Commissione afferma che « [...] to this day, almost three years after the incident in Falluja, there remains a dispute about the identity of the prime contract under which the four Blackwater personnel were conducting their mission at the time of their deaths. [...] It would be reasonable to expect that nearly three years after the incident, the Defense Department would be able to answer basic questions about the existence of private security subcontracts, the contracts and contracts involved, and the costs to the taxpayer. The fact that the Defense Department is unable to answer these simple questions suggests that federal oversight of private security contracts is unsatisfactory »⁴⁸⁷.

Sempre con riguardo alla responsabilità dello Stato di impiego di esercitare un controllo nei confronti delle compagnie e dei *contractors*, a noi sembra deponga anche il rapporto emanato nel dicembre 2007 dall'*Advisory Council on International Affairs*, su richiesta del governo dei Paesi Bassi⁴⁸⁸. Il suddetto rapporto, che contiene un'analisi del fenomeno delle compagnie militari private sotto diversi punti di vista, tra cui quello politico, economico e giuridico, appare interessante ai fini del nostro discorso nella parte in cui affronta in particolare la questione degli obblighi incombenti ai Paesi Bassi in qualità di Stato di impiego. A proposito delle implicazioni giuridiche derivanti dall'impiego di compagnie militari private, nel Rapporto si afferma anzitutto che « the key issues are transparency, monitoring and responsibility » oltre che l'impiego di tali compagnie è permesso solamente « under strict conditions »⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ Il Rapporto, intitolato *Employing Private Military Companies: A Question of Responsibility*, è stato pubblicato in *Netherlands International Law Review*, 2008, pp. 117-154. Si trova altresì pubblicato in [http://www.aiv-advice.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/webversie_AIV_59eng\(1\).pdf](http://www.aiv-advice.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/webversie_AIV_59eng(1).pdf). Il testo della richiesta inviata dal Ministro della Difesa dei Paesi Bassi è reperibile in <http://www.aiv-advice.nl/>.

⁴⁸⁹ Cfr. par. II.4, p. 127, del Rapporto.

Ciò si traduce ad esempio, secondo quanto affermato nel Rapporto, nell'obbligo dello Stato di impiego di garantire il rispetto delle Convenzioni di Ginevra, come previsto nell'art. 1 delle medesime e come da noi già considerato precedentemente. Si afferma infatti che « [...] a state that employs a private security company have been properly trained, that they have given appropriate instructions governing the use of force and, if necessary, that repressive action is taken against violations »⁴⁹⁰.

Più in generale, nel Rapporto si invita il governo dei Paesi Bassi a ricorrere alle compagnie militari private solo nel caso in cui « [...] it is able to control the way in which the company in question performs its agreed task, especially since there are loopholes in the prosecution process »⁴⁹¹. Tale controllo è volto a garantire e preservare il monopolio da parte dello Stato dell'uso della forza armata. Nel Rapporto si chiarisce infatti che « [o]nly states are entitled to use force, only under certain circumstances, and every state is and remains responsible and liable for the use of force – either directly or by others on its behalf – in or against another state » con la conseguenza che « [t]his responsibility cannot be evaded through contracts with PMCs »⁴⁹². Inoltre, la suddetta azione di controllo comprende, secondo il Rapporto, anche l'obbligo dello Stato di impiego di porre in essere i mezzi giurisdizionali necessari affinché le vittime delle violazioni, in particolare dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, possano ottenere un risarcimento soprattutto laddove i *contractors* risultino immuni dalla giurisdizione dello Stato ospitante. È inaccettabile infatti, in base al Rapporto, « if in cases where it employs the services of PMCs, the Netherlands had no obligations towards the victims of the actions (or inaction) of those PMCs »⁴⁹³.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione, vorremmo esprimere alcune considerazioni che appaiono utili ai fini della trattazione concernente la responsabilità dello Stato

⁴⁹⁰ Cfr. par. II.4, p. 132, del Rapporto.

⁴⁹¹ Cfr. par. IV.2, p. 140, del Rapporto.

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ *Ibidem*.

d'impiego. Il primo elemento da porre in rilievo è, per così dire, di ordine metodologico, e riguarda la rilevanza che assume, sempre ai fini della responsabilità dello Stato, la possibile applicazione della disciplina dei mercenari ai *contractors*. Il secondo elemento da sottolineare concerne le problematiche che la nostra analisi ha voluto evidenziare qualora si intenda applicare i criteri di attribuzione di un atto di privati allo Stato previsti nel Progetto di articoli della CDI. Pur non volendo escludere *a priori* la possibilità di una loro applicazione, ma anzi avendo cercato delle loro possibili applicazioni, a noi sembra tuttavia che sia utile sottolineare le peculiarità che l'impiego delle compagnie militari e dei *contractors* presenta rispetto alle altre tipologie di privati.

Sulla base di tali presupposti, l'analisi si è così ampliata al di là dell'applicazione dei criteri previsti nel Progetto di articoli andando ad indagare se lo Stato d'impiego debba rispondere sul piano internazionale anche per altri obblighi. Di qui la trattazione di alcuni dei principali obblighi che sembrano possano ricavarsi in particolare dalla disciplina concernente la tutela dei diritti umani. Infine, nel capitolo si è dato conto della prassi, tuttora *in fieri*, concernente i procedimenti avviati contro le compagnie militari e quello conclusosi con la condanna del *contractor Passaro* cercando di ricostruire da essi un nascente obbligo internazionale per gli Stati che impiegano tali enti ed individui che risponderebbe all'esigenza di controllo delle loro condotte, consistente nell'istituzione di meccanismi giurisdizionali volti alla punizione del responsabile ed al risarcimento della vittima. Vorremmo concludere con una considerazione riguardante le modalità con cui i suddetti dati della prassi sono stati inquadrati nel presente lavoro. A noi sembra ragionevole e coerente con il nostro studio che l'azione di controllo nei confronti delle compagnie militari private e dei *contractors* sia condotta anzitutto dallo Stato che li impiega e, a tale riguardo, occorre sottolineare che i dati oggi reperibili vanno in tal senso. Tuttavia, alla luce del fatto che i dati sono estremamente esigui oltre che ancora incompleti, non escludiamo la possibilità che siano suscettibili di essere inquadrati in modo differente proprio sulla base di dati nuovi provenienti, magari, anche dalla prassi di Stati diversi dagli Stati Uniti.

Capitolo secondo

La responsabilità dello Stato di sede e di eventuali altri Stati

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Alcune considerazioni preliminari sulla responsabilità internazionale dello Stato di sede e di eventuali altri Stati derivante dalla violazione degli obblighi convenzionali in tema di mercenari. — 3. La responsabilità internazionale dello Stato di sede e degli eventuali altri Stati coinvolti in attività mercenarie in base alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento dei mercenari. — 4. La responsabilità internazionale per gli Stati Parti alla Convenzione dell'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa. — 5. L'obbligo di carattere consuetudinario, in via di formazione, dello Stato di sede di regolare le attività della compagnia militare privata. — 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dopo aver analizzato nel capitolo precedente i problemi concernenti la responsabilità dello Stato d'impiego per gli atti dei *contractors*, nel capitolo che segue affrontiamo le questioni che riguardano la responsabilità internazionale dello Stato di sede della compagnia militare privata.

Una questione preliminare consiste nel chiedersi cosa si debba intendere per “Stato di sede” della società, se cioè con tale termine ci si riferisce allo Stato di costituzione della società o se si intende invece fare riferimento allo Stato nel cui territorio si trova la sede amministrativa della società.

Riteniamo che una soluzione a tale proposito potrebbe provenire dall'applicazione dei criteri previsti all'art. 9 del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica approvato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2006, ai fini dell'individuazione dello Stato di nazionalità di una società⁴⁹⁴. Riprendendo quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso

⁴⁹⁴ Il testo è reperibile in http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. L'art. 9 del Progetto di articoli dichiara che « [f]or the purpose of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality ».

*Barcelona Traction*⁴⁹⁵, la Commissione ha confermato nel suddetto articolo, come principale criterio di individuazione, quello dello Stato di costituzione della società⁴⁹⁶, insieme con quello della presenza di una sua sede nel territorio dello Stato medesimo⁴⁹⁷. Tuttavia, l'art. 9 non ha escluso che lo Stato di nazionalità di una società possa essere diverso da quello di costituzione. Al riguardo infatti, è previsto che lo Stato di nazionalità sia lo Stato in cui si trovi la sede amministrativa e il controllo finanziario della società a patto che vengano soddisfatte determinate condizioni⁴⁹⁸.

Una volta individuato pertanto lo Stato di sede attraverso l'applicazione dei suddetti criteri, si può passare all'analisi degli obblighi internazionali che spettano a tale Stato. A tale riguardo, è opportuno distinguere questi ultimi a seconda che si tratti di obblighi convenzionali o consuetudinari. La nostra analisi prenderà dunque le mosse da questa distinzione esaminando dapprima la responsabilità dello Stato di sede in base alle convenzioni internazionali in tema di mercenari, qualora ne sia Parte contraente e, in un secondo momento, in base agli obblighi di natura consuetudinaria evidenziando i caratteri che distinguono i suddetti regimi.

2. Alcune considerazioni preliminari riguardanti la responsabilità internazionale dello Stato di sede e di eventuali altri Stati derivante dalla violazione degli obblighi convenzionali in tema di mercenari

Prima di approfondire i regimi, convenzionali e consuetudinari, riguardanti la responsabilità internazionale dello Stato di sede, è opportuno compiere

⁴⁹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, in <http://www.icj-cij.org/doctet/files/50/5387.pdf>.

⁴⁹⁶ Cfr. quanto affermato nel commento all'art. 9, par. 3, p. 53, secondo cui « [a]s the law of most States require a company incorporated under its laws to maintain a registered office in its territory, even if this is a mere fiction, incorporation is the most important criterion for the purposes of diplomatic protection », nonché al par. 4, p. 54, in cui si afferma che « [D]raft article 9 accepts the basic premise of *Barcelona Traction* that it is incorporation that confers nationality in a corporation for the purposes of diplomatic protection ».

⁴⁹⁷ Cfr. par. 70, p. 42, della sentenza, in cui si afferma che « [t]h traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office ».

⁴⁹⁸ Affinché lo Stato di nazionalità possa essere individuato come uno Stato diverso da quello di costituzione, l'art. 9 prevede la soddisfazione cumulativa delle seguenti condizioni: e cioè che la società sia controllata da cittadini di un altro Stato; che la società non svolga "substantial business activities" nello Stato di incorporazione; infine che sia la sede amministrativa sia il controllo finanziario della società siano allocati in un altro Stato, par. 5, p. 54, del commento all'art. 9.

talune precisazioni ai fini di una migliore comprensione della trattazione che segue. La puntualizzazione principale consiste nel porre in evidenza che le convenzioni vigenti sul piano internazionale e su quello regionale in materia di mercenari pongono degli obblighi non solo allo Stato di sede, ma anche ad eventuali altri Stati che siano coinvolti nelle attività considerate illecite in base alle convenzioni. La Convenzione delle Nazioni Unite pone infatti, ad esempio, degli obblighi non solo allo Stato che ospita nel proprio territorio la sede di una compagnia militare privata che recluta mercenari, ma anche allo Stato nel cui territorio avviene il solo loro reclutamento o addestramento⁴⁹⁹. Analogamente, la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana impone degli obblighi, oltre che allo Stato che ospita nel proprio territorio società che reclutano, addestrano, impiegano mercenari, anche agli Stati nel cui territorio avviene il solo passaggio o il solo reclutamento di mercenari ed ogni altra attività suscettibile di promuovere il mercenarismo⁵⁰⁰.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle convenzioni sui mercenari sopra considerato, appare quindi rilevante evidenziare un'altra conseguenza derivante dalla possibilità di applicare la definizione di mercenario ai *private contractors*, quella cioè consistente nel fatto che le suddette convenzioni si rivolgono ad una molteplicità di Stati. Tale conseguenza assume una significativa rilevanza pratica allorché si consideri che molto spesso le compagnie militari private, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, delocalizzano alcune delle loro attività, come ad esempio quella del reclutamento di persone, in Stati diversi da quello di sede, solitamente Stati poveri o in via di sviluppo. Qualora dunque lo Stato in questione, cioè lo Stato di reclutamento, sia Parte Contraente di una delle due convenzioni vigenti in materia di mercenari e le persone reclutate rispondano ai requisiti previsti nelle medesime e possano essere definiti come "mercenari", esso si rende responsabile, sul piano internazionale, della violazione dell'obbligo di prevenire e punire tale attività.

⁴⁹⁹ Ciò lo si ricava in particolare dall'art. 5, parr. 1 e 2 della Convenzione delle Nazioni Unite.

⁵⁰⁰ V. spec. art. 6 della Convenzione OUA.

3. La responsabilità internazionale dello Stato di sede e degli eventuali altri Stati coinvolti in attività mercenarie in base alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento dei mercenari

Come già espresso nella prima parte del lavoro relativamente alla disciplina sui mercenari, occorre osservare che, in presenza di determinate condizioni, la normativa sui mercenari contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite si applica anche ai *contractors*. È dunque sul presupposto che le compagnie militari private siano suscettibili di svolgere delle attività e di reclutare degli individui definibili come “mercenari” in base alla Convenzione delle Nazioni Unite, che affrontiamo la questione della responsabilità internazionale dello Stato di sede per tali attività.

Prima però è opportuno chiarire quali sono gli obblighi che la Convenzione stabilisce per lo Stato di sede. A tale proposito, vanno presi in considerazione in particolare gli artt. 6 e 7 della Convenzione che prevedono per gli Stati l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie al fine di prevenire che attività illecite si svolgano nel proprio territorio, anche nell'ipotesi in cui tali attività siano poste in essere in concreto nel territorio di un altro Stato, tra cui “the prohibition of illegal activities of persons, groups and organizations that encourage, instigate, organize or engage in the perpetration of such offences”⁵⁰¹.

È da sottolineare, proprio ai fini del nostro lavoro, che l'art. 6 della Convenzione pone agli Stati Parti un obbligo di prevenzione e di punizione nei confronti di singoli individui, gruppi e organizzazioni, i quali in vario modo incoraggino, istighino, organizzino o siano in altro modo coinvolti nella perpetrazione di attività mercenarie. In tale elenco sono suscettibili di rientrare dunque anche le compagnie militari private laddove svolgano attività rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione. Ne consegue che uno Stato parte alla Convenzione che ospita nel proprio territorio la sede di una compagnia militare che svolge attività mercenarie, ha l'obbligo di impedire che

⁵⁰¹ Cfr. in part. l'art. 6, lett. a) della Convenzione.

ciò avvenga mediante tutti gli strumenti di carattere preventivo e repressivo di cui è a disposizione, attraverso ad esempio l'introduzione nel proprio ordinamento di disposizioni legislative ed anche un'azione di controllo del proprio territorio.

La Convenzione inoltre impone a tutti gli Stati contraenti un obbligo di cooperazione che consiste nell'adottare tutte le misure necessarie al fine di eliminare il fenomeno del mercenarismo, misure che sono specificate nelle disposizioni contenute agli artt. 8, 10 e 13 ⁵⁰².

A noi sembra importante sottolineare, a proposito delle norme contenute nella Convenzione, che esse pongono degli obblighi anche agli Stati diversi da quello di sede, in particolare nei confronti degli Stati in cui avviene il reclutamento di mercenari, nel caso in cui sia diverso dallo Stato di sede. Tale elemento assume una particolare rilevanza in uno studio concernente le compagnie militari private considerando che, per la loro natura "transnazionale", esse possono dislocare le proprie attività in diversi Stati. La precisazione ci sembra importante anche alla luce di quanto avvenuto nel contesto post-bellico iracheno. Numerose compagnie infatti, hanno aperto delle proprie agenzie succursali nel territorio di altri Stati rispetto a quello di sede, allo scopo di svolgervi attività volte principalmente al reclutamento di individui da inviare come personale addetto alla sicurezza in Iraq e in Afghanistan ⁵⁰³.

⁵⁰² Rimandando per una più approfondita analisi alla parte del nostro lavoro dedicata in modo specifico al regime convenzionale degli obblighi, basti qui ricordare in breve il contenuto delle disposizioni citate al fine di individuare le misure specifiche di collaborazione previste dalla Convenzione. In particolare, l'art. 8 prevede che ciascuno Stato contraente, il quale abbia motivo di ritenere che un'attività a carattere mercenario, in base al proprio diritto, è stata o è in procinto di commettersi, ha l'obbligo di comunicare le informazioni direttamente allo Stato che sarà minacciato da tali attività o tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite. Inoltre, all'art. 10 è previsto che lo Stato sul cui territorio si trovi una persona colpevole di un'attività illecita ai sensi della Convenzione, la tenga in uno stato di fermo ed informi direttamente, o tramite il Segretario Generale, lo Stato nel territorio del quale l'attività è stata commessa, lo Stato contro il quale l'attività era diretta; lo Stato di nazionalità della persona, fisica o giuridica, contro cui l'azione era diretta, lo Stato di nazionalità, o di abituale residenza nel caso si tratti di un apolide, del colpevole nonché ogni altro Stato Contraente a cui si ritenga opportuno notificare l'arresto. All'art. 13 è previsto infine che gli Stati contraenti si prestino, tra di loro, le più ampie misure di assistenza in connessione con i procedimenti penali aperti relativi agli illeciti previsti dalla Convenzione.

⁵⁰³ Cfr. i rapporti redatti dal *Working Group* delle Nazioni Unite "on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the rights of peoples to self-determination" in seguito alle visite che il Relatore Speciale ha effettuato in particolare in Cile, in Ecuador, nelle isole Fiji e in Perù, tra cui da ultimo lo *Statement* presentato alla quarta sessione del Consiglio dei diritti umani a Ginevra il 21 marzo 2007, reperibile in http://www.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/statwgm_en.pdf. I rapporti rispettivi a ciascuna visita compiuta dal Relatore Speciale nei suddetti Stati sono reperibili in

Se quanto espresso sinora riguarda gli obblighi contenuti nella Convenzione delle Nazioni Unite, possiamo ora ad esaminare il regime riguardante la responsabilità internazionale degli Stati per la loro violazione. A tale riguardo, occorre anzitutto ricordare che nella Convenzione non è previsto un regime speciale di responsabilità rispetto a quanto previsto nel diritto internazionale generale, come si ricava dalla disposizione contenuta nell'art. 16, lett. (a), in cui si dichiara che la Convenzione si applica senza pregiudicare le norme relative alla responsabilità internazionale degli Stati, come codificate nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati redatto dalla Commissione di Diritto internazionale. La Convenzione indica peraltro alle Parti Contraenti le procedure di negoziazione e di arbitrato da seguire nei casi in cui vi sia una controversia relativa all'interpretazione e applicazione delle disposizioni permettendo ad una delle Parti di adire la Corte Internazionale di Giustizia⁵⁰⁴.

Uno Stato che si consideri leso dalla violazione, da parte di un altro Stato, dell'obbligo di non ospitare nel proprio territorio le compagnie militari, laddove esse impieghino e svolgano mercenari, o di prevenire l'attività di reclutamento di mercenari nel proprio territorio, può denunciare tale condotta in base a quanto previsto nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati⁵⁰⁵. Quale Stato o quali Stati nell'ipotesi in cui vi sia una pluralità di Stati lesi, può considerarsi leso dalla commissione di tali attività? Riteniamo che lo Stato "leso" da tali attività sia anzitutto lo Stato nel cui territorio i *private contractors* svolgono l'attività nonché lo Stato di nazionalità degli individui che siano vittima degli illeciti commessi dai *contractors*⁵⁰⁶.

Per quanto concerne le conseguenze derivanti dall'illecito commesso dallo Stato, a noi sembra, sebbene non vi siano ancora dati della prassi, che possano essere individuate, alla luce delle attività svolte dalle compagnie militari, due conseguenze ricollegabili alla disciplina generale sulla responsabilità statale.

<http://www.ohchr.org/english/issues/mercenaries/index.htm>.

⁵⁰⁴ Cfr. art. 17, par. 1.

⁵⁰⁵ Cfr. artt. 42 e 43 del Progetto di articoli riguardanti rispettivamente l'invocazione di responsabilità da parte di uno Stato leso e il "notice of claim" di quest'ultimo, in CRAWFORD, op. cit., pp. 69-70.

⁵⁰⁶ Nel capitolo successivo sarà presa in considerazione in modo più approfondito la posizione dello Stato ospitante ed in particolare i problemi collegati al consenso prestato dagli Stati che ospitano nel proprio territorio i *private contractors*. Qui è sufficiente invece riferirsi allo Stato ospitante semplicemente definendolo come lo Stato sul cui territorio i *contractors* operano.

La prima, consistente nella cessazione dell'illecito, dovrebbe consistere nella predisposizione, da parte dello Stato di sede, all'interno del proprio ordinamento di leggi che vietino alle compagnie militari private di svolgere delle attività mercenarie, ai sensi della Convenzione. Tali leggi costituiscono infatti il passo necessario per lo Stato contraente per dare esecuzione agli obblighi internazionali di prevenzione che la Convenzione gli impone ⁵⁰⁷.

In secondo luogo, quale garanzia di non ripetizione nonché quale forma specifica di riparazione ⁵⁰⁸, a noi sembra che lo Stato leso possa esigere dallo Stato di sede di adottare tutte le misure in suo possesso per controllare, attraverso opportuni meccanismi, che la compagnia militare privata non utilizzi il suo territorio al fine di "esportare" attività mercenarie. In questo senso, si vedano le leggi emanate da importanti Stati di sede di compagnie, come il Sud Africa e gli Stati Uniti, che hanno provveduto ad introdurre appositi meccanismi di licenze allo scopo di prevenire che tali società compiano attività di tal genere ⁵⁰⁹.

4. La responsabilità internazionale per gli Stati Parti alla Convenzione dell'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa

Si deve anzitutto ricordare, in linea con quanto da noi osservato nella prima parte del lavoro che, a termini della Convenzione dell'Unità Africana per l'eliminazione del mercenarismo in Africa, non è escluso che il crimine di mercenarismo possa essere compiuto anche da enti non statali, comprese dunque le compagnie militari private nel caso in cui si rendano responsabili degli atti illeciti previsti all'art. 1, par. 2 della Convenzione. Nella suddetta disposizione infatti si fa espresso riferimento a "individual, group or association" e, successivamente, al par. 3, si ribadisce che "any person, *natural*

⁵⁰⁷ A tale riguardo, si veda quanto affermato nel Progetto di articoli a proposito della finalità propria della cessazione dell'illecito, quella cioè di porre fine ad una violazione del diritto internazionale e salvaguardare la validità e l'effettività dell'obbligo primario violato. Cfr. CRAWFORD, op. cit., p. 197, nel quale, a tale riguardo, si afferma che mediante l'obbligo di cessazione dell'illecito « [...] the responsible State [...] thus protects both the interests of the injured State or States and the interests of the international community as a whole in the preservation of, and reliance on, the rule of law ».

⁵⁰⁸ Cfr. artt. 30 e 31 del Progetto di articoli, in CRAWFORD, op. cit., p. 67.

⁵⁰⁹ Si veda in particolare il capitolo terzo della Parte Prima concernente il regime giuridico applicabile alle compagnie militari private. Nello specifico, v. anche la legislazione sudafricana la quale condiziona il rilascio della licenza, tra l'altro, al divieto di compiere attività mercenarie.

or juridical who commits the crime of mercenarism [...] commits and offence considered as a crime against peace and security in Africa and shall be punished as such”⁵¹⁰.

Allo scopo di eliminare ogni attività di carattere mercenario dal continente africano, la Convenzione impone agli Stati, quale misura preventiva, l’obbligo di adottare delle misure di controllo nei confronti degli individui che si trovino nel proprio territorio. In particolare, lo Stato ha l’obbligo di introdurre nel proprio ordinamento le appropriate misure legislative nonché di comunicare direttamente o tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite tutte le informazioni inerenti alle attività di mercenari nel proprio territorio. Le leggi adottate dallo Stato devono essere finalizzate ad evitare che individui, propri cittadini o stranieri, si impegnino in atti vietati dalla Convenzione oltre che a prevenire che nel proprio territorio non entrino o transitino mercenari o equipaggiamenti destinati ad essi⁵¹¹.

Per quanto concerne gli obblighi di punizione, la Convenzione pone come obbligo quello di esercitare la propria giurisdizione nei confronti di qualsiasi individuo, cittadino o straniero, il quale sia stato trovato in fragranza di reato, ai sensi della Convenzione medesima, a meno che lo Stato nel cui territorio l’individuo si trova, non intenda estradarlo verso lo Stato contro il quale l’azione mercenaria era diretta⁵¹².

Considerando ora le conseguenze per la violazione degli obblighi previsti nella Convenzione, occorre dire che essa sembra distinguere due livelli di responsabilità, l’una aggravata e l’altra semplice, a seconda di quale sia l’obbligo primario violato dallo Stato⁵¹³.

⁵¹⁰ Corsivo aggiunto. Ci sembra necessario qui ricordare cosa debba essere inteso per “crimine di mercenarismo” ai sensi della Convenzione. A tale proposito, l’art. 1, par. 2, dopo avere affermato che il crimine di mercenarismo « is committed by the individual, group or association, representative of a State and the State itself who with the aim of opposing by armed violence a process of self-determination stability or the territorial integrity of another State », elenca una serie di azioni o omissioni le quali possono essere definite come un “crimine” consistenti in « a) shelters, organizes, finances, assists, equips, trains, promotes, supports or in any manner employs bands of mercenaries; b) enlists, enrolls or tries to enrol in the said bands; c) allows the activities mentioned in paragraph (d) to be carried out in any territory under its jurisdiction or in any place under its control or affords facilities for transit, transport or other operations of the above mentioned forces ».

⁵¹¹ Cfr. in particolare l’art. 6 della Convenzione OUA.

⁵¹² V. in particolare artt. 8 e 9 della Convenzione OUA.

⁵¹³ Sembra sia d’obbligo parlare in termini di possibilità dal momento che non è possibile reperire i lavori preparatori della Convenzione medesima, i quali avrebbero potuto fare luce sul regime di responsabilità che le Parti Contraenti intendevano stabilire in sede di negoziazione del testo convenzionale.

Per quanto concerne il regime di responsabilità di tipo aggravato, la Convenzione prevede che in presenza della commissione da parte di uno Stato del crimine di mercenarismo, ogni altro Stato Contraente è legittimato a denunciare tale violazione dinanzi ai tribunali o organi competenti dell'Unità Africana o di qualsiasi altra organizzazione internazionale, ad esempio le Nazioni Unite. In altri termini, il regime di responsabilità aggravata previsto nella Convenzione sembrerebbe costituire una sorta di regime di obblighi *erga omnes* tra gli Stati Contraenti, nel senso che ciascuno di essi, a prescindere dal fatto che sia stato direttamente leso dalla violazione, è legittimato a denunciare lo Stato responsabile del crimine e far valere, in tal modo, un interesse di tutte le Parti Contraenti del trattato.

Per quanto riguarda il regime di responsabilità ordinaria, esso deriva dalla violazione, da parte dello Stato, degli obblighi di prevenzione e di punizione e riteniamo in sostanza, e nel silenzio del testo convenzionale, che esso non si discosti dal regime di responsabilità internazionale previsto nel diritto internazionale generale da noi esaminato precedentemente a proposito della Convenzione delle Nazioni Unite.

5. L'obbligo di carattere consuetudinario, in via di formazione, dello Stato di sede di regolare l'esportazione dei servizi militari

Dopo aver esaminato gli obblighi derivanti dalle convenzioni sui mercenari, occorre chiedersi se lo Stato di sede ha degli obblighi di carattere consuetudinario nel senso di controllare le attività della compagnia militare che, pur svolgendo le attività nel territorio di un altro Stato, ha la sede nel proprio territorio. Nel presente paragrafo quindi, è presa in considerazione non l'attività di controllo di uno Stato nei confronti delle attività compiute nel territorio di un altro Stato ma il controllo compiuto sulle attività svolte nel proprio territorio che si concretizzeranno in un'azione nel territorio straniero. È opportuno precisare dunque che la nozione di controllo è qui utilizzata in modo differente rispetto al modo in cui viene tradizionalmente utilizzata nel diritto internazionale generale quale criterio di imputazione di un atto compiuto da

privati allo Stato. Intendiamo riferirci piuttosto all'azione di vigilanza che uno Stato pone in essere nel proprio territorio per prevenire che le attività della compagnia militare privata danneggino gli interessi di un altro Stato o si pongano in violazione con norme internazionali.

L'obbligo dello Stato di sede di porre in essere tale controllo troverebbe la propria ragione d'essere con la natura militare delle attività che le compagnie militari svolgono in taluni casi. Ed è proprio alla luce di tale elemento che si spiegano le ragioni per le quali alcuni Stati di sede hanno emanato delle apposite leggi che disciplinano le attività che le compagnie possono svolgere vietandone altre.

Con particolare riguardo alle leggi emanate dagli Stati di sede, si è visto nella prima parte del lavoro come ad esempio quella sudafricana abbia istituito un sistema di autorizzazione che consente allo Stato di controllare che l'assistenza militare fornita dalla compagnia non si ponga in contrasto con gli obblighi internazionali del Sud Africa. È previsto infatti che tale attività non violi i diritti umani e le libertà fondamentali nel territorio straniero in cui si svolge; non costituisca una minaccia alla pace o un fattore d'instabilità nella regione; non incoraggi il terrorismo né favorisca i conflitti nella regione stessa. Analoghe disposizioni sono contenute anche nella regolamentazione europea sull'esportazione di armi la quale stabilisce appunto che l'attività di esportazione non deve porsi in contrasto con gli obblighi di diritto internazionale dello Stato di sede; non deve violare un embargo che sia in atto nei confronti dello Stato di destinazione; non deve condurre all'aggravamento di un conflitto né ad un atto di aggressione né infine incoraggiare il terrorismo.

Dalle leggi che alcuni Stati di sede hanno emanato, potrebbe ricavarsi un obbligo in capo a quest'ultimi di regolare appunto l'esportazione dei servizi militari al fine di porla in conformità con gli obblighi internazionali. Riteniamo tuttavia che occorra cautela nell'affermare l'esistenza di un obbligo in tal senso considerato che attualmente gli Stati che hanno provveduto ad emanare delle leggi al riguardo sono un numero esiguo. Ciò che potrebbe ricavarsi è un obbligo di carattere consuetudinario in via di formazione degli Stati di sede nel senso di regolare le attività delle compagnie militari presenti nel proprio territorio al fine di porle in conformità con gli obblighi internazionali.

A favore dell'esistenza di un tale obbligo, possono interpretarsi alcune dichiarazioni espresse dagli Stati, in particolare quelli occidentali che costituiscono i principali Stati di sede delle compagnie e dunque sono maggiormente interessati al problema del controllo delle loro attività, i quali hanno avviato dei dibattiti al loro interno sull'opportunità di regolare le compagnie militari private presenti nel proprio territorio. In tali rapporti è posto in rilievo la pericolosità delle attività compiute dalla compagnie ed il rischio che le violazioni da esse commesse coinvolgano e danneggino anche la posizione e gli interessi dello Stato di sede. A tale riguardo, si veda quanto affermato dal governo inglese nel *Green Paper* in cui si dichiara che

« [...] Although there is little of a return to the circumstances of the 17th and 18th centuries when [...] Corporations commanded armies that could threaten states, it would be foolish to ignore the lessons of the past. Were private force to become widespread there would be risks of misunderstanding, exploitation and conflict. *It may be safer to bring PMCs and PSCs within a framework of regulation* while they are a comparatively minor phenomenon. Actions in the security field have implications which go beyond those of normal commercial transactions. They may involve the use of force and the taking of lives. Or they may impact on the stability within a country or a region; this may be the case where PMCs are not engaged directly in combat. [...] Whatever the facts of any particular action, *there are always likely to be people who will assume that if a British company is involved then it has some degree of approval from the Government*. At the minimum, therefore, *perceptions of British policy will be affected and there will be a risk of misinterpretation* »⁵¹⁴.

Nello stesso senso si veda anche lo studio preparato dal governo svizzero riguardante il fenomeno della privatizzazione dei servizi militari e la correlata analisi delle leggi federali svizzere che si applicano alle compagnie militari private presenti nel territorio, in cui si afferma che

« The monopoly of the use of force is one of the core elements of the modern state. Although privatization cannot be ruled out a priori, the privatisation of security tasks affects the foundation or at least the legitimization of the state. Only peripheral areas can therefore be considered for privatisations. [...] A survey conducted in the federal administration showed that the delegation of state tasks to private security companies plays only a minor role within the Confederation. Nevertheless the Federal Council is willing to examine whether it would be advisable to fix generally the conditions that private security companies must satisfy in order to receive a federal mandate as well as the issues that need to be regulated in individual contracts »⁵¹⁵.

⁵¹⁴ *Private Military Companies: Options for Regulation*, op. cit., pp. 20-21, corsivo aggiunto.

⁵¹⁵ *Report by the Swiss Federal Council on Private Security and Military Companies*, 2 dicembre 2005, reperibile in

Anche il Relatore Speciale T. van Boven, nominato dalla Commissione dei Diritti Umani delle Nazioni Unite sul tema dei diritti civili e politici *including the questions of torture and detention, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment*⁵¹⁶ si è interessato dei rischi connessi al trasferimento ed all'esportazione di servizi militari e di *know-how* da parte delle compagnie militari e della sicurezza privata, affermando che « [...] the provision of security and/or military services by private contractors to both governmental and non-governmental clients has become a growing market, and one that has largely evaded proper regulation and monitoring by Governments. Inadequately controlled private security or military companies has sometimes facilitated and carried out torture and ill-treatment in the recipient countries »⁵¹⁷. A tale fine, il Relatore raccomanda agli Stati « to introduce legislation to control and monitor the activities of private providers of military, security and police services to ensure that they do not facilitate or perpetrate torture. Companies and individuals providing these services should be required to register and to provide detailed annual reports of their activities. Every proposed international transfer of personnel or training should require *prior government approval*, which should only be granted in accordance with publicly available criteria based on international human rights standards and international humanitarian law »⁵¹⁸.

A tale proposito occorre sottolineare che l'Assemblea Generale ha adottato, nell'ambito dell'utilizzo dei mercenari come strumento di violazione dei diritti umani e di ostacolo all'esercizio del diritto all'autodeterminazione dei popoli, una risoluzione, la n. 61/151 del 19 dicembre 2006, in cui si fa riferimento alle compagnie private e si chiede agli Stati « [...] *to exercise the utmost vigilance* against any kind of recruitment, training, hiring, or financing of mercenaries by private companies offering international military consultancy and security services, as well as *to impose a specific ban* on such

<http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0021.File.tmp/PMSCs%20Bericht%20Bundesrat%20en.pdf>.

⁵¹⁶ *Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Mr. Theo van Boven, E/CN.4/2005/62, 15 December 2004, in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/104/83/PDF/G0510483.pdf?OpenElement>.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ *Ibidem*, par. 37, lett. h), corsivo aggiunto.

companies intervening in armed conflicts or actions to destabilize constitutional regimes »⁵¹⁹. A tal fine, nella risoluzione si invita il *Working Group* delle Nazioni Unite a proseguire il mandato affidatogli, e si chiede agli Stati « to continue to pay particular attention to the impact of the activities of private companies offering military assistance, consultancy and security services on the international market on the exercise of the rights of peoples to self-determination »⁵²⁰.

Dai dati riportati sembrerebbe dunque potersi ricavare l'esistenza di un'*opinio juris* diffusa tra gli Stati secondo la quale esisterebbe un obbligo per lo Stato di sede di regolare le attività delle compagnie militari.

Tale obbligo peraltro potrebbe rientrare nel principio più generale, che è stato sancito dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Corfù Channel*, secondo cui uno Stato non deve permettere che il proprio territorio sia utilizzato per compiere atti che ledono i diritti di altri Stati⁵²¹ e, di conseguenza, esso ha l'obbligo di adottare tutte le misure di prevenzione necessarie.

Alla luce dei principi a difesa dei quali si rende necessario che gli Stati di sede svolgano un'azione di controllo nei confronti delle compagnie militari private, ci si chiede se tale obbligo non possa configurarsi come un obbligo di natura *erga omnes* nella misura in cui gli interessi che si prefigge di tutelare sono considerati di importanza fondamentale per l'intera comunità internazionale. Nel caso in cui le compagnie militari private compiano delle attività che violano tali principi, occorre chiedersi se l'obbligo dello Stato di sede di prevenirle sia di carattere *erga omnes*, la cui violazione dunque dovrebbe comportare specifiche conseguenze sul piano della responsabilità internazionale tra cui quella prevista all'art. 48, par. 1, del Progetto di articoli

⁵¹⁹ Risoluzione n. 61/151 adottata dall'Assemblea Generale il 19 dicembre 2006, A/Res/61/151, avente ad oggetto *Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*, spec. par. 5, reperibile in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/503/49/PDF/N0650349.pdf?OpenElement>.

⁵²⁰ *Ibidem*, par. 15. Si noti che la risoluzione è stata adottata con il voto contrario della maggioranza degli Stati occidentali. V. in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/669/66/PDF/N0666966.pdf?OpenElement>, part. p. 11.

⁵²¹ *International Court of Justice, The Corfu Channel Case, Merits, Judgment*, 9 aprile 1949, in part. p. 22, in cui la Corte ha affermato che ciascuno Stato ha l'obbligo « not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States ».

sulla responsabilità internazionale ⁵²², secondo cui anche gli altri Stati, oltre quello direttamente leso, sarebbero legittimati ad invocare la responsabilità ed a chiedere la cessazione dell'illecito, le assicurazioni e le garanzie di non ripetizione nonché la riparazione a favore dello Stato leso o dei beneficiari dell'obbligo violato ⁵²³.

È opportuno rilevare tuttavia che finora non vi sono dati della prassi che confortino tale affermazione dal momento che, per esempio, Stati diversi da quello leso non hanno denunciato il comportamento tollerante da parte degli Stati di sede, nonostante abbiano avviato, proprio alla luce dei rischi connessi al mancato controllo sulle attività delle compagnie militari private, dei dibattiti a livello ufficiale sul tema.

Ciò che sembra ad oggi possibile sostenere, alla luce dei dati più recenti della prassi, è che gli Stati di sede, almeno delle più importanti compagnie militari private attualmente operanti, hanno intrapreso un'azione di controllo nei confronti delle compagnie militari private. Tale controllo peraltro si è reso ancora più stringente laddove lo Stato di sede costituiva anche lo Stato di impiego delle compagnie militari private, come è avvenuto negli anni più recenti per gli Stati Uniti. A tale proposito, vorremmo precisare che alcune azioni di controllo che sono state intraprese negli Stati Uniti nei confronti delle compagnie militari private impiegate in Iraq, come ad esempio la *Blackwater*, sono suscettibili di essere interpretate anche come azioni di controllo che il governo ha svolto in qualità di Stato di sede, oltre che di impiego.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto detto, vorremmo formulare alcune considerazioni riguardanti in particolare due elementi che emergono dalla trattazione.

Il primo elemento, per così dire *de lege lata*, consiste nell'evidenziare gli effetti pratici che l'applicazione ai *contractors* ed alle compagnie militari

⁵²² Cfr. CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles*, op. cit., spec. pp. 276-280.

⁵²³ Sul regime degli obblighi *erga omnes*, soprattutto il rilievo ad esso prestato nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati della Commissione di diritto internazionale, v. in senso critico PICONE P., *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 893-953.

private del regime convenzionale sui mercenari ha sulla responsabilità non solo dello Stato di sede ma anche di altri Stati coinvolti nelle attività delle compagnie militari private, nella misura in cui impone loro l'adozione di misure di prevenzione e di punizione nei confronti di un'ampia serie di attività connesse al fenomeno del mercenarismo. Tra queste, va menzionata in particolar modo l'attività di reclutamento di mercenari che molte compagnie militari private compiono in Stati diversi dal proprio Stato di sede, la cui portata è considerevole, come si ricava dalle testimonianze raccolte dal *Working Group* delle Nazioni Unite.

Il secondo punto, attinente più alla *lege ferenda*, concerne l'obbligo, in via di formazione, di carattere consuetudinario il quale imporrebbe allo Stato di sede di regolare le attività svolte dalle compagnie militari all'estero rendendole conformi al diritto internazionale. Il principale meccanismo attraverso il quale garantire tale conformità sembrerebbe quello dell'autorizzazione o licenza che la compagnia militare privata è obbligata a chiedere al governo prima della stipulazione del contratto e in tal senso si sono orientate le leggi dei principali Stati di sede delle compagnie militari private. Riguardo al valore di tale licenza, è interessante osservare che alla luce della prassi più recente, in particolare dal progetto di legge di regolamentazione delle compagnie in Afghanistan esaminata nella prima parte del lavoro, essa sembrerebbe assumere un valore per così dire sostanziale. Con ciò s'intende il fatto che la licenza rilasciata dal governo dello Stato di sede alla compagnia costituirebbe uno tra gli elementi che garantirebbero la "rispettabilità" della compagnia militare e la sua "trasparenza" nella conduzione delle attività.

Capitolo terzo

La responsabilità dello Stato ospitante

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani. — 3. Distinzione tra le diverse ipotesi di Stato ospitante. — 4. L'ipotesi di territorio occupato ai sensi dell'art. 42 del IV Regolamento dell'Aja sulle leggi e le consuetudini della guerra terrestre (1907). — 5. La situazione dello Stato ospitante nella fase post-occupazione bellica. — 5.1. L'esercizio della giurisdizione rispetto ai *contractors* impiegati da enti privati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante. — a) *Il caso Idema dinanzi ad una corte afgana ed alla corte distrettuale della Columbia, negli Stati Uniti*. — 5.2. L'esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors* impiegati da Stati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante nell'ambito di una Forza multinazionale. Caso dell'Iraq. — 6. Criteri alternativi per l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors*, sulla base del diritto internazionale convenzionale e consuetudinario. — 7. La competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale in caso di commissione di crimini internazionali da parte dei *contractors*. Connessi problemi applicativi. — 8. L'azione di controllo che gli Stati ospitanti compiono nei confronti delle compagnie militari private operanti nei propri territori. — 9. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dopo aver preso in considerazione nei capitoli precedenti la posizione dello Stato d'impiego, quella dello Stato di sede delle compagnie militari private e di eventuali altri Stati, intendiamo concludere il lavoro con l'analisi dei profili riguardanti la responsabilità dello Stato ospitante, dello Stato cioè nel cui territorio i *contractors* svolgono le attività di carattere militare.

Il presente capitolo prenderà le mosse prevalentemente dall'analisi dell'obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani nell'ambito del proprio territorio in capo a ciascuno Stato, come si ricava dalle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali in materia come esse sono state interpretate dalle corti regionali sui diritti umani.

Inoltre, verranno considerati i problemi che si pongono per l'attuazione di tale obbligo nel caso di impiego di compagnie militari e della sicurezza private. A tale riguardo, saranno distinte le ipotesi in cui può trovarsi lo Stato ospitante, prendendo spunto dalla prassi più recente, ed in ciascuna delle ipotesi considerate, sarà individuata l'autorità di governo che ha l'obbligo di

ottemperare al suddetto obbligo e in concreto deve esercitare la giurisdizione nei confronti dei *contractors*. A tale riguardo, saranno considerati i problemi di “impunità” dei *contractors* che si sono posti fino ad oggi e, al contempo, saranno illustrati alcuni criteri alternativi previsti nel diritto internazionale convenzionale e consuetudinario.

2. L’obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani commesse da privati

È noto che i trattati internazionali sui diritti umani impongono agli Stati non solo l’obbligo di astenersi dal violare tali diritti, ma anche l’obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani che siano state compiute dai privati nel proprio territorio o nell’ambito della propria giurisdizione con la conseguenza che uno Stato incorre nella responsabilità internazionale qualora abbia mancato di adottare tutte le misure per prevenire e punire la violazione medesima⁵²⁴. Tale obbligo, che è stato espresso in numerose occasioni dalle Corti regionali istituite dai suddetti trattati⁵²⁵, è stato affermato con riguardo alle violazioni compiute da *contractors* nel territorio dello Stato parte al trattato.

⁵²⁴ A tale proposito, si veda quanto previsto nei principali trattati regionali e universali sui diritti umani, in particolare l’art. 1 della Convenzione interamericana sui diritti dell’uomo, l’art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’art. 2, par. 1., del Patto sui diritti civili e politici. A proposito di quest’ultimo trattato, esemplificativo è il *General Comment* N. 31, redatto dal Comitato sui diritti dell’uomo il 26 maggio 2004, *The Nature of the General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant on Civil and Political Rights*, in cui al par. 8, tra l’altro, si afferma che « [...] The positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights [...] would give rise to violations by State Parties of those rights, as a result of State Parties’ permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities ».

⁵²⁵ Tra i “leading cases”, si ricordi il caso *Velásquez Rodríguez*, deciso dalla Corte interamericana dei diritti dell’uomo il 29 giugno 1998, in cui in particolare al par. 166, riguardo all’obbligo di assicurare il godimento dei diritti sanciti nella convenzione, in relazione al quale la Corte ha affermato che « this obligation implies the duty of States Parties to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights », in http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_12d.htm.

Il primo caso concerne le osservazioni emanate dal Comitato per i diritti umani l'8 aprile 1999 sulla situazione in Lesotho⁵²⁶. Nel rapporto conclusivo sul rispetto da parte del Lesotho degli obblighi previsti dal Patto sui diritti civili e politici, il Comitato fa riferimento alla mancata adozione dal parte del governo « to prosecute law enforcement officers and *members of the private security agency* responsible for the killings in Butha-buthe in 1995 »⁵²⁷ ed, a tale riguardo, raccomanda allo Stato « to take the necessary action against those responsible »⁵²⁸.

Il secondo caso concerne il ricorso presentato dinanzi alla Commissione interamericana per i diritti dell'uomo nel 1999 dal *Centro de Defensa y Garantía de los Derechos Humanos* contro il Brasile per l'omicidio di un ragazzo di sedici anni, A. E. da Silva, avvenuto nello stato di Rio de Janeiro per mano di un poliziotto e di una guardia privata della sicurezza che lo accompagnava⁵²⁹. La Commissione, dopo aver affermato che « the persecution and extermination of street children and youths was a frequent practice in Rio de Janeiro among government or *private security agents*, for personal reasons or, supposedly, for the purpose of 'social cleansing' », ha denunciato tale pratica definendola « one of the most horrible systematic violations of the rights to life and humane treatment, and *amounts to a failure by the State to perform its obligation of guaranteeing the rights of all persons, and in particular the rights of children and young people* »⁵³⁰.

Lo Stato dunque non solo è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie al fine di prevenire la violazione dei diritti umani nell'ambito del proprio territorio e della propria giurisdizione, ma deve anche provvedere alla repressione della condotta illecita ed alla punizione del responsabile. Il problema che si pone allorché si affronta il rispetto di tale obbligo da parte dello Stato che ospita nel proprio territorio le compagnie militari private consiste nel fatto che ci troviamo di fronte una serie di situazioni molto diverse

⁵²⁶ *Concluding observations of the Human Rights Committee: Lesotho*. 08/04/99. CCPR/C/79/Add. 106. Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, in [http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.106.En?Opendocument](http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.106.En?Opendocument).

⁵²⁷ *Ibidem*, par. 19, corsivo aggiunto.

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ *Inter-American Commission on Human Rights*, Report No. 9/00, Case 11.598, *Alonso Eugenio da Silva v. Brazil*, 24 February 2000.

⁵³⁰ *Ibidem*, par. 33.

tra di loro. Risulta dunque opportuno distinguere le varie situazione per individuare quale sia l'autorità di governo a cui spetta l'ottemperanza a tale obbligo.

3. Distinzione tra le diverse ipotesi di Stato ospitante

Come affermato nel precedente paragrafo, riteniamo sia opportuno distinguere le diverse ipotesi in cui può trovarsi lo Stato nel cui territorio le compagnie svolgono l'attività. La ragione fondamentale di ciò consiste nel fatto che dall'osservazione dei casi di impiego delle compagnie militari private, si ricava che tali situazioni possono configurarsi come diverse tra loro.

La prima ipotesi è quella in cui lo Stato ospitante è anche lo Stato di impiego delle compagnie militari private, le quali dunque operano nel suo territorio. In tale ipotesi, lo Stato ospitante può presentarsi come uno Stato "istituzionalmente solido" intendendo con tale termine il fatto che possieda un controllo pieno ed effettivo sul proprio territorio ed una struttura di governo in grado di garantire la prevenzione e la repressione delle violazioni dei diritti umani commesse dai *contractors*. Va precisato tuttavia che tale ipotesi è piuttosto rara in quanto Stati di questo tipo ricorrono alle compagnie militari non tanto per svolgere attività nel proprio territorio, ma piuttosto per svolgerle nel territorio di altri Stati. In tal caso si dovrà valutare se e in quale misura tale Stato è vincolato al rispetto dei diritti umani al di fuori del proprio territorio⁵³¹.

Nell'ipotesi considerata rientra anche la situazione in cui lo Stato ospitante sia uno Stato "debole" che ricorre alle compagnie militari private proprio perché si trova in situazioni di crisi o vi è al suo interno un conflitto armato di natura interna. Tale ipotesi corrisponde soprattutto ai casi della prassi riguardanti gli Stati africani o comunque Stati "deboli", come è stato il caso

⁵³¹ In dottrina v., tra gli altri, DENNIS M. J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, pp. 119-141. Per quanto concerne più in particolare l'applicazione extraterritoriale degli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. di recente MILTNER B., *Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, pp. 172-182; NIGRO R., *Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso Ilascu*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, pp. 413-440; ID., *Il caso Al-Skeini dinanzi alla House of Lords e la nozione di giurisdizione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 552-565.

della Sierra Leone e della Papua Nuova Guinea, in cui i *contractors* sono stati impiegati per riconquistare le parti di territorio in mano a gruppi di ribelli⁵³². In questa situazione peraltro, la probabilità di impunità per le violazioni dei diritti umani commesse dai *contractors* risulta più alta rispetto alle restanti ipotesi trattandosi appunto di uno Stato “debole” con una struttura di governo che non è in grado di adottare le misure necessarie volte alla repressione dell’illecito. In tali casi, tuttavia, il diritto internazionale generale offre alcuni rimedi volti alla punizione del *contractor*, in particolare nelle ipotesi di commissione di crimini internazionali e di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, che saranno esaminate in prosieguo.

La seconda ipotesi è quella in cui il territorio dello Stato ospitante sia un “territorio occupato” ai sensi del IV Regolamento dell’Aja sulle leggi e le consuetudini della guerra terrestre del 1907. Come si vedrà tra breve, in questa ipotesi spetta alla Potenza occupante adempiere all’obbligo di prevenire e punire le violazioni dei diritti umani, come recentemente è stato affermato dalla Corte internazionale di giustizia.

L’ultima ipotesi da noi distinta è quella in cui il territorio dello Stato ospitante non sia più sottoposto ad occupazione militare, bensì vi sia la presenza nel territorio di una forza multinazionale ai fini di supporto e rafforzamento dell’autorità di governo territoriale. Quest’ultima ipotesi corrisponde in particolare a quanto avvenuto in Iraq, in seguito alla conclusione dell’occupazione militare sancita formalmente nella Ris. n. 1546 (2004) adottata dal Consiglio di Sicurezza, caso che prenderemo in particolare considerazione. È probabilmente questa la situazione che pone maggiori problemi riguardanti la repressione dell’illecito e l’esercizio della giurisdizione nei confronti del *contractor* nella misura in cui occorre considerare le immunità dalla giurisdizione delle corti locali di cui spesso godono i *contractors*, sancite in trattati stipulati dallo Stato ospitante con lo Stato d’invio del personale.

Nei paragrafi che seguono procederemo all’analisi in particolare della seconda e terza ipotesi mentre la prima ipotesi sarà affrontata più avanti nel

⁵³² Per l’analisi dei suddetti casi, v. par. 6.2, del Capitolo secondo, della Parte Prima.

capitolo, nella parte relativa ai rimedi esistenti nel diritto internazionale convenzionale e consuetudinario per l'esercizio della giurisdizione. La scelta da noi operata, consistente nel dare maggiore spazio alla seconda e terza ipotesi, si spiega con il fatto che esse rappresentano le ipotesi più attuali e al contempo sollevano i maggiori problemi.

4. L'ipotesi di territorio occupato ai sensi dell'art. 42 del IV Regolamento dell'Aja sulle leggi e le consuetudini della guerra terrestre (1907) ⁵³³

Un problema è quello di sapere a quale Stato competa l'obbligo di prevenire e reprimere le violazioni nel caso in cui il territorio sia sottoposto ad occupazione bellica. Tale ipotesi è concreta se si tiene a mente che le compagnie militari private svolgono le attività in contesti di conflitti armati e di contesti post-bellici quale si presenta l'occupazione militare, come dimostrato dal caso dell'Iraq.

Sembra peraltro che tale ipotesi non sollevi particolari problemi poiché nel caso di occupazione militare, l'obbligo di prevenire e reprimere spetta alla Potenza occupante in base a quanto affermato dall'articolo 43 del Regolamento dell'Aja (1907) secondo cui

« the authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country » ⁵³⁴.

In base a tale articolo, anche alla luce dell'interpretazione che ne è stata data da parte Corte internazionale di Giustizia nel Parere sul *Muro costruito nei territori palestinesi* ⁵³⁵ e successivamente nella sentenza relativa alle *Attività*

⁵³³ Ai sensi dell'articolo 42 del IV Regolamento dell'Aja (1907), un territorio si definisce come occupato quando « it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised », reperibile in <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=195&t=art>.

⁵³⁴ *Ibidem*. V. quanto affermato al riguardo anche nell'ambito dell'*Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions*, organizzato dall' *University Centre for International Humanitarian Law* a Ginevra, il 29-30 agosto 2005, reperibile in http://www.cudih.org/communication/compagnies_privees_securite_rapport.pdf.

⁵³⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C. J. Reports 2004, 9 luglio 2004, in part. para. 78, p. 167 e para. 89, p. 172, reperibile in <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>.

*militari nel territorio del Congo*⁵³⁶, la Potenza occupante ha il dovere di ripristinare ed assicurare l'ordine pubblico nel territorio occupato. Tale obbligo implica anche il dovere di garantire le norme internazionali sul rispetto dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario al fine di proteggere la popolazione contro atti di violenza, anche laddove essi siano compiuti da enti non statali. In tal senso, si veda in particolare quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle *Attività militari nel territorio del Congo*, secondo cui la responsabilità della Potenza occupante sussiste « both for any acts of its military that violated its international obligations and for any lack of vigilance in preventing violations of human rights and international humanitarian law by other actors present in the occupied territory, including rebel group acting on their own account »⁵³⁷.

5. La situazione dello Stato ospitante nella fase post-occupazione bellica

Come accennato in precedenza, l'ipotesi in cui lo Stato occupante si trova in una situazione di post-occupazione risulta più problematica rispetto all'ipotesi di territorio occupato nella quale, come si è visto, è rintracciabile un'unica autorità, quella della Potenza occupante, che ha l'obbligo di prevenire e punire eventuali violazioni commesse nel territorio occupato.

Nell'ipotesi che ci accingiamo a trattare di seguito si riscontra, al contrario, la presenza di più Stati, in particolare lo Stato di invio e lo Stato ospitante. Occorre dunque distinguere almeno due situazioni al fine di comprendere quale tra i due Stati sia competente ad esercitare la giurisdizione.

⁵³⁶ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, Judgment, I.C. J. Reports* 2005, 19 dicembre 2005, in part. paras. 172 e 178, pp. 59-60, in cui la Corte afferma che « [...] under customary international law, as reflected in Article 42 of the Hague Regulations of 1907, territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised. [...] The Court [...] concludes that Uganda was the occupying Power. [...] As such it was under an obligation, according to Article 43 of the Hague Regulations of 1907, to take all measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area [...]. This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party », reperibile in <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>.

⁵³⁷ Cfr. par. 179, p. 60 della sentenza, corsivo aggiunto.

5.1. L'esercizio della giurisdizione rispetto ai *contractors* impiegati da enti privati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante

Una prima distinzione che occorre compiere è, a nostro parere, quella tra i *contractors* impiegati da un ente privato, ad esempio una impresa che opera nel territorio dello Stato ospitante, e i *contractors* che si trovano ad operare invece in tale territorio per conto di uno Stato che sia membro di una Forza multinazionale. La ragione alla base di tale differenziazione deriva dal fatto che i due tipi di *contractors*, l'uno impiegato da un ente privato e l'altro, da uno Stato, sono sottoposti a due regimi diversi per quanto concerne l'esercizio della giurisdizione.

Si deve ritenere infatti che i *contractors* impiegati da un ente privato che opera nel territorio dello Stato ospitante sono sottoposti alla giurisdizione dello Stato ospitante, come un qualsiasi altro privato che si trovi nel territorio di uno Stato, alla luce del criterio di collegamento della territorialità⁵³⁸, in base al quale ciascuno Stato è competente ad applicare la propria legge penale in relazione a tutti i reati commessi nel proprio territorio⁵³⁹.

A tale proposito, vorremmo fare riferimento all'unico caso, fino ad oggi ed in base alle informazioni a noi disponibili, di esercizio della giurisdizione da parte dello Stato ospitante nei confronti di alcuni *contractors* "indipendenti", i quali si trovavano nel suo territorio senza appartenere ad alcuna compagnia. Si tratta del caso *Idema* deciso da una corte afgana nel 2004, i cui fatti riportiamo qui di seguito, riguardante alcuni *contractors* di nazionalità statunitense che

⁵³⁸ Per una riaffermazione di tale principio proprio con riguardo a violazioni dei diritti umani commesse da *security contractors*, si veda quanto affermato dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulle *extrajudicial killings*, P. Alston, il 26 ottobre 2007, a proposito dell'incidente avvenuto a Bagdad il 16 settembre 2007 per mano di agenti della *Blackwater*, di cui si è già dato conto in precedenza, secondo cui « [...] The host State had the primary responsibility for mercenary groups, and in that regard, the Iraqi Cabinet's decision to rescind the provisions that gave contractors immunity and impunity was a crucial step », *System of Impunity making Mockery of Special Procedures to address, Extrajudicial Killings, Rapporteur Tells Third Committee*, reperibile in file:///C:/Documents%20and%20Settings/Proprietario/Desktop/Alston_%20Extrajudicial%20killings%20military%20contractors.htm.

⁵³⁹ V. GAETA P., *Un'analisi dei principi di territorialità e nazionalità attiva*, in CASSESE A., CHIAVARIO M., DE FRANCESCO G. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, in part. pp. 513-548, la quale rileva che « l'importanza e la centralità del principio in discussione certamente non sorpremono, giacché si tratta di un titolo giurisdizionale strettamente legato ad una concezione dello Stato che esalta la nozione di sovranità territoriale. Secondo questa concezione, lo Stato avrebbe fra i suoi compiti essenziali quello di garantire l'ordine entro i propri confini: le violazioni dei suoi comandi sono quindi considerate e punite come *une atteinte à son autorité*, e come tali escludono qualsiasi interferenza da parte di Stati stranieri ».

operavano nel territorio afgano e che è risultato non fossero impiegati dal governo statunitense.

a) *Il caso Idema dinanzi ad una corte afgana ed alla Corte distrettuale della Columbia, negli Stati Uniti*

Il 5 luglio 2004 sono stati arrestati a Kabul dall'esercito afgano quattro cittadini statunitensi, J. Idema, B. Bennett, E. Caraballo e Z. R. Banderas, di cui i primi tre *contractors* e il quarto un giornalista investigativo, con l'accusa di gestire una prigione privata a Kabul in cui avvenivano atti di tortura nei confronti degli individui ivi detenuti illegalmente⁵⁴⁰. Il 15 settembre 2004 un tribunale afgano ha condannato i quattro statunitensi sulla base del diritto afgano e internazionale. In seguito ad una sentenza della Corte d'Appello che ha deciso la scarcerazione per tre dei quattro statunitensi, questi hanno deciso di promuovere un ricorso negli Stati Uniti, dinanzi alla Corte distrettuale della Columbia, contro il governo statunitense per l'incarcerazione subita in Afghanistan affermando che il governo statunitense avrebbe istigato e aiutato le forze armate afgane nell'arresto. Sia nel corso del procedimento svoltosi in Afghanistan che in quello in corso negli Stati Uniti, i tre *contractors* hanno dichiarato di trovarsi sul territorio afgano per svolgere funzioni di assistenza militare e umanitaria a sostegno degli Stati Uniti e della coalizione di Stati impegnati nella "guerra al terrore". In particolare, Bennett e Idema hanno dichiarato di essere stati impiegati da un gruppo costituito dal governo statunitense ("Counter Group") con il fine precipuo di condurre azioni contro-terroristiche, per conto del quale avevano compiuto numerosi arresti di presunti terroristi, alcuni dei quali erano poi stati trasferiti alle autorità afgane e statunitensi. Quest'ultime, secondo i tre, erano infatti pienamente a conoscenza delle attività da essi svolte.

⁵⁴⁰ Analogamente al caso *Passaro*, occorre precisare che la sentenza di condanna emessa dalla corte afgana non è disponibile. Le informazioni relativi al caso sono stati reperite dallo U.N. *Special Rapporteur* S. Shameen, *Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination*, E/CN.4/2005/14, 8 dicembre 2004, § 52, reperibile in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/167/92/PDF/G0416792.pdf?OpenElement>. Le rispettive posizioni, dei ricorrenti e del governo statunitense, sono state riprese dall' *Opinion Memorandum* emesso dalla U. S. District Court for the District of Columbia nel caso *J. K. Idema, et al. v. Condoleeza Rice, et al.*, Civil Action No. 05-2064 (EGS), reperibile in https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2005cv2064-44.

È interessante porre in rilievo che, di fronte a tali accuse, il governo statunitense e gli agenti del FBI, sotto la cui direzione il “Counter Group” agiva, hanno disconosciuto i *contractors* negando qualsiasi collegamento con essi e hanno agevolato durante il procedimento, attraverso testimonianze e la fornitura di documenti, la loro condanna. A tale riguardo, è opportuno ricordare che una tra le accuse che i *contractors* hanno mosso contro il governo statunitense nel procedimento negli Stati Uniti, consistesse proprio nel fatto che gli agenti federali avevano occultato le prove che dimostravano il loro coinvolgimento e la loro conoscenza riguardo alle azioni illecite da essi poste in essere.

5.2. L’esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors* impiegati da Stati che svolgono attività nel territorio dello Stato ospitante nell’ambito di una Forza multinazionale. Caso dell’Iraq

I *contractors* che svolgono attività per conto di uno Stato membro di una Forza multinazionale presente nel territorio dello Stato ospitante sono sottoposti ad un regime diverso rispetto ai *contractors* che svolgono attività per conto di un ente privato. Essi infatti, essendo impiegati da uno Stato membro di una Forza multinazionale, sono sottoposti al medesimo regime giuridico applicabile al personale militare che partecipa a tale forza nei confronti del quale si applica la cd. “legge della bandiera”, cioè lo Stato d’invio esercita nei loro confronti la giurisdizione in via esclusiva⁵⁴¹.

A tale proposito, faremo riferimento ai dati della prassi più recente ricavabili in particolare dall’Iraq. Nel caso di specie infatti, i *contractors* impiegati dagli Stati membri della Forza multinazionale istituita dalle Nazioni Unite in Iraq, sono stati sottoposti allo stesso regime giuridico applicabile nei confronti del restante personale presente in Iraq. Ciò è quanto si ricava dall’*Order* N. 17, emanato dalla *Coalition Provisional Authority* il 27 giugno

⁵⁴¹ Per una ricostruzione della norma riguardante l’immunità dalla giurisdizione delle corti dello Stato ospitante dei corpi di truppa all’estero e nel senso di negare che esista un’immunità assoluta, cfr. BARTON G. P., *Foreign Armed Forces: Immunity From Supervisory Jurisdiction*, in *British Yearbook of International Law*, 1949, pp. 380-413; ID., *Foreign Armed Forces: Immunity From Criminal Jurisdiction*, in *British Yearbook of International Law*, 1950, pp. 186-234; ID., *Foreign Armed Forces: Qualified Jurisdictional Immunity*, in *British Yearbook of International Law*, 1954, pp. 341-370.

2004, poco prima del suo scioglimento, il quale è stato successivamente recepito dal governo transitorio iracheno formatosi in seguito ⁵⁴². In particolare, la sezione 4, par. 3, *dell'Order* stabilisce che « Contractors shall be immune from Iraqi legal process with respect to acts performed by them pursuant to the terms and conditions of a Contract or any sub-contract » ⁵⁴³.

Allorché ci si trovi di fronte all'accorpamento dei *contractors* al personale militare di uno Stato il quale partecipa ad una forza multinazionale in base ad un accordo tra lo Stato di invio e lo Stato ospitante, come è avvenuto nel caso dell'Iraq, la questione di quale sia lo Stato a dover punire le violazioni dei diritti umani da essi commesse sembrerebbe dover essere ricompresa nella questione più generale riguardante l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei corpi di truppa all'estero con la conseguenza che i *contractors* sarebbero sottoposti alla giurisdizione esclusiva dello Stato d'invio ⁵⁴⁴. Su questo punto sembrerebbe convergere uno tra i pochi dati della prassi, il caso *Passaro* ⁵⁴⁵, riguardante un *contractor* che è stato condannato dal proprio Stato d'invio, cioè gli Stati Uniti, per gli abusi commessi nei confronti di un cittadino afgano in una base militare statunitense in Afghanistan.

⁵⁴² Il testo dell'*Order* N. 17, "Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-IRAQ, Certain Missions and Personnel in Iraq" è reperibile in http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf. V. *supra*, par. 5, Capitolo secondo, della Parte Prima. Occorre precisare che un accordo concernente l'immunità dalla giurisdizione dalle corti irachene del personale appartenente alla Forza multinazionale presente in Iraq, era già stato previsto nella Ris. 1546 (2004) adottata dal Consiglio di Sicurezza. Nel preambolo della Risoluzione è richiamato infatti uno scambio di lettere tra il Primo Ministro del Governo interinale dell'Iraq, A. Allawi, e l'allora Segretario di Stato statunitense C. Powell, allegato alla Risoluzione stessa. Nella lettera del Segretario di Stato statunitense si afferma, tra l'altro, che « [i]n order to continue to contribute to security, the MNF must continue to function under a framework that affords the force and its personnel the status that they need to accomplish their mission, and in which the contributing states will ensure responsibility for exercising jurisdiction over their personnel and in which will ensure arrangements, and use of assets by, the MNF », corsivo aggiunto. Al riguardo, v. RONZITTI N., *Le operazioni multilaterali all'estero a partecipazione italiana. Profili giuridici. Istituto Affari Internazionali*, n. 44, maggio 2006, in part. pp. 13-14, reperibile in http://www.iai.it/pdf/Oss_Transatlantico/44.pdf.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴⁴ V. di recente, sebbene non riguardi direttamente i *contractors*, bensì l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato di nazionalità della vittima nei confronti di membri di contingenti appartenenti alla medesima Forza multinazionale, il dibattito suscitato dalla sentenza Calipari della Corte di assise di Roma, il 25 ottobre 2007. A proposito della c.d. legge della bandiera, la Corte si è espressa affermando che « [V]i è infatti una norma consuetudinaria di diritto internazionale, quindi applicabile anche se non prevista in nessun trattato o accordo, che si richiama al principio cosiddetto della bandiera. Trattasi di un principio giuridico incontestato, che può vantare un'applicazione secolare, principio secondo il quale i contingenti militari, che si trovano all'estero in regime di guerra o di pace, rispondono in via esclusiva alle proprie leggi ed allo Stato di appartenenza. [...] È sempre stato riconosciuto, indipendentemente da ogni previsione di natura convenzionale, il diritto dello Stato di origine di esercitare la giurisdizione sulle truppe dislocate su territorio estero ». Sul punto, v. il commento di RONZITTI N., in *Guida al Diritto*, del 9 febbraio 2008, p. 52.

⁵⁴⁵ Cfr. *supra*, par. 6 a), Capitolo primo, della Seconda Parte.

Un problema che si pone è quello di comprendere se il mancato esercizio della giurisdizione da parte dello Stato d'invio possa consentire ad altri Stati, *in primis* quello territoriale il quale spesso è anche Stato di nazionalità della vittima, di esercitare la giurisdizione, in via supplementare, nei confronti dei *contractors*⁵⁴⁶.

Una soluzione al riguardo non è facile a darsi soprattutto alla luce del fatto che non vi è ancora prassi al riguardo. Un'autorevole parte della dottrina, con riguardo all'esercizio della giurisdizione nei confronti dei corpi di truppa all'estero e non dunque in particolare dei *contractors*, si è espressa nel senso di escludere tale possibilità sulla base della norma consuetudinaria posta a tutela dell'indipendenza degli Stati esteri, secondo cui « ogni Stato ha diritto di pretendere che la condotta tenuta dai suoi organi sia considerata come attività dello Stato e non come attività individuale posta in essere dai soggetti privati »⁵⁴⁷.

Se ciò può ritenersi valido per quanto riguarda i membri del personale militare, riteniamo che alcune osservazioni possano compiersi con riguardo ai *contractors*, in particolare alla luce delle differenze che sussistono tra questi e gli organi militari.

Vorremmo anzitutto porre in rilievo il fatto che l'equiparazione dei *contractors* agli organi dello Stato, è tutt'altro che pacifica. Come infatti si è avuto modo di osservare precedentemente, la configurazione dei *contractors* deve essere dimostrata alla luce dei criteri esistenti nel diritto internazionale con la conseguenza che, in determinati casi, la loro configurazione come organi dello Stato è da escludersi⁵⁴⁸. Qualora si volesse impostare quindi il problema della loro immunità dalla giurisdizione delle corti dello Stato ospitante sulla base della loro qualificazione come organi statali, ciò dovrebbe condurre quantomeno ad una differenziazione tra diverse ipotesi a seconda della natura delle funzioni esercitate dal *contractor* o del controllo su di egli esercitato dagli organi statali. La natura del *contractor* quale soggetto privato comporta infatti

⁵⁴⁶ Anche questo punto è stato affrontato dalla Corte d'assise di Roma nel caso *Calipari* negando che nel caso di specie lo Stato di nazionalità della vittima, cioè l'Italia, potesse esercitare la giurisdizione nei confronti del soldato statunitense Lozano.

⁵⁴⁷ Cfr. RONZITTI, in *Guida al diritto*, op. cit.

⁵⁴⁸ Sul punto, v. la discussione riguardante i criteri di imputazione di un atto di privati allo Stato, *supra* Cap. primo, Parte Seconda.

che la sua qualificazione quale organo statale debba essere dimostrata caso per caso.

In secondo luogo, occorre sottolineare che, nel caso in cui i *contractors* venissero equiparati ai membri dei corpi di truppa all'estero, l'immunità dalla giurisdizione vale solo ed esclusivamente per gli atti compiuti entro i termini stabiliti nel contratto e compiuti per conto dello Stato d'invio. Da ciò ne consegue che le corti dello Stato ospitante dovrebbero poter esercitare la giurisdizione nei confronti degli atti che non rientrino in tale ambito. Si pensi ad esempio, avendo riguardo alla prassi più recente riguardante il contesto iracheno, le uccisioni a danno di civili iracheni compiute da *contractors* nel settembre del 2007 a Bagdad, le quali sembrerebbero configurarsi come atti compiuti a titolo individuale se non addirittura crimini internazionali, e dunque processabili dalle corti irachene⁵⁴⁹, *a fortiori* nel caso in cui lo Stato d'invio non provveda alla repressione dell'illecito ed alla punizione dei responsabili.

6. Criteri alternativi per l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors*, sulla base del diritto convenzionale e consuetudinario

A favore dell'esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors* anche da parte di Stati diversi da quelli di invio e ospitante, come ad esempio lo Stato di nazionalità del responsabile, occorre ricordare quanto disposto in alcune convenzioni internazionali suscettibili di applicarsi, almeno in alcune ipotesi, anche nei confronti dei *contractors*, *in primis* quelle sui mercenari⁵⁵⁰. La Convenzione delle Nazioni Unite contro l'arruolamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'addestramento di mercenari stabilisce, all'art. 9, che ai fini dell'esercizio della giurisdizione, si applichi il principio della c.d. nazionalità attiva, la nazionalità cioè del reo. Nel suddetto articolo, è stabilito infatti che ciascuno Stato parte adotti tutte le misure necessarie al fine di stabilire la propria giurisdizione nei confronti degli atti illeciti non solo commessi nel proprio territorio, o all'interno di proprie navi o aerei, ma anche qualora siano

⁵⁴⁹ Per i fatti, v. *supra*, par. 6, c), i), del Capitolo Primo, Parte Seconda.

⁵⁵⁰ In dottrina, v. GAETA P., *La repressione dei crimini internazionali sulla base del principio della nazionalità attiva*, in CASSESE A., CHIAVARIO M., DE FRANCESCO G. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, op. cit., pp. 529-546.

commessi « [B]y any of its nationals or, if that State considers it appropriate, by those stateless person who have their habitual residence in that territory »⁵⁵¹. Anzi, la Convenzione delle Nazioni Unite estende la possibilità di esercitare la giurisdizione da parte dello Stato Parte anche nei confronti degli apolidi e delle persone abitualmente residenti nel proprio territorio, qualora lo ritenga opportuno.

Sempre in materia di mercenari, la Convenzione dell'Unità Africana addirittura permette a ciascuno Stato Contraente la possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti di qualsiasi individuo « who commits an offence under Article 1 of this Convention and who is found on its territory » a meno di non volerlo estradare verso lo Stato nei confronti del quale l'atto illecito è stato commesso⁵⁵².

Inoltre, nell'ipotesi di *contractors* impiegati da uno Stato, i quali siano qualificabili come organi di fatto dello Stato o agiscano, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti, « at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity »⁵⁵³, deve ritenersi applicabile, sempre ai fini dell'esercizio della giurisdizione sia il criterio della nazionalità attiva sia, laddove lo Stato lo ritenga appropriato, quello della nazionalità passiva⁵⁵⁴.

Oltre ai suddetti criteri di collegamento ai fini dell'esercizio della giurisdizione previsti in norme pattizie, occorre altresì ricordare che in caso di crimini internazionali commessi da *contractors* si applica la regola della giurisdizione penale universale prevista dal diritto internazionale consuetudinario in base alla quale ogni Stato, diverso da quello territoriale, può esercitare la giurisdizione penale nei confronti degli individui che si siano resi responsabili di crimini internazionali. Alla luce della gravità di tali fatti illeciti infatti, ogni Stato è legittimato a perseguire l'individuo responsabile, anche in assenza di un collegamento con il fatto illecito ovvero con il presunto

⁵⁵¹ Cfr. art. 9, par. 1, lett. b), della Convenzione delle Nazioni Unite.

⁵⁵² Cfr. art. 8, della Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana. Si ricordi peraltro che nell'art. 7 della medesima, tra le pene da infliggere, non è esclusa quella capitale.

⁵⁵³ Cfr. art. 1, par. 1, della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti, conclusa il 10 dicembre 1984, in <http://www.hrweb.org/legal/cat.html>.

⁵⁵⁴ Cfr. art. 5, parr. 2, 3, della Convenzione.

responsabile ovvero con la vittima, in base al principio secondo cui lo Stato che punisce il crimine persegue un interesse che è proprio della comunità internazionale nel suo complesso⁵⁵⁵. In caso di commissione dunque di crimini internazionali da parte dei *contractors*, in principio ogni Stato, se previsto nel proprio ordinamento interno, potrebbe decidere di sottoporli alla propria giurisdizione in base a tale principio.

È opportuno ricordare inoltre che, per quanto riguarda le violazioni gravi del diritto internazionale umanitario, sussiste in capo agli Stati Parti alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 un obbligo nel senso di esercitare la giurisdizione penale nei confronti di individui “qualunque sia la loro nazionalità” che abbiano commesso, o che abbiano ordinato di commettere, una violazione grave⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, spec. pp. 191-193. Per una definizione di giurisdizione penale universale, si veda la risoluzione adottata nel 2005 dall'*Institut de Droit International*, “Universal Criminal Jurisdiction with regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes”, par. 1, secondo cui « Universal Jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law », reperibile in http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf. Volendo porre in rilievo lo scopo che la norma sulla giurisdizione penale universale possiede, e cioè quello di combattere l'impunità, si abbia riguardo al terzo considerando della medesima risoluzione in cui si afferma che « *Wishing* therefore to contribute to the prevention and suppression of such crimes with a view to putting an end to impunity which may result, in particular, from the unwillingness or the inability of State authorities to take the requisite steps for prosecution ». Per un'analisi della risoluzione dell'*Institut de Droit International*, una sua comparazione con il diritto internazionale consuetudinario nonché l'individuazione dei limiti a cui è sottoposto il suo esercizio, v. KRESS C., *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 561-580. Sulla nozione di giurisdizione universale in generale, v., tra gli altri, REYDAMS L., *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2005; COLANGELO A. J., *The Legal Limits of Universal Jurisdiction*, in *Virginia Journal of International Law*, 2006, pp. 149-198; O'KEEFE R., *Universal Jurisdiction, Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 735-757.

⁵⁵⁶ V. art. 49, 50, 129 e 146 rispettivamente della Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e malati delle forze armate in campagna (I), della Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti, malati e naufraghi delle forze armate sul mare (II), della Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra (III), della Convenzione relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra (IV). Si veda in particolare il secondo paragrafo di ciascuno degli articoli citati, secondo cui « Ciascuna Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una qualsiasi di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e alle condizioni previste dalla propria legislazione, consegnarle per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone indizi sufficienti », traduzione italiana in FOCARELLI C., *Digesto del diritto internazionale*, Napoli, 2004. Nel senso che tale disposizione può considerarsi come un esempio di giurisdizione universale, v. REYDAMS L., *Universal Jurisdiction*, op. cit., p. 55. Per infrazione grave deve intendersi, ai sensi dell'art. 50 della I Convenzione di Ginevra, quelle infrazioni che “implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: omicidio intenzionale, tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l'integrità fisica o la salute, la distruzione o l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari ed eseguite su vasta scala in modo illecito e

7. La competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale in caso di commissione di crimini internazionali da parte dei *contractors*. Connessi problemi applicativi

Oltre alla possibilità che gli Stati diversi da quello territoriale sottopongano a processo i *private contractors* qualora si siano resi responsabili di crimini internazionali o di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, va ricordato che nelle medesime ipotesi, può essere competente, alle condizioni che diremo di seguito, a processare i *contractors*, anche un'istanza giurisdizionale internazionale quale è la Corte penale internazionale, la quale, come è noto, è un tribunale internazionale permanente che può esercitare la propria giurisdizione, in modo complementare alle giurisdizioni nazionali, nei confronti degli individui i quali si siano resi responsabili del crimine di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra⁵⁵⁷ compiuti dopo la sua entrata in vigore, avvenuta il 1 luglio 2002⁵⁵⁸.

Considerata la sua natura di istanza giurisdizionale complementare alle corti nazionali⁵⁵⁹, la Corte costituisce un'istituzione particolarmente appropriata a risolvere le ipotesi, da noi considerate in precedenza, in cui si crea una situazione di impunità dei *contractors* in caso di crimini internazionali⁵⁶⁰.

Come è noto, la Corte non ha una competenza giurisdizionale universale, al contrario, essa può giudicare solo nelle ipotesi in cui il crimine sia

arbitrario », in FOCARELLI, op. cit., p. 508.

⁵⁵⁷ V. art. 5 del trattato istitutivo della Corte penale internazionale, il cui testo è reperibile in http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_English.pdf.

⁵⁵⁸ In dottrina, si veda, tra gli altri, MC GOLDRICK D., ROWE P., DONNELLY E. (Edited by), *The Permanent International Criminal Court, Legal and Policy Issues*, Oxford and Portland Oregon, 2004; POLITI M., NESI G., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Challenge to Impunity*, Aldershot, 2001; LATTANZI F. (a cura di), *The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute*, Napoli, 2001.

⁵⁵⁹ Il principio di complementarità è affermato in particolare al decimo considerando del Preambolo ed all'art. 1 dello Statuto della Corte. Sul principio di complementarità, v. BENVENUTI P., *Complementarità of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions*, in LATTANZI F., SCHABAS W., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, L'Aquila, 1999; DELLA MORTE G., *La potestà giurisdizionale della Corte penale internazionale: complementarità, condizioni di procedibilità, soggetti legittimati a richiedere l'esercizio dell'azione penale e ne bis in idem*, in CARLIZZI G., DELLA MORTE G., LAURENTI S., MARCHESI A., *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, pp. 1-60.

⁵⁶⁰ Facciamo riferimento in particolare alla prima ipotesi da noi distinta precedentemente riguardante Stati "deboli" o "collassati". Riguardo alla *ratio* del principio di complementarità, v. RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007, spec. p. 283.

commesso nel territorio di uno Stato Parte ovvero da un cittadino di uno Stato Parte o di uno Stato che ne abbia accettato la giurisdizione. Nello Statuto è prevista la possibilità infatti di accettazioni *ad hoc* della competenza giurisdizionale della Corte da parte degli Stati in relazione a specifici episodi che rientrino ovviamente nell'ambito di competenza della Corte⁵⁶¹. In presenza di tali presupposti, la Corte è attivabile su istanza di uno Stato Parte, o del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite agente in virtù del Capitolo VII della Carta o del Procuratore⁵⁶².

Proprio con riguardo alle situazioni di crisi in cui uno Stato ospitante potrebbe versare, è opportuno ricordare che lo Statuto della Corte prevede che essa eserciti le proprie funzioni giurisdizionali laddove accerti che lo Stato il quale dovrebbe provvedere alla repressione del crimine non intenda o sia effettivamente incapace di svolgere correttamente l'indagine o di iniziare il processo⁵⁶³. Riguardo all'accertamento dell'incapacità da parte di uno Stato di processare i presunti criminali, lo Statuto fa riferimento ad una situazione di "total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system" in cui "the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings"⁵⁶⁴. Sembrerebbe rimanere aperta perciò la possibilità per gli Stati che ospitano i *contractors* nel proprio territorio e che non siano in grado di sottoporli a procedimento, di deferire la questione alla Corte penale internazionale. Ciò è possibile, lo ricordiamo, anche laddove lo Stato in questione non sia Parte allo Statuto,

⁵⁶¹ Cfr. art. 12, par. 3, dello Statuto.

⁵⁶² V. CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2002, in part. pp. 605-615; TRIFFTERER O. (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999, in part. pp. 329-342.

⁵⁶³ Cfr. art. 17 dello Statuto. V. CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, op. cit., in part. pp. 667-684; TRIFFTERER O. (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., in part. pp. 383-394.

⁵⁶⁴ Cfr. art. 17 dello Statuto, in part. par. 3. Occorre precisare che nella formula utilizzata nell'articolo non è compresa il "collasso parziale" del sistema istituzionale di uno Stato, sebbene fosse stato previsto durante le negoziazioni. Sul punto v. CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D. (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, op. cit., spec. p. 677, in cui si afferma che « The purpose of including inability in the Statute was to address the situation where there has been a collapse of the institutions of the country, including its judicial system. In these instances, the State may be willing, indeed anxious, to prosecute but the ability to do so does not exist. [...] Article 17, therefore, first requires that there be a collapse or unavailability of the national judicial system. [...] A partial collapse was included in the Draft Statute prepared in the Preparatory Committee but this was changed to 'substantial' at the Rome Conference. The reason for the change was to preclude the Court from assuming jurisdiction merely because an armed conflict exists in a State and the judicial system is partially affected. Even in such instances, the State may be able, through shifting resources or transferring the trial to other venues, to effect a genuine prosecution ».

come ad esempio è attualmente l'Iraq, ma ciò nonostante, accetti che la Corte eserciti la propria giurisdizione rispetto a specifici crimini commessi da *contractors* sul proprio territorio.

Non può omettersi tuttavia che alla realizzazione di quanto da noi detto si frappongono alcuni impedimenti sia di carattere politico sia di carattere più strettamente giuridico.

Riguardo a quelli di carattere politico, si deve infatti rilevare la mancanza di volontà politica da parte dello Stato ospitante di rivolgersi alla Corte penale internazionale per la persecuzione di eventuali *contractors* responsabili di crimini internazionali. Ciò avviene poiché, molto spesso, il governo del suddetto Stato ha usufruito dell'azione militare di tali *contractors* allo scopo di riconquistare l'autorità di governo sul territorio con la conseguenza che il medesimo governo è restio a processarli successivamente per gli atti criminosi da essi commessi ⁵⁶⁵.

Circa gli ostacoli di carattere più strettamente giuridico, occorre rilevare il fatto che spesso gli accordi che lo Stato ospitante stipula con lo Stato di invio relativi allo *status* dei *contractors* prevedono l'immunità di questi ultimi dalla giurisdizione delle corti dello Stato ospitante nonché il divieto di estradizione verso uno Stato terzo senza il previo consenso dello Stato di impiego. Uno Stato Parte allo Statuto o che intenda deferire una questione alla Corte penale internazionale potrebbe dunque trovarsi nella posizione in cui, per deferire la questione alla Corte, dovrebbe violare gli obblighi sanciti nell'accordo previamente concluso con lo Stato di invio esponendosi a divenire responsabile, sul piano internazionale, per la violazione della norma convenzionale.

A tale proposito, va rilevato che lo Statuto della Corte peraltro non contiene una norma che sancisca la priorità degli obblighi statutari rispetto a quelli derivanti da altri accordi internazionali. Al contrario, lo Statuto contiene delle disposizioni dirette a far salvi i preesistenti obblighi pattizi degli Stati

⁵⁶⁵ L'ipotesi illustrata ha interessato, in modo particolare, gli Stati africani che sono ricorsi alle compagnie militari private per riconquistare parti del proprio territorio sotto il controllo di movimenti di insorti, come è avvenuto in Sierra Leone e in Angola, in cui gravi illeciti, suscettibili di costituire crimini internazionali compiuti dai *private contractors*, sono rimasti impuniti. Cfr. capitolo secondo, Prima parte.

Contraenti, con la conseguenza che gli Stati Parti dello stesso sono posti in condizione di rispettare gli accordi assunti con Stati terzi.

In particolare, ai fini del nostro discorso, rileva l'art. 98 dello Statuto, avente ad oggetto la cooperazione degli Stati Parti in relazione alla rinuncia all'immunità e al consenso alla consegna dell'imputato, il cui secondo comma stabilisce che la Corte non possa presentare una domanda di consegna di una persona che costringa lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli derivino da accordi internazionali di estradizione in forza dei quali, ai fini della consegna dell'individuo, è necessario il consenso dello Stato di invio, a meno che non abbia ottenuto il consenso di quest'ultimo⁵⁶⁶.

I problemi sopraindicati potrebbero comunque essere superati attraverso il potere che lo Statuto della Corte attribuisce al Procuratore il quale, ai sensi dell'art. 13, lett. c), e alle condizioni per il suo esercizio previste all'art. 15, può aprire un'inchiesta di sua iniziativa nei confronti di individui sospettati di essere responsabili di crimini internazionali⁵⁶⁷. Per quanto concerne il superamento dei problemi di ordine politico, il Procuratore potrebbe sopperirvi attraverso l'apertura di un procedimento almeno in due casi, laddove cioè il presunto responsabile sia cittadino di uno Stato Parte allo Statuto o qualora egli abbia commesso il crimine nel territorio di uno Stato Parte, in base all'art. 12, par. 2, lett. a) e b). Analogamente, circa i problemi di ordine giuridico, questi potrebbero essere risolti sempre mediante l'azione del Procuratore il quale potrebbe iniziare un procedimento laddove accerti che lo Stato di impiego dei *contractors*, qualora sia uno Stato Parte allo Statuto, si riveli "unwilling" ad esercitare la giurisdizione in base ai requisiti previsti all'art. 17, par. 2, lett. a), b), e c)⁵⁶⁸. Laddove invece lo Stato di impiego non sia Parte allo Statuto, come ad esempio gli Stati Uniti, la questione rimane irrisolta.

⁵⁶⁶ V. PROST K., SCHLUNK A., *Article 98*, in TRIFFTERER O. (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., pp. 1131-1133. V. FLECK D., *Are Foreign Military Personnel Exempt From International Criminal Jurisdiction Under Status of Forces Agreements?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 651 ss.; WIRTH S., *Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute*, in *Criminal Law Forum*, 2001, pp. 429-458. V. anche PUOTI P., *L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2001, in part. pp. 206-214.

⁵⁶⁷ Riguardo ai poteri del Procuratore della Corte di aprire un procedimento, v. KIRSCH P., ROBINSON D., *Initiation of Proceedings by the Prosecutor*, in CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D., (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, op. cit., in part. pp. 657-666.

⁵⁶⁸ Si ricordi che ai sensi dell'art. 17, par. 2, dello Statuto, al fine di determinare l' "unwillingness" da parte di uno Stato, la Corte deve prestare attenzione ai seguenti fattori: « (a) The proceedings were or are being

8. L'azione di controllo che Stati ospitanti compiono nei confronti delle compagnie militari private che operano nei propri territori

Dopo aver considerato la questione riguardante l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei *contractors*, ci sembra opportuno a conclusione del capitolo sottolineare anche le misure che gli Stati ospitanti, soprattutto negli anni più recenti, hanno adottato nei confronti delle compagnie militari private che operano nel proprio territorio riconducibili ad una più generale azione di controllo che tali Stati hanno rivendicato nei confronti delle compagnie militari.

Tali misure si ricavano dalle leggi che alcuni tra i principali Stati ospitanti hanno emanato nel corso di questi ultimi anni nei confronti delle compagnie militari e possiamo distinguerle in misure di carattere preventivo e repressivo. Tale azione di controllo sembrerebbe riconducibile ad un obbligo "di protezione" di carattere generale che ciascuno Stato ha nei confronti del proprio territorio e degli individui ivi residenti.

Per quanto riguarda le misure di carattere preventivo, si è già avuto modo di osservare nella Prima parte del presente lavoro che alcuni Stati ospitanti hanno emanato delle leggi specifiche per disciplinare l'attività delle compagnie militari private nel proprio territorio. In genere, le leggi nazionali impongono alle compagnie militari private di richiedere ad un organo del governo una "operative license", strumento attraverso il quale esse sono autorizzate a svolgere l'attività.

In relazione alla procedura di richiesta di tale licenza, si può osservare che la sua concessione è sempre condizionata ad una preliminare azione di

undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice ». V. HOLMES J. T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D., (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, op. cit., in part. pp. 674-677, il quale sull'interpretazione e l'applicazione di tali criteri afferma che « the criteria for determining admissibility in the Rome Statute have been criticized for several reasons, including the relatively high standards [...] Undoubtedly, the standards are high. However, the underlying premise of the complementarity regime was to ensure that the Court did not interfere with national investigations or prosecutions except in the most obvious cases ». V. anche TRIFFTERER O. (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., in part. pp. 392-394.

controllo che l'organo statale compie nei confronti della compagnia. Tale azione si esplica ad esempio, prendendo come riferimento ad esempio alla legge irachena ed a quella della Sierra Leone, attraverso una verifica sulle modalità di acquisto delle armi e dell'equipaggiamento di cui è in possesso la compagnia, nonché un controllo sulla reputazione e l'idoneità sia dei direttori della compagnia sia dei *contractors* a compiere le attività di carattere militari. Riguardo all'idoneità dei *contractors* a svolgere l'attività, è da sottolineare il fatto che sia la legislazione irachena sia il progetto di legge afgano facciano espressamente riferimento al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In generale, la verifica sembra comportare una valutazione sulla compatibilità della compagnia militare privata con l'interesse pubblico dello Stato.

A noi sembra che tale misure di carattere preventivo adottate dagli Stati siano riconducibili ad un dovere, più generale, di protezione che lo Stato è tenuto a rispettare sul proprio territorio: la procedura di autorizzazione e licenza costituisce lo strumento mediante il quale gli Stati si conformano a tale obbligo. Quest'ultimo si concretizza appunto nell'azione di verifica che l'organo di governo compie al fine di controllare l'idoneità e l'adeguatezza della compagnia militare e dei suoi dipendenti a compiere l'attività implicante l'utilizzo di armi nel proprio territorio. È chiaro che all'interno di tali requisiti di idoneità vi è anche il rispetto dei diritti umani.

Per quanto concerne le misure di carattere repressivo da attuarsi nei confronti delle compagnie militari private⁵⁶⁹, si deve sottolineare che tutte le leggi da noi prese in esame contemplano la possibilità per lo Stato ospitante di sospendere o anche revocare la "operative license". Si osservi in particolare che sia la legge della Sierra Leone sia quella dell'Iraq conferiscano all'organo competente di revocare la licenza nell'ipotesi in cui la compagnia violi non solo i termini e le condizioni previste nella suddetta legge, ma anche, più in generale, le leggi dello Stato ospitante tra cui rientrano anche il rispetto dei diritti fondamentali.

A supporto di quanto appena affermato, ci sembra che possa essere

⁵⁶⁹ Per le azioni di repressione poste in essere nei confronti dei *contractors*, e primariamente l'esercizio della giurisdizione, si rimanda ai paragrafi precedenti del presente capitolo.

considerata la reazione avuta dal governo iracheno in seguito alla vicenda, da noi più volte richiamate nel corso del lavoro, dell'uccisione di civili iracheni da parte di *contractors* della *Blackwater* a Bagdad il 16 settembre 2007. Immediatamente dopo l'accaduto infatti, il governo iracheno ha dichiarato subito di voler revocare la "operative license" data alla compagnia, in assenza della quale la compagnia si sarebbe trovata a svolgere l'attività nel territorio iracheno in modo illegittimo, affermando con riferimento ai *contractors* della *Blackwater* che « [A]s of now they are not allowed to operate anywhere in the Republic of Iraq »⁵⁷⁰.

In seguito a tale presa di posizione, peraltro, come già visto in precedenti parti del presente lavoro, il governo si è apprestato a presentare un disegno di legge al fine di sottoporre alla giurisdizione delle corti irachene le compagnie militari private straniere ed i rispettivi *contractors*⁵⁷¹. Va precisato peraltro che il disegno di legge non è stato ancora convertito in legge, almeno in base alle fonti a noi disponibili, probabilmente per le pressioni che il governo statunitense ha esercitato nei confronti del governo iracheno riguardanti l'importanza che la suddetta compagnia militare riveste per il contingente militare statunitense presente in Iraq.

Il caso dell'Iraq assume inoltre una particolare rilevanza nella misura in cui si tratta di uno Stato che non può considerarsi, al momento in cui si scrive, uno Stato "istituzionalmente solido" nella misura in cui il suo governo sta cercando di uscire da una situazione di forti divisioni tra le diverse etnie e confessioni

⁵⁷⁰ V. *Iraq Battle Was Self-defense, Security Firm Says*, in <http://edition.cnn.com/2007/WORLD/meast/09/17/iraq.main/index.html>, in cui è riportata la dichiarazione del portavoce del Ministro degli Interni iracheno secondo cui « We have revoked Blackwater's license to operate in Iraq. As of now they are not allowed to operate anywhere in the Republic of Iraq. The investigation is ongoing, and all of those responsible for Sunday's killing will be referred to Iraqi justice ». V. anche PARTLOW J., PINCUS W., *Iraq Bans Security contractor*, in http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/09/17/AR2007091700238_3.html, in cui si afferma che « [T]he Iraqi government's announcement was its most public assertion to date of its right to take action against foreign security companies when a suspected crime has been committed. [...] An Interior Ministry spokesman, [...] said the decision meant Blackwater "cannot work in Iraq any longer. Blackwater has made any mistakes resulting in other deaths, but this is the last and the biggest mistake. This is unjustified [...] They are here to protect personnel, not shoot people without reason ».

⁵⁷¹ A tale proposito, v. le dichiarazioni espresse dal portavoce del governo iracheno, A. al-Dabbagh, all'indomani dell'approvazione del progetto di legge da parte del governo iracheno, secondo cui « [T]he cabinet today approved a new draft law which puts all private security companies under the Iraqi law [...] These companies will not get immunity and will be subject to Iraqi law », riportato in *Iraq to End Contractor Immunity*, in http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/7069173.stm.

religiose all'interno del paese e sta cercando di imporre la propria autorità di governo su tutto il territorio nazionale ⁵⁷².

A supporto dell'esistenza di un tale obbligo di protezione in capo allo Stato ospitante nel senso di regolare l'attività delle compagnie militari private presenti nel suo territorio attraverso sistemi di controllo da esercitare nei loro confronti attraverso la concessione e, se del caso, il ritiro delle licenze, può riportarsi anche quanto dichiarato dal *Working Group* delle Nazioni Unite proprio in seguito all'incidente avvenuto a Bagdad per responsabilità dei *contractors* della *Blackwater*, il quale dopo aver ricordato agli Stati Membri « [...] the inherent dangers of privatization and internationalization on the use of violence, one of the primary functions representing the sovereignty of the State and the basis of collective security under the UN Charter », ha posto in rilievo il fatto che è responsabilità degli Stati, in base al diritto internazionale ⁵⁷³, « [...] to adequately regulate and control the conduct and behavior of private military/security guards. [...] It recommends Government of States from which these private companies are incorporated or registered, as well as States on whose territories these private companies operate, to adopt legislation to set up regulatory mechanisms to control and monitor their activities. This could include a system of registering and licensing, which would authorize these companies to operate under certain conditions, and allow them to be sanctioned when the norms are not respected » ⁵⁷⁴.

⁵⁷² A favore dell'affermazione dell'autorità di governo da parte del governo iracheno nei confronti delle compagnie militari private e dei *contractors* presenti nel suo territorio, deve ricordarsi la notizia del 19 novembre 2007 riguardante l'arresto e la conseguente apertura di un'inchiesta da parte delle autorità di polizia irachene di tre *contractors* che avevano aperto il fuoco nel centro di Bagdad ferendo una donna. Le forze di polizia irachene, nello stesso giorno, hanno fermato altri quarantatré *contractors*, di cui due di nazionalità statunitense, ventuno dello Sri Lanka, nove nepalesi e uno indiano. In relazione a tali arresti, si veda quanto affermato dal portavoce del governo iracheno A. al-Dabbagh, secondo cui l'arresto "è un segnale alle compagnie di sicurezza: nessuno è al di sopra della legge. Le persone coinvolte saranno processate e chi non c'entra niente sarà rilasciato", traduzione italiana riportata in <http://www.rainews24.it/notizia.asp?newsID=75938>, v. anche http://www.corriere.it/cronache/07_novembre_19/contractor_arrestati_iraq.shtml.

⁵⁷³ In <http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/view01/B78BC375A4E7C76DC125736100598326?opendocument>.

⁵⁷⁴ In <http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/view01/B78BC375A4E7C76DC125736100598326?opendocument>, corsivo aggiunto.

9. Considerazioni conclusive

L'analisi compiuta si è focalizzata su due elementi: il primo, concernente la questione su chi sia lo Stato competente ad esercitare la giurisdizione nei confronti del singolo *contractor* in caso di commissione di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario; il secondo, riguardante invece l'azione, più generale, di controllo che gli Stati sempre di più svolgono nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza privata, tenendo in considerazione gli elementi più recenti della prassi.

Con riguardo al primo punto, l'esercizio cioè della giurisdizione, l'analisi ha preso le mosse dall'obbligo, in capo a ciascuno Stato, di prevenzione e punizione delle violazioni dei diritti umani il quale si applica anche nei confronti delle condotte illecite poste in essere dai *contractors*. Alla luce dei contesti in cui le compagnie militari e della sicurezza privata operano, abbiamo ritenuto necessario distinguere quale autorità di governo ha tale obbligo.

A tale proposito abbiamo distinto diverse ipotesi di Stato ospitante, che abbiamo ricavato dai casi più rilevanti di impiego delle compagnie che si sono avuti negli ultimi anni, per ciascuna delle quali si è cercato di fornire una soluzione. Se si esclude l'ipotesi di occupazione militare, i casi che indubbiamente presentano maggiori problemi soprattutto per l'impunità di cui possono godere i *contractors*, sono i casi in cui nel territorio non vi è un'autorità di governo sufficientemente forte da reprimere gli illeciti ed anche, seppure in modo diverso, i casi in cui nel territorio di uno Stato ospitante vi sono *contractors* che operano per conto di Stati, nell'ambito di una Forza multinazionale, come sono attualmente il contesto iracheno e quello afgano. In quest'ultimo caso, spesso lo status dei *contractors*, per quanto riguarda l'esercizio della giurisdizione, è disciplinato da un accordo tra lo Stato di invio e lo Stato ospitante che stabilisce, come nel caso iracheno, la giurisdizione dello Stato d'invio per gli atti commessi nell'ambito di svolgimento delle attività concordate nel contratto stipulato tra lo Stato e la compagnia. A tale proposito, nell'analisi si è discusso se sia possibile anche per lo Stato ospitante esercitare la giurisdizione, ed eventualmente a quale titolo e per quali atti illeciti.

In qualità di criteri alternativi a quelli esaminati, nell'analisi si è dato spazio ai criteri di collegamento previsti in alcune convenzioni internazionali applicabili anche nei confronti dei *contractors*, i quali stabiliscono che anche altri Stati, quali ad esempio quello della nazionalità del reo, possano esercitare la giurisdizione nei suoi confronti. Al riguardo, è stata presa in considerazione anche la possibilità che sia la Corte penale internazionale ad esercitare la giurisdizione e i problemi connessi.

Il secondo elemento sul quale abbiamo focalizzato l'attenzione è stato quello concernente l'azione di controllo che gli Stati ospitanti rivendicano nei confronti delle compagnie militari e della sicurezza. A noi sembra che questo sia un dato interessante per due ordini di motivi. Il primo consistente nel fatto che la rilevazione di tale elemento corrisponde ad una tendenza, molto recente, messa in atto soprattutto da parte di Stati che in passato si trovavano in situazioni diverse come ad esempio sotto occupazione bellica, i quali rafforzando le proprie strutture di governo e il controllo sul territorio, esigono sempre più dalle compagnie il soddisfacimento di determinati requisiti e rivendicano un controllo sul loro rispetto istituzionalizzando, in alcuni casi, anche meccanismi di riparazione in favore delle vittime, come rappresenta il recente disegno di legge proposto in Afghanistan. Il secondo motivo di interesse consiste nel fatto che tale tendenza dimostrerebbe, a nostro parere, come le compagnie militari e della sicurezza, a dispetto di quanto avvenuto nei primi casi in cui sono state impiegate, siano sempre di più sottoposte ad un'azione di controllo da parte di tutti gli Stati coinvolti nelle loro attività, tra cui anche lo Stato ospitante laddove esso ne sia in grado. Il suddetto elemento, quello cioè relativo al controllo, riveste, ai fini del nostro studio, una particolare rilevanza nella misura in cui riteniamo che sia l'unico in grado di garantire il rispetto da parte delle compagnie e dei *contractors* delle norme internazionali applicabili nelle loro diverse ipotesi di impiego.

L'indagine condotta ha preso avvio dall'esigenza di studiare il fenomeno delle compagnie militari e della sicurezza privata di cui fino ad un recente passato si ignorava l'esistenza o le si guardava con estrema diffidenza. A fronte di questa impreparazione da parte della dottrina e, più in generale, dell'opinione pubblica, a concepire l'idea secondo cui potessero esistere anche enti privati in grado di condurre attività implicanti l'utilizzo della forza armata, è sembrato interessante iniziare lo studio di tale fenomeno. A tale scopo, abbiamo cercato di compiere un lavoro finalizzato anzitutto a ricostruire un quadro giuridico entro cui collocare le compagnie militari private, quadro che tuttora non è stato ricostruito in modo esauriente dalla dottrina.

Il lavoro è stato distinto in due parti ciascuna delle quali affronta il fenomeno delle compagnie militari e della sicurezza privata da due angolature che apparentemente possono sembrare non strettamente collegate, ma che, a nostro parere, lo sono per le ragioni che diremo qui di seguito.

La Prima Parte è stata dedicata allo studio dei soggetti privati che nel corso dei secoli sono stati autorizzati dall'ente sovrano a svolgere attività militari. In questa parte, le compagnie militari e della sicurezza private sono state dunque inserite in un fenomeno più ampio, quello appunto degli "enti privati a carattere militare", a partire dall'epoca medievale fino ad arrivare ai mercenari del secolo XX ed infine alle attuali compagnie militari private.

Per ciascuno di tali gruppi di privati, è stato preso in considerazione il regime giuridico applicabile. Nel caso degli enti privati che hanno caratterizzato il sistema internazionale a partire dall'epoca medievale, l'analisi si è soffermata in particolare nell'analisi del rapporto sussistente tra il privato e l'autorità sovrana e le sue conseguenze sul piano della responsabilità di ciascuno. Nel caso invece dei mercenari del secolo XX, l'analisi si è soffermata in particolare sulle definizioni di mercenario contenute nella disciplina internazionale convenzionale e la loro applicabilità nei confronti dei *contractors* contemporanei. Il capitolo relativo alle compagnie militari e della

sicurezza privata ha preso infine in considerazione la serie di regimi esistenti, internazionali e nazionali, applicabili nei loro confronti.

Da ciascuno dei capitoli, ed in particolare dalla disciplina sui mercenari e dal regime applicabile alle compagnie, ha preso avvio la Seconda Parte del lavoro volta a ricavare, dalle anzidette discipline, gli obblighi primari spettanti agli Stati che sono coinvolti, a vario titolo, nelle attività delle compagnie militari e della sicurezza. La nostra analisi si è soffermata, in particolare, nell'esame della posizione e della responsabilità dello Stato di impiego, dello Stato di sede e dello Stato ospitante delle compagnie.

Oltre all'individuazione dei principali obblighi internazionali ad essi spettanti, in ciascuno dei capitoli abbiamo affrontato alcuni specifici problemi che le compagnie militari e della sicurezza private pongono, *in primis* quello dell'imputabilità degli atti dei *contractors* allo Stato ovvero la questione di chi sia lo Stato competente ad esercitare la giurisdizione per le violazioni dei diritti umani da essi commesse, questioni che sono state esaminate anche dalla dottrina più recente. Dall'analisi è stato possibile osservare che, ad esempio per quanto riguarda la prima questione, non esiste una soluzione, dal punto di vista giuridico, che possa andare bene in assoluto e per tutti i casi di loro impiego. Al contrario, emerge che, ai fini dell'applicazione della disciplina riguardante la responsabilità statale nei casi di impiego di *contractors*, risulta necessario distinguere quanto più possibile le funzioni ad essi affidate e i contesti nei quali svolgono tali funzioni.

Ciò può comportare diversi problemi riguardanti l'applicazione della suddetta disciplina e può evidenziare altresì i limiti che la disciplina sulla responsabilità statale presenta nei confronti del fenomeno della privatizzazione delle attività militari, senza tuttavia dover necessariamente portare alla conclusione che nei confronti delle compagnie vi sia un « legal vacuum », come paventato da una certa parte della dottrina. Al riguardo riteniamo infatti che tale disciplina sia ancora in determinati casi applicabile. Inoltre, dall'osservazione della più recente prassi può evincersi la tendenza da parte degli Stati ad adottare, sempre di più, dei meccanismi volti a porre sotto controllo le attività delle compagnie ed i rispettivi *contractors*.

L'analisi è stata condotta integrandola, laddove possibile, con dati della prassi statale, in particolare giurisprudenziale. A tale proposito, a noi sembra tuttavia necessario sottolineare come questo aspetto sia stato, dall'inizio del nostro percorso ad oggi, estremamente carente e solo nei tempi più recenti può osservarsi come l'esigenza di controllo e di repressione delle condotte illecite poste in essere dai *contractors* sia sentita in maniera più urgente dagli Stati, in particolare da quelli di impiego. Questo è stato per noi anche fonte di alcune difficoltà insite proprio nello sforzo di ricostruire, in modo quanto più attendibile, il quadro giuridico applicabile alle compagnie.

Scopo del lavoro è stato dunque compiere una ricostruzione di tale quadro giuridico e dunque anche una ricognizione dei meccanismi di regolamentazione delle compagnie militari e della sicurezza che attualmente gli Stati stanno ponendo in essere. Lo studio dunque, pur prendendo in esame enti privati, ha assunto un carattere essenzialmente "statale" nel senso di approfondire gli obblighi internazionali e i relativi problemi di responsabilità degli Stati. Ciò ha permesso di compiere un inquadramento di insieme del fenomeno delle compagnie nell'attuale sistema inter-statale. Tale inquadramento risulta, a nostro parere, di una certa rilevanza, soprattutto per lo studio di un fenomeno nuovo quale si presenta quello delle compagnie militari e della sicurezza. Da una parte, infatti, esso consente di prendere visione del quadro di riferimento del sistema inter-statale, nel suo insieme, entro cui collocare le compagnie e, dall'altra parte, tale impostazione consente, a nostro parere, di rilevare quell'esigenza di controllo che l'autorità sovrana in ogni epoca storica ha rivendicato nei confronti degli enti privati a carattere militare che si verifica anche oggi. La suddetta azione, oggi posta in essere dall'autorità statale, riveste, a parere di chi scrive, una notevole importanza nella misura in cui rappresenta l'unica autorità in grado di autorizzare tali enti allo svolgimento, in modo legittimo, di attività a carattere militare e l'unica autorità in grado di istituire dei meccanismi idonei a garantire il rispetto delle norme nazionali ed internazionali ad essi applicabili.

Bibliografia

Actes de la Conference Diplomatique sur la Reaffirmation et le Developpement de Droit Internationale Humanitaire applicable dans le Conflits Armés, Genève (1974-1977).

ADAMS T. K., *Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century*, in BUNKER R. J., *Non-State Threats and Future Wars*, London, 2003, pp. 54-67.

ADDICOTT J. F., *Contractors on the "Battlefield": Providing Adequate Protection, Anti-Terrorism Training, and Personnel Recovery for Civilian Contractors Accompanying in the Military in Combat and Contingency Operations*, in *Houston Journal of International Law*, 2006, pp. 323-388.

AFFERNI C., *Corsa marittima*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XVI, 1938, pp. 291-292.

ALEXANDROWICZ C. H., *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th, 18th centuries)*, Oxford, 1967.

ALSTON P. (Ed. by), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005.

ANDREWS K. M. R., *Elizabethan Privateering During the Spanish War 1585-1603*, Cambridge, 1964.

ARANGIO RUIZ G., *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 909-999.

ARANGIO-RUIZ G., *State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, 1991, pp. 25-41.

ARANGIO-RUIZ G., *Conseguenze internazionali della decolonizzazione nel campo giuridico*, in *Conseguenze internazionali della decolonizzazione*, Atti del Convegno della SIOI, 1967.

Art. IV – On Prize and Booty of War, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence*, 1848, pp. 281-330.

Art. VII – Naval Prize, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence*, 1848-1849, pp. 150-153.

Art. X – The Law on Privateers and Letters of Marque, in *Law Review & Quarterly Journal of British & Foreign Jurisprudence*, 1853-1854, pp. 159-166.

- AVANT D. D., *The Market for Force. The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, 2005.
- BARTOLINI G., *Il concetto di « controllo » sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in in SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.-L. (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006.
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus represalarum*, in *Bartoli a Sassoferrato Commentaria*, IX, *super Authenticis et Institutiones*, Venezia, 1615.
- BATY T., *The Law of Contraband and Prize*, in *The Juridical Review*, 1904, pp. 268-284.
- BECKER T., *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford, 2006.
- BEHNSEN A., *The Status of Mercenaries and Other Illegal Combatants Under International Humanitarian Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2003, pp. 495-536.
- BERNARD O'MEARA B., *Private Military Firms and Mercenaries: Potential for Liability under International Law*, in *Tilburg Foreign Law Review*, 2005, pp. 324-347.
- BETTS R. F., *La decolonizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- BINA M. W., *Private Military Contractor Liability and Accountability after Abu Ghraib*, in *The John Marshall Law Review*, 2005, pp. 1237-1263.
- BOBBIO N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*. Torino, 1978.
- BOGNETTI G., *Formazione storica dell'Europa e Diritto internazionale nel Medioevo*, in *Comunicazioni e Studi*, 1942, pp. 23-38.
- BOLDT N., *Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, pp. 502-544.
- BONASSIEUX P., *Les Grandes Compagnies de Commerce*, Parigi, 1892.
- BONO S., *Lumi e Corsari. Europa e Maghreb nel Settecento*. Perugia, 2005.
- BONO S., *I corsari barbareschi*, Torino, 1964.
- BONO S., *Il Mediterraneo da Lepanto a Barcellona*, Perugia, 1999.

- BORCHARD E. M., "Responsibility of States", at the Hague Codification Conference, in *American Journal of international Law*, 1930, pp. 517-540.
- BORELLA F., *Évolution récente de l'Organisation de l'Unité Africaine*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1974, pp. 215-222.
- BOTHA C., *From Mercenaries to 'Private Military Companies': The Collapse of the African State and the Outsourcing of State Security*, in *South African Yearbook of International Law*, 1999, pp. 133-148.
- BOWER G., *Private Property on the High Sea*, in *American Journal of International Law*, 1919, pp. 60-78.
- BOWER G., BELLOT H. H. L., *The Law of Capture at Sea. The Peace of Utrecht to the Declaration of Paris*, in *International Law Notes*, 1918, pp. 181-186.
- BRAYTON S., *Outsourcing War: Mercenaries and the Privatization of Peacekeeping*, in *Journal of International Affairs*, 2002, pp. 303-329.
- BRIERLY J. L., *The Theory of Implied State Complicity in International Claims*, in *British Yearbook of International Law*, 1928, pp. 42-49.
- British International Law Cases*, London, 1967.
- BROWNLIE I., *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)*, Oxford, 1983.
- BROWN SCOTT J., *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, pp. 133-140, New York, 1915.
- BURMESTER H. C., *The Recruitment and Use of Mercenaries in Armed Conflicts*, in *American Journal of International Law*, 1978, pp. 37-56.
- CAILLEY-BERT J., *Le Compagnies de colonisation sous l'ancien régime*, Parigi, 1898.
- CALAGUAS M., *Military Privatization: Efficiency or Anarchy?*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2006, pp. 58-81.
- CAMERON L., *Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and Its Impact on their Regulation*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 573-598.
- CARON D., *The Basis of Responsibility: Attribution and other Trans-Substantive Rules*, in LILICH & MAGRAW D. (ED.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, 1998.

- CARNEY H., *Prosecuting the Lawless: Human Rights Abuses and Private Military Firms*, in *The George Washington Law Review*, 2006, pp. 317-344.
- CARTER A. C., *The Dutch as Neutrals in the Seven Years War*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1963, pp. 818-834.
- CASSESE A., GAETA P., JONES JOHN R. W. D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford, 2002.
- CASSESE A., *Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1980, pp. 1-30.
- CASTO W. R., *Regulating the New Privateers of the Twenty-First Century*, in *Rutgers Law School*, 2006, pp. 671-702.
- CESNER R. E. JR., BRANT J. W., *Law of the Mercenary: An International Dilemma*, in *Capitan University Law Review*, 1976-1977, pp. 339-370.
- CHARLES V. C., *Hired Guns and Higher Law: A Tortured Expansion of the Military Contractor*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2006, pp. 593-624.
- CHESTERMAN S., LEHNARDT C. (ED.), *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, New York, 2007.
- CHINKIN C., *A Critique of the Public/Private Dimension*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 387-395.
- CLAPHAM A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, New York, 2006.
- CLAPHAM A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 491-523.
- CLARK G., *The English Practice with regard to Reprisals by Private Persons*, in *American Journal of International Law*, 1933, pp. 694-723.
- COLEMAN J. R., *Constraining Modern Mercenarism*, in *Hastings Law Journal*, 2004, pp. 1493-1538.
- COLOMBOS J. C., *Diritto internazionale marittimo*, Roma, 1953.
- CONDORELLI L., *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, *Recueil de Cours*, 1984, pp. 9-222.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006.
- COTTIER M., *Elements for Contracting and Regulating Private Security and Military Companies*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 637-663.

- CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002.
- CRAWFORD J., PEEL J., OLLESON S., *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, in *European Journal of International Law*, 2001, pp. 963-991.
- CREUTZ K., *Transnational Privatized Security and the International Protection of Human Rights*, Helsinki, 2006.
- CURTIS R. E., *The Law of Hostile Military Expeditions as Applied by the United States*, in *American Journal of International Law*, 1914, pp. 1-38.
- CUTLER A., *Private Power and Global Authority*, Cambridge, 2005.
- DAVID E., *Les mercenaires en droit international*, in *Revue Belge de Droit International*, 1977, pp. XXX
- DAVID E., *Mercenaires et volontaire international en droit des gens*, Bruxelles, 1978.
- DE FEYTER K., GÓMEZ I. F., *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Oxford, 2005.
- DE HOOGH X., *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, in *British Yearbook of International Law*, 2001, p. 255 ss.
- DE LA BRIERE Y., *Évolution de la Doctrine et de la Pratique en Matière de Représailles*, in *Recueil de Cours*, 1928, II.
- DE MONTMORENCY J. E. G., *Piracy and the Barbary Corsairs*, in *Law Quarterly Review*, 1919, pp. 133-142.
- DE VATTEL E., *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, in SCOTT BROWN J. (Ed. By), *The Classics of International Law*.
- DE WOLF A. H., *Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International Law and Human Rights Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2006, pp. 316-356.
- DICKINSON L. A., *Public Values in a Privatized World*, in *Yale Journal of International Law*, 2006, pp. 384-426.
- DIPLA H., *La responsabilité de l'Etat pour violations des droits de l'homme – problèmes d'imputation*, Paris, 1994.

- DOPAGNE X, *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : le causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, in *Revue belge de droit international*, 2001, p. 492 ss.
- DRAPER G. I. A. D., *The Status of Combatants and the Question of Guerrilla Warfare*, in *British Yearbook of International Law*, 1971, pp. 173-218.
- DONNELLY R. M., *Civilian Control of the Military: Accountability for Military Contractors Supportino the U.S. Armed Forces Overseas*, in *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2006, pp. 238-263.
- DORDI C., *Gli accordi sul commercio sei servizi*, in VENTURINI G., *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, pp. 65-129.
- DOUGLAS K. L., *Contractors Accompanying the Force: Empowering Commanders eith Emergency Change Authority*, in *The Air Force Law Review*, 2004, pp. 127-155.
- DUFFIELD M., *Globalization and War Economies: Promoting Order or the Return of History?*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, pp. 21-38.
- EAGLETON C., *Measure of Damages in International Law*, in *Yale Law Journal*, 1929-1930, pp. 52-75.
- FALLAH K., *Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 599-611.
- FOCARELLI C., *Digesto del diritto internazionale*, Napoli, 2004.
- FOCARELLI C., *Lezioni di Storia del Diritto internazionale*, Perugia, 2002
- FRICCHIONE K., *Casualties in Evolving Warfare: Impact of Private Military Firms' Proliferation on the International Community*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2005, pp. 731-780.
- FRYE E. L., *Private Military Firms in the New World Order: How Redefining "Mercenary" can tame the "Dogs of War"*, in *Fordham Law Review*, 2005, pp. 2607-2664.
- GAETA P., *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in CASSESE A., CHIAVARIO M., DE FRANCESCO G. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005.
- GAETA P., *Un'analisi dell'applicazione dei principi di territorialità e nazionalità attiva*, in CASSESE A., CHIAVARIO M., DE FRANCESCO G. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, pp. 513-548.

- GARCÍA-MORA M. R., *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States*, The Hague, 1962.
- GARCIA T., *La loi du 14 avril 2003 relative a la repression de l'activite de mercenaire*, in *Revue Général de Droit International Public*, 2003, pp. 677-692.
- GARGIULO P., *Il diritto internazionale e il problema dei mercenary*, in *La Comunità Internazionale*, 1985, pp. 38-79.p. 197-237.
- GATTINI A., *Les obligations des États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État puor violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général*, in P.-M. DUPUY (sous la direction de), *Obligations multilaterales, droit imperatif et responsabilite internationale des États*, Paris, 2003, pp. 145-165.
- GENTILI A., *De iure belli libri tres*, Oxford, 1933.
- GIARDINO A. E., *Using Extraterritorial Jurisdiction to prosecute Violations of the Law of War: Looking Beyond the War Crimes Act*, in *Boston College Law Review*, 2007, pp. 699-738.
- GILLARD E.-C., *Business goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 525-572.
- GOEBEL J. JR., *The International Responsibility of States for Injuries sustained by Aliens on Account of Mob Violence, Insurrections and Civil Wars*, in *American Journal of International Law*, 1914, pp. 804-852.
- GOSSE P., *Storia della pirateria*, Firenze, 1962.
- GREEN L. C., *The Status of Mercenaries in International Law*, in *Essays on the Modern Law of War*, New York, 1985.
- GREWE W. G., *The Epochs of International Law*, Berlin, 2000.
- GROZIO H., *De iure belli ac pacis libri tres*, 1655, in SCOTT BROWN J. (Ed. by), *The Classics of International Law*.
- GUERRA MEDICI M. T., *Diritto internazionale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. V, Torino, pp. 258-274.
- GUL S., *The Secretary Will Deny all Knowledge of Your Actions; The Use of Private Military Contractors and the Implications for State and Political Accountability*, in *Lewis & Clarck Law Review*, 2006, pp. 288-312.

- HABERMAS J., *Beyond the Nation-State. On Some Consequences of Economic Globalization*, in ERIKSEN E. O., FOSSUM J. E., *Democracy in the European Union. Integration Through Deliberation?*, Routledge, 2000, pp. 29-41.
- HACKWORTH G. H., *Digest of International Law*, New York, Londra, 1973.
- HAGGENMACHER P., *Grotius et la Doctrine de la Guerre Juste*, Genève, 1983.
- HAMPSON F. J., *Mercenaries: Diagnosis Before Proscription*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1991, pp. 3-38.
- HANNAY D., *The Great Chartered Companies*, London, 1962.
- HARRINGTON M. P., *The Legacy of the Colonial Vice-Admiralty Courts (Part II)*, in *Journal of Maritime Law & Commerce*, 1996, pp. 323-351.
- HELFMAN T., *Neutrality, the Law of Nations, and the Natural Law Tradition: A Study of the Seven Years War*, in *Yale Journal of International Law*, 2005, pp. 549-586.
- HENCKAERTS J.-M., DOSWALD BECK L. (Ed.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II, Practice, Cambridge University Press, 2005.
- HESSBRUEGGE J. A., *The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law*, in *International Law and Politics*, 2004, pp. 265-306.
- HOOVER M. J., *The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War*, in *Case Western Journal of International Law*, 1977, pp. 323-406.
- HOFMEYR G., *Admiralty Jurisdiction in South Africa*, in *Acta Juridica*, 1982, pp. 30-50.
- HOLDSWORTH W. S., *The Early History of Commercial Societies*, in *Juridical Review*, 1916, pp. 305-344.
- HOUSE G. W., *The French Spoliation Cases – An Unanswered Question*, in *Virginia Journal of International Law*, 1971-1972, pp. 120-131.
- HYNEMANN C. S., *Neutrality Among the European Wars of 1792-1815*, in *American Journal of International Law*, 1930, pp. 279-281.
- JACKSON K., *Not Quite a Civilian, Not Quite a Soldier: How Five Words Could Subject Civilian Contractors in Iraq and Afghanistan to Military Jurisdiction*, in *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*, 2007, pp. 255-289.
- JÄGER T., KÜMMEL G., *Private Military and Security Companies. Changes, Problems, Pitfalls and Prospects*, Wiesbaden, 2007.

- JINKS D., *State Responsibility for the Acts of Armed Groups*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, pp. 83-95.
- JEREMY J., *Striking the Balance: Domestic Civil Tort Liability for Private Security Contractors*, in *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2007, pp. 691-724.
- KALSHOVEN F., *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1991, pp. 827-858.
- KLEN M., *Comores et mercenaires*, in *Défense Nationale*, 1996, pp. 127-139.
- KONTOS A. P., "Private" Security Guards: Privatized Force and State Responsibility under International Human Rights Law, in *Non-State Actors and International Law*, 2004, pp. 199-238.
- KORFF S., *Introduction a l'Histoire du Droit International*, in *Recueil de Cours*, 1923,
- KRAHMANN E., *Private Military Serviced in the UK and Germany : Between Partnership and Regulation*, in *European Security*, 2005, pp. 277-295.
- KRAHMANN E., *Regulating Private Military Companies : What Role for the EU ?*, in *Contemporary Security Policy*, 2005, pp. 103-125.
- KRESS C., *L'organe de facto en droit international public. Reflexions sur l'imputation a l'etat de l'acte d'un particulier a la lumiere des developpements recents*, in *Revue General de Droit International Public*, 2001, pp. 93-141.
- KULSRUD C. J., *Armed Neutralities to 1780*, in *American Journal of International Law*, 1935, pp. 423-447.
- KWAKWA E., *The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, 1990-1991, pp. 67-92.
- LAUGIER J.-P., *Les volontaires internationaux*, in *Revue Général de Droit International Public*, 1966, pp. 75-116.
- LEVIE H. S., *The Code of International Armed Conflict*, Oceana Publ. Inc., London, Rome, New York, 1986.
- LILICH R. B., BARSTOW MAGRAW D. (Ed. By), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility*, New York, 1998.
- LYDON J. G., *Pirates, Privateers and profits*, Upper Saddle River, 1970.
- LYTTON C. H., *Blood for Hire: How the War in Iraq has Reinvented the World's Second Oldest Profession*, in *Oregon Review of International Law*, 2006, pp. 307-335.

- LOBEL J., *The Rise and Decline of the Neutrality Act: Sovereignty and Congressional Powers in the United States Foreign Policy*, in *Harvard International Law Journal*, 1983, pp. 1-71.
- MACHIARELLI N., *Il Principe*, Torino, 1995.
- MAHAN A. T., *The Influence of Sea Power Upon History 1660-1783*, Boston, 1947.
- MAJOR M.-F., *Mercenaries and International Law*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1992, pp. 103-150.
- MALLET M., *Signori e mercenari. La guerra nell'Italia del Rinascimento*, Bologna, 1983.
- MALKIN H. W., *The Inner History of the Declaration of Paris*, in *British Yearbook of International Law*, 1927, pp. 8-44.
- MAOGOTO J. N., *Subcontracting Sovereignty: Commodification of Military Force and Fragmentation of State Authority*, in *Brown Journal of World Affairs*, 2006-2007, pp. 147-160.
- MAOGOTO J. N., *Contemporary Private Military Firms under International Law: An Unregulated "Gold Rush"*, *Bepress Legal Series*, 2006, Paper 1345, pp. 1-23, in <http://law.bepress.com/espresso/eps/1345>
- MARSDEN R. G., *Documents relating to Law and Custom of the Sea*, Publications of the Navy Records Society, 1915.
- MARTINO GARRATI DA LODI, *Martini Laudensis, De represaliis*, in *Tractatus univ. Iuris*, Venezia, 1589.
- MATHEWS J. T., *Power Shift*, in *Foreign Affairs*, 1997, pp. 50-66.
- MIELE A., *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, Padova, 1970.
- MILLIARD T. S., *Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies*, in *Military Law Review*, 2003, pp. 1-94.
- MINOW M., *Outsourcing Power: How Privatizing Military efforts Challenge Accountability, Professionalism, and Democracy*, in *Boston College Law Review*, 2005, pp. 989-1025.
- MOCKLER A., *Gli ultimi mercenary*, Milano, 1985.
- MOORE J. B., *A Digest of International Law*, New York, 1970.

- MOORE J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, 1898.
- MOSSNER J., *The Barbary Powers in International Law*, in *Grotian Society Papers, Studies in the History of the Law of Nations*, The Hague, 1972.
- MOURNING P. W., *Leashing the Dogs of War: Outlawing the Recruitment and Use of Mercenaries*, in *Virginia Journal of International Law*, 1982, pp. 589-612.
- MUSAH A., FAYEMI J., *Mercenaries. An African Security Dilemma*, London, 2000.
- NEFF S. C., *War and the Law of Nations*, Cambridge, 2005.
- NEWELL V., SHEEHY B., *Corporate Militaries and States : Actors, Interactions, and reactions*, in *Texas International Law Journal*, 2006, pp. 68-101.
- NEWTON M. A., *Symposium: «Torture and the War on Terror»: War by Proxy: Legal and Moral Duties of «Other Actors» derivied from Government Affiliation*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pp. 249-265.
- NIEMINEN K., *The Rules of Attribution and the Private Military Contractors at Abu Ghraib: Private Acts or Public Wrongs?*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2004, pp. 289-319.
- NYS E., *Le Origines de Droit International*, Bruxelles, 1894.
- NYS E., *Francis Lieber – His Life and His Work*, in *American Journal of International Law*, 1911, pp. 355-393.
- OPPENHEIM L., *International Law A Treatise*. Vol. I, London, 1952.
- OPPENHEIM L., *International Law A Treatise*. Vol. II *Disputes, War and Neutrality*, London, 1955.
- ORTS E., *War and the Business Corporation*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, 2002, pp. 549-584.
- PAGLIANI G., *Il mestiere della guerra. Dai mercenari ai manager della sicurezza*, Milano, 2004.
- PALCHETTI P., *Comportamenti di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, in SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.-L. (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006.
- PANIZZA D., *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova, 1981.

- PARKE H. W., *Greek Mercenary Soldiers. From the Earliest Time to the Battle of Ipsus*, 1970.
- PARKS W. H., *The Perspective of Contracting and "Headquarters" States*, in <http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0014.File.tmp/PMSCs-Praesentationen-perspective-contracting-headquarters-states.pdf>.
- PARRY C., HOPKINS J. A., *British International Law Cases*, London, New York, 1973.
- PERCY S., *Mercenaries. The History of a Norm in International Relations*, Oxford, 2007.
- PERCY S. V., *Mercenaries: Strong Norm, Weak Law*, in *International Organization*, 2007, pp. 367-397.
- PERCY S., *This Gun's for Hire. A New Look at an Old Issue*, in *International Journal*, 2003, pp. 721-736.
- PERRIN B., *Promoting Compliance of Private Security and Military Companies with International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 613-636.
- PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, condici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999.
- PETÉ S., PLESSIS M., *South African Nationals and their Rights to Diplomatic Protection – Lessons from the "Mercenaries Case"*, in *South African Journal of Human Rights*, 2006, pp. 438-472.
- PHILLIPS G. I., *The Declaration of Paris*, in *Law Quarterly Review*, 1918, pp. 63-71.
- PICONE P., *Obblighi Erga Omnes e Codificazione della Responsabilità degli Stati*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2005, pp. 895-953.
- PIGGOTT F., *The Declaration of Paris*, London, 1856.
- PISILLO MAZZESCHI R., *"Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989.
- POTTER H., *The Foundations of Modern Prize Law*, Grotius Transactions, 1925, pp. 37-46.
- PYKE H. R., *The Law of the Prize Court. A Study of the Legal Character and Sources of British Prize Law*, in *Law Quarterly Review*, 1916, pp. 144-167.

- Prize Cases Decided in the United Supreme Court 1789-1918*, Oxford, 1923.
- PRESTON R. WISE S., *Men in Arms*, 1979.
- PUOTI P., *L'istituzionalizzazione delle giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2001.
- RADOWSKY K. L., *Military Contractor & Civil Liability: Use of the Government Contractor Defense to Escape Allegations of Misconduct in Iraq & Afghanistan*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2006, pp. 111-145.
- REYDAMS L., *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2005.
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007.
- RONZITTI N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006.
- ROSCOE E. S., *Prize Court Procedure*, in *British Yearbook of International Law*, 1921-1922, pp. 90-98.
- ROUSSEAU C., *Le droit des conflits armés*, Paris, 1983.
- RUBIN A., *The Concepts of Neutrality in International Law*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 1987-1988, pp. 353-375.
- RUBIN A., *The Law of Piracy*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, vol 15, 1986-1987, pp. 177-233.
- SALERNO F., *La regolamentazione internazionale dei rapporti di lavoro con imprese multinazionali*, Milano, 1986.
- SANNA S., *Aspetti giuridici relativi alla prestazione di servizi militari e di sicurezza da parte di contraenti privati in occasione di conflitti armati*, in *Comunicazione e Studi*, 2007, pp. 878-939.
- SANDOZ Y, SWINARSKI C., ZIMMERMANN B., *Commentaire des Protocoles additionnnels du 8 juin aux Coventions de Genève du 12 août 1949*, 1986, Genève.
- SASSEN S., *The State and Globalization: Denationalized Participation*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 1114-1158.
- SASSEN S., *The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law*, in *Chicago Journal of International Law*, 2000, pp. 109-116.

- SASSÒLI M., *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *Review of International Red Cross*, 2002, pp. 401-434.
- SAVARESE E., *Fatti di privati e responsabilità dello Stato tra organo di fatto e "complicità" alla luce di recenti tendenze della prassi internazionale*, in SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.-L., *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti, Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, pp. 53-66.
- SCHMITTHOFF M., *The Origin of the Joint-Stock Company*, in *University of Toronto Law Journal*, 1939-1940, pp. 74-96.
- SCHWARZENBERGER G., *International Law in Early English Practice*, in *British Yearbook of International Law*, 1948, pp. 52-90.
- SCOTT J. B., *Prize Cases decided in the United States Supreme Court 1789-1918*, Oxford, 1923.
- SCOTT J. B., *Armed Merchant Ships*, in *American Journal of International Law*, 1916, pp. 113-115.
- SCOVILLE R. M., *Toward an Accountability-Based Definition of "Mercenary"*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2006, pp. 541-581.
- SHEARER D., *Private Armies and Military Intervention*, Adelphi Paper 316, Oxford, 1998.
- SHEARER D., *Outsourcing War*, in *Foreign Policy*, 1998, pp. 68-81.
- SHELTON D., *Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States*, in *Forsham International Law Journal*, 1989-1990, pp. 1-34.
- SINGER P. W., *Humanitarian Principles, Private Military Agents: Implications of the Privatized Military Industry for the Humanitarian Community*, in *Brown Journal of World Affairs*, 2006-2007, pp. 105-121.
- SINGER P. W., *War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, pp. 521-549.
- SINGER P. W., *Corporate Warriors, The Rise of the Privatized Military Industry*, New York, 2003.
- SOSNOWSKI L., *The Position of Mercenaries under International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 382-390.
- SPEAR J., *Market Forces. The Political Economy of Private Military Companies*, Fafo Report, in <http://www.fafo.no/pub/rapp/531/531.pdf>.

- SPINEDI M., *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M.-L., *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti, Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, pp. 67-103.
- SPINEDI M., *Private contractors: responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite des personnes privées?*, in *International Law Forum du droit international*, 2005, pp. 274-281.
- SPOULDING O., NICKERSON H., WRIGHT J., *Warfare: A Study of Military Methods from the Earliest Times*, 1972.
- STINNETT N., *Regulating the Privatization on War: How to stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2005, pp. 212-223.
- STOCKTON C. H., *The Declaration of Paris*, in *American Journal of International Law*, 1920, pp. 356-368.
- STRAYER J. R., *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, 1970.
- NEWTON M. A., *War by Proxy: Legal and Moral Duties of 'Other Actors' Derived from Government Affiliation, Symposium: "Torture and the War on Terror"*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, pp. 249-265,
- TALJAARD R., *African Regional and External Support and Outsourcing: The Need for a Clear Regulatory Framework*, in http://www.iss.co.za/dynamic/administration/file_manager/file_links/M134CHAP7.PDF?link_id=29&slink_id=4617&link_type=12&slink_type=23&tmpl_id=3.
- TERCINET J., *Les mercenaires et le droit international*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1977, pp. 269-293.
- TERRY B., *Private Attorneys General v. "War Profiteers": Applying the False Claims Act to Private Security Contractors in Iraq*, in *Seattle University Law Review*, 2007, pp. 809-844.
- THOMPSON J. E., *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, 1994.
- THÜRER D., MACLAREN M., *Military Outsourcing as a Case Study in the Accountability and Responsibility of Power*, in <http://www.ivr.uzh.ch/lstthuerer/forschung/FSNeuholdt.pdf>.
- TREVES T., *La Convention de 1989 sur les mercenaires*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1990, pp. 520-535.

- TRIFFTERER O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999.
- TRUNDLE M., *Greek Mercenaries from the Archaic Period to Alexander*, 2004.
- VAN DEVENTER H. W., *Mercenaries at Geneva*, in *American Journal of International Law*, 1976, pp. 811-816.
- VERZIJL J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1972.
- VIGNARCA F., *Mercenari S.p.A*, Milano, 2004.
- VIÑAL CASAS A., *El estatuto juridico-internacional de los mercenaries*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1977, pp. 283-313.
- VON HEINEGG W. H., *Visit, Search, Diversion, and Capture in Naval Warfare: Part I, The Traditional Law*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, pp. 283-329.
- WAEDELDE T. W., WOUTERS P. K., *State responsibility in a Liberalised World Economy: 'State, Privileged and Subnational Authorities' under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1996, pp. 143-191.
- WALKER T., *History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899.
- WALKER C., WHYTE D., *Contracting Out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 651-689.
- WOLFRUM R., *State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance*, in *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Boston, 2005, pp. 423-434.
- YUSUF A. A., *Mercenaries in the Law of Armed Conflicts*, in *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (CASSESE A. Ed.), Napoli, 1979.
- ZARATE J. C., *The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies, International Law, and the New World Disorder*, in *Stanford Journal of International Law*, 1998, pp. 75-162.