



**PRIVATE MILITARY COMPANIES E DIRITTI UMANI NELLA GIURISPRUDENZA
STATUNITENSE:
TRA RESPONSABILITÀ E NUOVE FORME DI IMMUNITÀ**

di

Daniele Amoroso

*(Dottorando di ricerca in Diritto ed Economia
Istituto Italiano di Scienze Umane
Università di Napoli Federico II)*

26 gennaio 2011

Sommario: 1. Introduzione e piano del lavoro. Parte Prima. Le Private Military Companies nell'esperienza statunitense. 2. La diffusione del fenomeno, le accuse rivolte alle *Private Military Companies* ed il problema del controllo. 3. La repressione penale: l'immunità dalla giurisdizione dello Stato ospite e i limiti della normativa federale in tema di giurisdizione extraterritoriale. 4. Le prospettive offerte dal contenzioso di natura civile. In particolare: l'*Alien Tort Statute* (ATS). Parte Seconda. Evoluzione e fondamento giuridico della *Government Contractor Defense*. 5. La sentenza *Boyle* della Corte Suprema: la *Government Contractor Defense* e la 'discretionary function' exception del *Federal Tort Claims Act* (FTCA). 6. Le successive evoluzioni giurisprudenziali. L'applicabilità della *Government Contractor Defense* anche alle imprese fornitrici di servizi nella sentenza *Hudgens*. 7. (segue) La giurisprudenza *Koohi*: la 'combatant activities' exception del FTCA quale ulteriore e distinto fondamento della *Government Contractor Defense*. 8. (segue) La sentenza *Saleh* e l'estensione della *Government Contractor Defense* anche alle *ATS litigations*. Parte Terza. La *Government Contractor Defense* e le violazioni del diritto internazionale. 9. Il parallelismo tra la *Government Contractor Defense* e la cd. *Superior Order Defense* nella sentenza *In re Agent Orange* (2005). Critica. 10. Gli interessi federali che depongono in favore del proseguimento

delle azioni iniziate ai sensi dell'*Alien Tort Statute*. A) L'apertura dell'ordinamento statunitense ai valori internazionalistici e l'impegno degli Stati Uniti nella promozione dei diritti umani nel mondo. 11. (segue) B) L'esigenza di guadagnare credibilità sul piano internazionale. 12. (segue). L'inapplicabilità della *ratio* della giurisprudenza *Koohi* alle violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. 13. Considerazioni conclusive. La *Government Contractor Defense* e le cd. *avoidance doctrines*.

1. Introduzione e piano del lavoro.

L'affidamento a società private (le *Private Military Companies*, PMCs¹) di funzioni un tempo svolte dalle forze armate è un fenomeno che caratterizza in modo trasversale la politica militare di un gran numero di Paesi². Diverse sono le ragioni che giustificano questa evoluzione.

Un primo elemento da considerare è la trasformazione degli eserciti di leva in eserciti professionali. Com'è noto, questo processo ha determinato una riduzione dell'organico cui è conseguito un più alto livello di preparazione dei soldati. Poiché, in tale mutato contesto, sarebbe risultato assolutamente irrazionale affidare a militari di professione mansioni dequalificate quali la pulizia delle basi o il servizio di mensa, è stato ritenuto opportuno appaltare queste funzioni a società private³.

Un ulteriore fattore di cui tener conto è dato dal ruolo preponderante occupato dalle nuove tecnologie nella moderna *ars militaris*. La formazione di personale capace di utilizzare strumenti altamente sofisticati può rappresentare un'operazione piuttosto onerosa. L'esternalizzazione delle attività che richiedono l'utilizzo di tecnologie complesse, quindi, può tradursi in un significativo risparmio per le casse dello Stato⁴.

¹ Oltre a quella già impiegata, numerose sono le espressioni utilizzate per indicare queste società: *military firms*, *military contractors* o *military companies*. Nel corso della trattazione queste espressioni saranno adoperate come sinonimi. Utilizzeremo, invece, l'espressione *contractors* per riferirci ai dipendenti di tali imprese.

² La bibliografia su questo tema è oramai vastissima. Ci limiteremo a ricordare, dunque, il noto lavoro di P. W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2003 e a rinviare, per il resto, alla meticolosa rassegna bibliografica, *Bibliography: from Mercenaries to Private Military Companies* curata da C. OLSSON e consultabile alla pagina web <http://www.libertysecurity.org/article892.html>. Indicazioni preziose circa l'impiego delle *military companies* nei vari Paesi del mondo sono inoltre fornite dai *National Reports* pubblicati nell'ambito del progetto europeo *Priv-War* e consultabili alla pagina web http://priv-war.eu/?page_id=49. V., inoltre, per quanto concerne gli Stati africani, C. BOTHA, *From Mercenaries to « Private Military Companies »: the Collapse of the African State and the Outsourcing of State Security in South African Yearbook of Int. Law*, 1999, 133 ss.

³ E. KRAHMANN, *Transitional States in Search of Support: Private Military Companies and Security Sector Reform*, in S. CHESTERMAN, C. LEHNARDT (a cura di), *From Mercenaries to Markets: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, 2007, 99 ss.

⁴ K. M. BALLARD, *The Privatization of Military Affairs: A Look into the Private Military Industry*, in T. JÄGER, G. KÜMMEL (a cura di), *Private military and security companies: chances, problems, pitfalls and prospects*, VS Verlag, 2007, 47 ss.

Non sempre, comunque, l'*outsourcing* delle attività militari si spiega con esigenze di ordine economico. Attraverso la privatizzazione della condotta delle ostilità i Governi cercano, in primo luogo, di ridimensionare l'impatto negativo sull'opinione pubblica delle perdite umane ineluttabilmente connesse allo scoppio di una guerra. A ben vedere, infatti, l'elettorato tende a percepire con minore apprensione la morte di un dipendente di una società privata rispetto a quella di un membro delle forze armate⁵. Allo stesso modo, il Governo può deviare – quantomeno parzialmente – sulle *military firms* lo sdegno ingenerato presso il pubblico dalla scoperta di abusi e violenze compiute dall'esercito occupante a danno delle popolazioni locali⁶. In alcuni casi, infine, l'impiego di società private in operazioni militari può rappresentare l'unico mezzo a disposizione dell'Esecutivo per eludere i limiti posti dalla Costituzione (o dalla legge) all'invio dell'esercito nazionale in territorio straniero⁷.

La crescente integrazione di società private nelle attività dell'esercito ha posto diversi problemi sul piano del diritto internazionale⁸. Il primo riguarda lo *status* dei dipendenti delle *Private Military Companies* ai sensi del diritto internazionale umanitario. Non è chiaro, infatti, se questi possano essere qualificati come 'membri delle forze armate' ex art. 43 del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, come mercenari ex art. 47 dello stesso Protocollo o, ancora, come 'persone che seguono le forze armate senza farne parte direttamente parte' ex art. 4(A)2 della Terza Convenzione di Ginevra⁹. Il che comporta più di un'incertezza in merito all'individuazione della disciplina ad essi applicabile¹⁰.

⁵ J. SCAHILL, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Nation Books, 2008, 366 (« If ten contractors die, it's not the same as if ten soldiers die. Because people will say that [they] were in it for the money. And that has a completely different connotation with the American public »).

⁶ V. in proposito, R. MICALLEF, *Liability Laundering and Denial of Justice. Conflicts Between the Alien Tort Statute and the Government Contractor Defense in Brooklyn Law Review*, 1409 ss. (« [P]hotographs of uniformed military personnel engaged in human rights abuses, such as those seen following the incidents at Abu Grahیب, provoke criticism from the American public. [...] In contrast, a second, similar photograph of civilian military contractors engaged in identical behaviour [...] would elicit less public criticism of the government because people would focus their outrage on the contractors who perpetrated the wrong instead of on the government [...] »). Nello stesso senso, S. GUL, *The Secretary Will Deny All Knowledge of Your Action: The Use of Private Military Contractors and the Implications for State and Political Accountability*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2006, 287 ss.

⁷ V., ad esempio, B. YEOMAN, *Soldiers of Good Fortune in Indyweek.com*, 23 luglio 2003 (« Federal law bans U.S. soldiers from participating in Colombia's war against left-wing rebels and from training army units with ties to right-wing paramilitaries infamous for torture and political killings. There are no such restrictions on for-profit companies, though, and since the late 1990s, the United States has paid private military companies an estimated \$1.2 billion, both to eradicate coca crops and to help the Colombian army put down rebels who use the drug trade to finance their insurgency »).

⁸ Su questi problemi si veda, in generale, il recentissimo F. FRANCONI, N. RONZITTI (a cura di), *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, 2011.

⁹ Su questo tema L. CAMERON, *Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation*, in *Int. Review of the Red Cross*, 2006, 573 ss. Si veda, inoltre, il rapporto relativo all'incontro del gruppo di esperti riunito a Ginevra il 29-30 agosto dall'University Centre for International Humanitarian Law dal titolo *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State*

Ci si è chiesti, poi, se ed entro quali limiti le violazioni del diritto internazionale compiute dalle *military firms* possano far sorgere la responsabilità degli Stati che vi facciano ricorso¹¹.

Con riferimento alle violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, infine, ci si è interrogati circa la possibilità di configurare, sul piano internazionale, una responsabilità *diretta* in capo alle PMCs ed ai loro dipendenti.

In relazione a quest'ultimo aspetto è in via di formazione una prassi piuttosto significativa che merita di essere approfondita. Gli spunti più rilevanti, in particolare, sembrano emergere dall'esperienza statunitense. Questa circostanza, come vedremo meglio di seguito, è stata determinata dalla convergenza di due fattori. Per un verso, gli Stati Uniti sono il Paese maggiormente interessato dal fenomeno descritto e quello nel quale la maggior parte delle PMCs ha la propria sede legale¹². Per altro verso, nell'ordinamento statunitense esiste una norma, l'*Alien Tort Statute*, che attribuisce alle corti federali giurisdizione sulle azioni di risarcimento presentate da stranieri che lamentino la violazione di una norma di diritto internazionale¹³.

Queste condizioni hanno posto le basi per lo sviluppo di un contenzioso di natura civilistica che ha visto come convenute le *military companies* accusate di aver conculcato diritti umani internazionalmente riconosciuti. La futura giurisprudenza delle corti federali in materia potrebbe fornire importanti indicazioni su alcune controverse questioni di diritto internazionale. Esse, infatti, saranno chiamate ad esprimersi, da un lato, sull'esistenza di un diritto individuale alla riparazione per le vittime delle violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario occorse in tempo di guerra¹⁴; dall'altro, sulla sussistenza del corrispondente

Responsibility for their Actions (consultabile alla pagina web http://www.adh-geneve.ch/pdfs/2rapport_compagnies_privées.pdf).

¹⁰ Si consideri, inoltre, che l'impiego dei mercenari è vietato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari adottata dall'Assemblea Generale il 4 dicembre 1988 e ratificata, ad oggi, da 32 Stati, tra cui l'Italia.

¹¹ V. M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M.L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità degli Stati alla prova dei fatti*, Giuffrè, 2006, 67 ss.

¹² V. *infra* par. 2.

¹³ V. *infra* par. 4.

¹⁴ Questo tema, com'è noto, ha visto la dottrina dividersi in due posizioni contrapposte. Alcuni autori hanno affermato l'esistenza di tale diritto, considerandolo il naturale corollario delle norme internazionali primarie volte a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo (in questo senso v., *inter alia* F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I and Beyond*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1991, 827 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: an Overview*, in *Journal of Int. Criminal Justice*, 2003, 339 ss.; L. ZEGVELD, *Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law*, in *Int. Review of the Red Cross*, 2006, 497 ss.). Altri autori, invece, hanno contestato quest'orientamento evidenziando, da un lato, che, le norme internazionali che stabiliscono un obbligo di riparazione si inseriscono in un'ottica prettamente interstatale; e, dall'altro, che lo strumento della riparazione individuale sarebbe del tutto inadeguato in presenza di violazioni gravi e

obbligo di riparazione in capo a soggetti non-statali, quali appunto le *corporations* convenute¹⁵. Sennonché questa interessante evoluzione potrebbe essere paralizzata sul nascere dalla tendenza delle corti a rifiutarsi di decidere tali controversie in applicazione della cd. *Government Contractor Defense*, una dottrina di origine giurisprudenziale in base alla quale i *government contractors* non possono essere chiamati a rispondere in giudizio delle condotte poste in essere in esecuzione dei contratti stipulati con l'Amministrazione.

Alla luce di queste considerazioni, il presente contributo si prefigge un duplice obiettivo: da un lato, fornire un quadro sintetico sul fenomeno delle *Private Military Companies* nell'esperienza statunitense e sui modi attraverso i quali è possibile, in tale ordinamento, far valere la loro responsabilità in caso di violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario; dall'altro, procedere ad un esame analitico della *Government Contractor Defense*, avendo particolare riguardo alla questione concernente la sua applicabilità alle controversie nelle quali le pretese degli attori siano fondate sul diritto internazionale.

La nostra indagine sarà suddivisa in tre parti. Nella prima, dopo aver descritto brevemente il fenomeno della proliferazione delle PMC's negli Stati Uniti (par. 2), passeremo in rassegna gli strumenti normativi previsti in tale ordinamento per garantire un controllo sulle loro attività. Esploreremo le possibilità offerte dalla normativa federale in tema di giurisdizione penale extraterritoriale (par. 3) per dedicarci, in un momento successivo, al contenzioso di natura civilistica, approfondendo in particolare il tema dell'*Alien Tort Statute* (par. 4). Nella seconda parte, ci concentreremo sull'istituto della *Government Contractor Defense*, analizzandone portata, contenuto e fondamento giuridico alla luce delle principali pronunce giurisprudenziali in materia (parr. 5-8). Nella terza parte, verificheremo se tale difesa processuale possa trovare applicazione nelle controversie promosse ai sensi dell'*Alien Tort Statute* (parr. 9-12). Nelle conclusioni (par. 13), tireremo le fila del discorso ed esporremo i risultati della nostra indagine, riconducendo la *Government Contractor Defense* nella più ampia tematica concernente i limiti all'applicazione interna del diritto internazionale.

sistematiche dei diritti umani e del diritto umanitario (v., in proposito, A. STEINKAMM, *War damages*, in R. BERNHARDT (a cura di), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 2000, 1357.; C. TOMUSCHAT, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, in *Tulane Journal of Int. and Comparative Law*, 2002, 157 ss; D. FLECK, *Individual and State Responsibility for Violations of the Ius in Bello. An Imperfect Balance*, in W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, V. EPPING (a cura di), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Verlag, 2007, 171 ss.). Vale la pena rilevare, in proposito, che la Commissione del diritto internazionale ha espressamente evitato di pronunciarsi sulla questione. L'art. 33.2 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati infatti, chiarisce che la disciplina in tema di riparazione contenuta nel Progetto « is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State ».

¹⁵ V., sul punto, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, E. MONGELARD, *Corporate Civil Liability for Violations of International Humanitarian Law*, in *Int. Review of the Red Cross*, 2006, 665 ss.

Parte Prima. Le Private Military Companies nell'esperienza statunitense.

2. La diffusione del fenomeno negli Stati Uniti, le accuse rivolte alle Private Military Companies ed il problema del controllo

Gli Stati Uniti costituiscono il Paese maggiormente interessato dalla proliferazione delle *Private Military Companies*¹⁶. Gli analisti politici concordano nel ritenere che all'origine di questa enorme diffusione vi sia il *report* trasmesso nel 1992 dalla Kellogg, Brown & Root (KBR) al Dipartimento di Difesa statunitense nel quale si evidenziavano gli immensi benefici che sarebbero derivati al Fisco dalla privatizzazione delle attività militari¹⁷. Il Governo americano, infatti, evidentemente convinto della bontà di tali argomenti, inaugurò un ampio processo di esternalizzazione impiegando società private (prima fra tutte proprio la KBR) nella prima Guerra del Golfo nonché nelle missioni di pace in Somalia, Kosovo e Bosnia¹⁸. In seguito all'11 settembre, poi, il ricorso dell'Amministrazione USA ai *military contractors* ha conosciuto un'ulteriore espansione. La macchina bellica americana, infatti, si è rivelata inadeguata a gestire, da sola, i numerosi scenari di guerra aperti dalla *war on terror*¹⁹.

Il contributo prestato dalle *military companies* alle attività dell'esercito statunitense ha assunto nella prassi diverse forme operative. Alcune imprese forniscono un mero supporto logistico (si pensi, ad esempio, all'igiene delle basi o al trasporto dei soldati); altre prestano servizi di consulenza e di formazione; altre ancora garantiscono la difesa dei convogli e la protezione di obiettivi sensibili (personale diplomatico, alti ufficiali); un ultimo gruppo di imprese, infine, cura i servizi di *intelligence* (si considerino, in particolare, quelle adibite alla conduzione degli interrogatori nei carceri militari)²⁰.

Pur non essendo soggette alla catena di comando militare, dunque, le PMCs sono impegnate nelle missioni all'estero degli Stati Uniti al pari delle forze armate. Questo dato, unitamente alla particolare cruenta della guerra al terrorismo internazionale, ha determinato – in modo quasi inevitabile – il coinvolgimento dei *military contractors* in alcuni gravi episodi di

¹⁶ Per comprendere l'attuale portata del fenomeno in questione, si suggerisce la consultazione dei dati riportati in K.A. HUSKEY, *The American Way: Private Military Contractors & U.S. Law After 9/11, An Update – 2010*, consultabile on-line alla pagina web <http://priv-war.eu/wordpress/wp-content/uploads/2010/12/nr-03-10-USA.pdf>

¹⁷ R. YOUNG PELTON, *Licensed to Kill: Hired Guns in the War on Terror*, Crown Publishers, 2006, 100 ss.

¹⁸ D. AVANT, *Think Again: Mercenaries*, in *Foreign Policy*, no. 143 (Jul/Aug 2004), 21 ss.

¹⁹ Cfr., sul punto, la posizione espressa dal Ministro della Difesa allora in carica, Donald Rumsfeld, in un articolo pubblicato nel 2002 sulla rivista *Foreign Affairs* (D. RUMSFELD, *Transforming the Military*, in *Foreign Affairs*, May/June 2002).

²⁰ SINGER, *op. cit.*, 88 ss. nonché HUSKEY, *op. cit.* 8 ss.

violenza, perpetrati a danno della popolazione locale in violazione delle norme a tutela dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

Una vicenda tristemente nota ha visto come protagonisti i dipendenti della Blackwater (oggi Xe Services) ritenuti responsabili della strage di civili avvenuta in Piazza Nisoor (Baghdad) il 16 settembre 2007²¹. E' altrettanto noto, poi, che due società private, la Titan e la CACI, hanno svolto un ruolo di primo rilievo negli abusi consumatisi nel carcere iracheno di Abu Grahیب nel 2004²². Di fronte a questi episodi – e ad altri simili – si è posta l'esigenza di garantire un maggiore controllo sulle attività delle PMCs, sia sotto il profilo penalistico che sotto quello della tutela risarcitoria delle vittime.

3. La repressione penale: l'immunità dalla giurisdizione dello Stato ospite e i limiti della normativa federale in tema di giurisdizione extraterritoriale.

Le violazioni compiute dalle *military companies* costituiscono, nella gran parte dei casi, condotte penalmente rilevanti. Occorre, dunque, comprendere se, da chi e a quali condizioni può essere formulata un'imputazione a carico dei loro dipendenti. A questo proposito vengono in rilievo, da un lato, la giurisdizione delle corti dello Stato ospite e, dall'altro, quella, di natura extraterritoriale, delle corti statunitensi.

Con riferimento alla prima, bisogna rilevare che – di norma – ai dipendenti dei *military contractors* statunitensi è accordata una qualche forma di immunità.

In alcuni casi, si tratta di un'immunità *de jure* che trova il proprio fondamento in un atto normativo. Fino al 2008, questa era la situazione nello Stato iracheno. L'art. 4 par. 2 dell'ordinanza n. 17 dell'Autorità Provvisoria della Coalizione²³, infatti, disponeva: « 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 thereto ». Tale disciplina è stata sostituita dallo *Status Of Forces Agreement* (SOFA) stipulato nel 2008 dal Governo iracheno e quello statunitense²⁴. L'art. 12 del SOFA 2008 ristabilisce la

²¹ S. RAGHAVAN, *Blackwater Faulted in Military Reports from Shooting Scene*, in *Washington Post*, 4 ottobre 2007.

²² Si veda, in proposito, il rapporto stilato dal Maggiore Fay al termine delle indagini autonomamente condotte dall'Esercito sullo scandalo di Abu Grahیب (MG G.R. FAY, *AR 15-6 Investigation of the Abu Grahیب Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade*, 47 ss. consultabile alla pagina web news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf)

²³ *Coalition Provisional Authority Order Number 17, Status Of The Coalition Provisional Authority, Mnf - Iraq, Certain Missions And Personnel In Iraq*, consultabile alla pagina web http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf.

²⁴ *Agreement Between the United States of America and the Republic of Iraq On the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during Their Temporary Presence in Iraq*, firmato il

giurisdizione delle corti irachene prevedendo che « Iraq shall have primary right to exercise jurisdiction over United States contractors and United States contractor employees ». Sebbene sia ancora presto per fare un bilancio circa l'applicazione della nuova normativa, occorre rilevare che, ad oggi, nessun *contractor* è stato sottoposto a giudizio penale dinanzi alle corti irachene²⁵.

In altri casi, invece, ci troviamo di fronte ad un'immunità *de facto*, dovuta più alla deferenza mostrata dalle autorità inquirenti locali nei confronti della Forza Occupante che non al rispetto di un obbligo giuridico. Tale è il caso dell'Afghanistan. Benché, infatti, il SOFA tra Stati Uniti ed Afghanistan nulla disponga in merito²⁶, le autorità afgane non hanno mai formulato un'imputazione a carico dei dipendenti delle *military companies*²⁷.

Più articolata è la questione relativa alla giurisdizione delle corti statunitensi²⁸. A questo proposito, è necessario distinguere tra corti federali e corti marziali.

Per quanto attiene alle prime, numerose sono le previsioni che vengono in rilievo. In primo luogo, le corti federali possono, in virtù della cd. *Special Maritime and Territorial Jurisdiction*, conoscere dei crimini compiuti da (o contro) un cittadino statunitense nelle basi militari USA o in qualsiasi altro luogo impiegato dagli Stati Uniti nelle proprie missioni all'estero²⁹.

Ai sensi del *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA), inoltre, le corti federali hanno giurisdizione sui crimini commessi al di fuori del territorio statunitense dai dipendenti delle società private che prestano attività di supporto alle missioni del Dipartimento della Difesa in territorio straniero³⁰. Rispetto alla *Special Maritime and Territorial Jurisdiction*, dunque, l'extraterritorialità prevista dal MEJA risulta più ampia, in quanto è svincolata dalla localizzazione del fatto criminoso in un posto soggetto al controllo degli Stati Uniti.

17 novembre 2008 (il testo dell'Accordo è consultabile alla pagina web <http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/dod/iraq-sofa.htm>).

²⁵ HUSKEY, *op. cit.*, 21.

²⁶ *Agreement regarding the status of United States military and civilian personnel of the U.S. Department of Defense present in Afghanistan in connection with cooperative efforts in response to terrorism, humanitarian and civic assistance, military training and exercises and other activities*, entrato in vigore il 28 maggio 2003.

²⁷ Con riferimento alla situazione in Afghanistan, deve tuttavia ricordarsi che il Presidente Karzai, con decreto del 17 Agosto 2010, ha messo al bando le PMCs straniere disponendone il graduale allontanamento dal territorio afgano (L. HASAN, *President Karzai Orders Foreign Security Out*, in *abcNEWS.com*, Aug. 17, 2010). E' evidente che, laddove tale decreto fosse compiutamente attuato, in Afghanistan non si porrebbe più la questione del controllo sulle attività delle PMCs.

²⁸ Per una completa ricostruzione del problema v. HUSKEY, *op. cit.* 23 ss. nonché I. W. BALDWIN, *Comrades in Arms: Using the Uniform Code of Military Justice and the Military Extraterritorial Jurisdiction Act to Prosecute Civilian-Contractor Misconduct*, in *Iowa Law Review*, 2008, 287 ss.

²⁹ 18 U.S.C. 7. Il riferimento alle condotte poste in essere in luoghi diversi dalle basi militari statunitensi è stato introdotto con l'approvazione del *Patriot Act 2001*.

³⁰ 18 U.S.C. 3261.

Di particolare interesse per il diritto internazionale, poi, è l'applicazione extraterritoriale del *War Crimes Act* e del *Torture Act*, approvati dal Congresso statunitense al fine di dare esecuzione, il primo, alle Quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 ed, il secondo, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura. Il *War Crimes Act* sancisce la giurisdizione delle corti federali su « [w]hoever, whether inside *or outside the United States*, commits a war crime [if] the person committing such war crime or the victim of such war crime is a member of the Armed Forces of the United States or a national of the United States »³¹. Analogamente, il *Torture Act* incardina la giurisdizione federale su « [w]hoever *outside the United States* commits or attempts to commit torture [...] if (1) the alleged offender is a national of the United States; or (2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender »³².

A fronte di un quadro normativo così articolato, tuttavia, sono pochi i casi in cui i procuratori federali hanno promosso un'azione penale nei confronti dei dipendenti delle PMCs, anche se deve rilevarsi come l'insediamento dell'Amministrazione Obama abbia determinato, sotto questo profilo, un significativo mutamento di rotta.

In particolare, un discreto numero di procedimenti è stato introdotto sulla base del MEJA. In primo luogo, va ricordato quello relativo alla strage di Piazza Nisoor che ha portato all'assoluzione, per motivi di carattere processuale, di tutti gli imputati³³. Devono considerarsi, poi, i casi *Ayala*³⁴ e *Green*³⁵, entrambi conclusi con una sentenza di condanna, e relativi, il primo, all'omicidio di un detenuto afgano e, il secondo, allo stupro di una ragazza irachena e all'uccisione della sua famiglia. Occorre menzionare, infine, il procedimento recentemente iniziato dinanzi alla Corte per il Distretto Orientale della Virginia, avente ad oggetto l'uccisione di due cittadini afgani ed il ferimento di un terzo ad opera di alcuni dipendenti della Paravant LLC, una sussidiaria della Xe Services³⁶.

La *Special Maritime and Territorial Jurisdiction*, invece, è stata invocata in un solo caso, riguardante le violenze compiute da un *contractor* della CIA, David. A. Passaro, ai danni di

³¹ 18 U.S.C. 2441(a) (corsivo aggiunto).

³² 18 U.S.C. 2340(A)1 (corsivo aggiunto).

³³ *United States v. Slough, et al.*, No. 1:08-cr-00360-RMU, (D.D.C. 2009). La Corte di primo grado, infatti, ha ritenuto che il processo era fondato essenzialmente su *compelled statements* (dichiarazioni coatte) degli imputati e che, pertanto, la sua prosecuzione avrebbe configurato una violazione del Quinto Emendamento. Il Governo statunitense, in ogni caso, ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte d'Appello per il Circuito della Columbia.

³⁴ Press Release, U.S. Attorney for the Eastern District of Virginia, *Civilian Contractor Pleads Guilty to Voluntary Manslaughter of Afghan Detainee*, Feb. 3, 2009.

³⁵ *United States v. Green*, No. 5:06CR-19-R (W.D. Ken. 2008).

³⁶ Press Release, Federal Bureau of Investigation, U.S. Department of Justice, *Two Individuals Charged with Murder and Other Offenses Related to Shooting Death of Two Afghan Nationals in Kabul, Afghanistan*, Jan. 7, 2010.

un cittadino afgano detenuto nel carcere militare di Asadabad³⁷; mentre in nessun procedimento i *prosecutors* federali hanno fatto riferimento al *War Crimes Act* ed al *Torture Act* per radicare la giurisdizione delle corti statunitensi.

Per quanto riguarda la giurisdizione militare, bisogna guardare allo *Uniform Code of Military Justice*, in base al quale le corti marziali possono giudicare dei crimini compiuti « [i]n time of declared war or a contingency operation, [by] persons serving with or accompanying an armed force in the field »³⁸. Sebbene la lettera della norma sembrerebbe coprire anche i *contractors*, occorre ricordare che la Corte Suprema, a partire dal caso *Reid v. Covert* (1957), ha statuito che l'assoggettamento di civili alla giurisdizione delle corti marziali pone un problema di compatibilità con le garanzie costituzionali previste dal Quinto e dal Sesto Emendamento³⁹. In ragione di tale limite di ordine costituzionale, i procuratori militari si sono dimostrati piuttosto cauti circa l'eventualità di formulare un'imputazione a carico dei dipendenti delle *Private Military Companies*⁴⁰.

Nonostante le diverse possibilità offerte dal diritto positivo, quindi, la repressione penale degli abusi compiuti dalle *military firms* è ancora largamente insoddisfacente. Com'è stato osservato, questo stato di cose rappresenta l'ovvia conseguenza della incerta collocazione delle PMCs tra la sfera militare e quella del *business*. I procuratori federali, infatti, hanno mostrato una certa titubanza a formulare un'imputazione a carico dei dipendenti di queste società in ragione della natura prettamente militare delle loro attività. Allo stesso tempo, però, le autorità militari hanno evitato di iniziare procedimenti penali contro gli stessi individui per non sottoporre dei civili al giudizio di una corte marziale⁴¹.

4. Le prospettive offerte dal contenzioso di natura civile. In particolare: l'Alien Tort Statute.

³⁷ Nel 2006, Passaro è stato condannato ad 8 anni e 4 mesi di carcere dalla Corte Distrettuale per il Distretto Orientale del North Carolina (*United States v. Passaro*, sent. n. 5:04-cr-00211-BO). La condanna è stata poi confermata in appello, salvo che per la parte relativa alla commisurazione della pena, la cui rideterminazione è stata nuovamente affidata al giudice di primo grado (577 F.3d 207, 4th Cir. 2009, *cert. denied*).

³⁸ 10 U.S.C. 802(a)(10) (corsivo aggiunto).

³⁹ 354 U.S. 1. Su questo tema v. BALDWIN, *op. cit.*, 299 ss. V., inoltre, per un'interessante trattazione della questione attraverso la lente delle norme internazionali a tutela dei diritti umani, D.E. STIGALL, *An Unnecessary Convenience: The Assertion of the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) Over Civilians and the Implications of International Human Rights Law*, in *Cardozo Journal of Int. and Comparative Law Review*, 2009, 59 ss.

⁴⁰ Ad oggi, solo in un caso una corte marziale ha pronunciato una sentenza di condanna contro un *contractor* dell'Amministrazione statunitense. Si tratta di Alaa Mohammad Ali, un traduttore avente la doppia cittadinanza canadese ed irachena, accusato di aver accoltellato un collega in seguito ad una rissa avvenuta in una base USA a Baghdad (v. D. YATES, *First contractor convicted under U.S. military law in Iraq*, in *Washington Post*, 24 giugno 2008).

⁴¹ HUSKEY, *op. cit.*, 31 ss.

Decisamente più ricca è la prassi relativa al contenzioso civile. Numerose, infatti, sono le azioni di risarcimento promosse dinanzi alle corti americane dalle vittime degli illeciti compiuti dalle PMCs. La ragione di tale macroscopica differenza è facile da intuire. Nel processo civile il potere d'impulso è affidato alla parte lesa ed è chiaro che quest'ultima difficilmente sarà frenata dalle perplessità di ordine politico e costituzionale che hanno ostacolato, sino ad ora, l'esercizio di un'adeguata attività di controllo in ambito penale.

All'interno di questo ampio contenzioso occupano un posto di rilievo, in una prospettiva internazionalistica, le controversie iniziate da cittadini stranieri ai sensi dell'*Alien Tort Statute* (ATS), sul quale, a questo punto, è il caso di svolgere una breve digressione.

Introdotta nel 1789, l'ATS consta di una sola disposizione in base alla quale « district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »⁴². Pur essendo una delle prime leggi adottate dal Congresso, l'applicazione giurisprudenziale dell'ATS ha una storia relativamente recente, essendo stato vittoriosamente invocato per la prima volta solo nel 1980 (caso *Filartiga*)⁴³. In quella circostanza, infatti, la Corte d'Appello per il Secondo Circuito affermò che la violazione delle norme consuetudinarie in materia di diritti umani integra il requisito (oggettivo)⁴⁴ richiesto dall'ATS per radicare la giurisdizione delle corti federali.

La sentenza *Filartiga* ha dato vita, com'era prevedibile, ad un cospicuo contenzioso di natura civilistica nel quale attori provenienti da ogni parte del mondo hanno tentato di ottenere tutela risarcitoria per le violazioni dei diritti umani subite (cd. *International Human Rights Litigations* o *ATS litigations*)⁴⁵. Fino alla metà degli anni '90, le azioni promosse ai sensi dell'*Alien Tort Statute* erano generalmente dirette contro ex-ufficiali di governi stranieri che avevano agito nell'esercizio delle proprie funzioni⁴⁶. Questo limite, tuttavia, è stato superato nel caso *Kadic*, deciso nel 1995 (ancora una volta) dal Secondo Circuito⁴⁷. In quell'occasione, gli attori agivano contro il *leader* serbo-bosniaco Karadzic accusandolo di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, tortura ed esecuzione sommaria. La Corte distrettuale adita negò la propria giurisdizione rilevando che la Repubblica serbo-bosniaca non era stata riconosciuta dal Governo statunitense e che, pertanto, Karadzic andava considerato un attore

⁴² 28 U.S.C. 1350.

⁴³ 630 F.2d 876.

⁴⁴ Il requisito soggettivo, invece, va individuato nella circostanza che l'attore sia un cittadino straniero.

⁴⁵ Per una visione d'insieme delle *ATS litigations* v. il recente lavoro di B. STEPHENS ET AL., *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

⁴⁶ V. *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F.Supp. 1531 (N.D.Cal.1987); *Linder v. Portocarrero*, 963 F.2d 332, (11th Cir. 1992); *Hilao v. Marcos*, 25 F.3d 1467 (9th Cir 1994); *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.2d 162 (D Mass. 1995).

⁴⁷ 70 F.3d 232.

non-statale le cui azioni non avevano alcun rilievo sul piano del diritto internazionale⁴⁸. La Corte d'Appello ribaltò le conclusioni cui era pervenuto il giudice di primo grado, statuendo che, in presenza di determinate condizioni, anche i *non-state actors* possono essere chiamati a rispondere per le violazioni dei diritti umani internazionalmente riconosciuti⁴⁹. La Corte, infatti, ha rilevato, da un lato, che « certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state *or only as private individuals* »⁵⁰; dall'altro, che la responsabilità dell'individuo può essere invocata anche in riferimento alle norme internazionali che si rivolgono unicamente agli attori statali, laddove si dimostri che la condotta individuale sia in qualche modo attribuibile ad uno Stato (cd. '*State action requirement*')⁵¹.

In questo modo, sono state create le condizioni per ampliare ulteriormente il volume delle *ATS Litigations*. Appena due anni dopo, infatti, la Corte distrettuale per il Distretto Centrale della California ha affermato che se una persona fisica può essere ritenuta, in quanto tale, responsabile per la violazione delle norme a tutela dei diritti umani, allo stesso modo possono esserlo le persone giuridiche (caso *Unocal*)⁵².

Dopo la pronuncia *Unocal*, numerose imprese multinazionali sono state chiamate dinanzi alle corti federali a rispondere dei gravi abusi (che si assumono) compiuti nei Paesi, spesso in via di sviluppo, nei quali esse svolgono le proprie attività⁵³. Occorre tuttavia rilevare che la possibilità di invocare l'ATS per far valere la responsabilità delle imprese multinazionali per violazioni dei diritti umani è stata recentemente messa in discussione dal Secondo Circuito (caso *Kiobel*)⁵⁴. Secondo la Corte, infatti, il diritto internazionale consuetudinario non si rivolgerebbe alle persone giuridiche, ma solo agli Stati e agli individui: a questo proposito, assumerebbe rilievo dirimente la circostanza che a nessun tribunale penale internazionale (da

⁴⁸ 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y. 1994).

⁴⁹ La Corte ha in ogni caso precisato che « [t]he customary international law of human rights [...] applies to states without distinction between recognized and unrecognized states » (70 F.3d 239, 245).

⁵⁰ 70 F.3d 239 (corsivo aggiunto).

⁵¹ *Ibidem*, 245. In tema v. J. PRISELAC, *The Requirement of State Action in Alien Tort Statute Claims: Does Sosa Matter?*, in *Emory International Law Review*, vol. 21, afl. 2, 2007, 789 ff. Nella giurisprudenza successiva si è affermato l'ulteriore principio secondo cui gli attori non statali possono essere chiamati a rispondere della violazione di norme internazionali che non si rivolgono agli individui se hanno prestato assistenza e supporto (*aided and abetted*) alla loro commissione ad opera degli organi di uno Stato (v. D. CASSEL, *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2008, 304 ff.).

⁵² 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

⁵³ Su questa prassi, v. M. KOEBELE, *Corporate responsibility under the Alien Tort Statute: enforcement of international law through US torts law*, Nijhoff, 2009; S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2004.

⁵⁴ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010).

ultimo, la Corte Penale Internazionale) è stato mai conferito il potere di giudicare dei crimini perpetrati da persone giuridiche⁵⁵.

La giurisprudenza *Kiobel*, è evidente, rischia di paralizzare *tutte* le azioni promosse contro le imprese multinazionali ai sensi dell'ATS⁵⁶. Non è possibile, in questa sede, procedere ad un'analisi critica delle argomentazioni sviluppate dalla Corte a sostegno delle proprie conclusioni⁵⁷. Ci limitiamo ad osservare, comunque, che l'importanza di tale precedente va in qualche misura ridimensionata. Da un lato, infatti, altre Corti d'Appello si sono chiaramente espresse in favore della responsabilità diretta delle *corporations* per violazioni dei diritti umani⁵⁸ e la stessa Corte Suprema, nell'unico caso in cui si è pronunciata sull'ATS, ha implicitamente ammesso tale possibilità⁵⁹; dall'altro, la sentenza *Kiobel* non sembra escludere che l'ATS possa essere invocato con riferimento agli abusi commessi da una persona giuridica, quando la condotta di quest'ultima sia in qualche modo attribuibile ad uno Stato (vale a dire in presenza del requisito della *State action*).

In questo contesto, si inseriscono le azioni legali promosse in base all'ATS dalle vittime delle violazioni dei diritti umani attribuite a quella particolare tipologia di impresa multinazionale rappresentata dalle *Private Military Companies*⁶⁰.

Un primo gruppo di controversie riguarda gli abusi compiuti nel carcere iracheno di Abu Grahیب. Vengono in rilievo, a riguardo, il caso *Saleh et al. v. Titan et al.* deciso nel 2009 dalla Corte d'Appello per il Circuito della Columbia⁶¹; il caso *Al Shimari v. CACI et al.*,

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Tale orientamento, in effetti, è stato già seguito da alcune corti distrettuali (v. *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991 (C.D. Cal. 2010); *Flomo v. Firestone*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 112249 (S.D. Ind., 2010).

⁵⁷ Vale, tuttavia, la pena evidenziare che la dottrina ha da tempo chiarito, anche sulla scorta degli elementi forniti dalla prassi (soprattutto giurisprudenziale), che il mancato riconoscimento della giurisdizione dei tribunali penali internazionali sui crimini commessi dalle *corporations* non è sufficiente ad escludere l'esistenza di obblighi internazionali in capo a quest'ultime (in questo senso v. su tutti A. CLAPHAM, *The question of jurisdiction under international criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on a International Criminal Court*, in M. T. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI, *Liability of multinational corporations under international law*, Kluwer, 2000, 139 ss.)

⁵⁸ Cfr, ad es. quanto asserito dall'Undicesimo Circuito in *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303, 1315 (11th Cir. 2008) ("The text of the Alien Tort Statute provides no express exception for corporations, see 28 U.S.C. § 1350, and the law of this Circuit is that this statute grants jurisdiction from complaints of torture against corporate defendants"). Nello stesso senso si sono pronunciate, anche di recente, diverse corti distrettuali (v. ad esempio *Al-Quraishi, et al. v. Nakhla et al.*, 2010 WL 3001986, *27-45 (D. Md. 2010).

⁵⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732 n.20.

⁶⁰ In dottrina, la possibilità di convenire in giudizio le *Private Military Companies* in base all'*Alien Tort Statute* è stata esplorata per prima da T. GARMON, *Domesticating International Corporate Responsibility: Holding Private Military Firms Accountable Under the Alien Tort Claims Act*, in *Tulane Journal of Int. & Comparative Law*, 2003, 325 ss.

⁶¹ 580 F.3d 1 (D.C. Cir. 2009). Su questa pronuncia v. *infra* par. 8.

attualmente pendente dinanzi alla Corte d'Appello per il 4° Circuito⁶²; il caso *Al-Quraishi et al. v. Nakhla et al.*, sul quale si è recentemente pronunciata la Corte distrettuale per il Maryland⁶³; nonché il caso *Al Janabi v. Stefanowicz et al.* pendente in primo grado in California⁶⁴. In tutti questi processi, le *corporations* convenute sono state accusate di aver violato la norma di diritto internazionale consuetudinario che vieta gli atti di tortura.

Un altro gruppo di azioni concerne le violazioni del diritto internazionale umanitario compiute dalle PMCs nel contesto di scontri a fuoco. Facciamo riferimento, in primo luogo, alle cause riunite *In re XE Services Alien Tort Litigation*, relative alla strage di Piazza Nisoor e ad altri episodi dello stesso tenore, rispetto alle quali nel gennaio 2010 si è raggiunto un accordo stragiudiziale⁶⁵; nonché al caso *Manook*, concernente l'uccisione di due cittadini iracheni ad opera della Research Triangle Institute International Corp.⁶⁶.

Va considerato, infine, il caso *Adhikari et al. v. Daoud & Partner et al.* nel quale la KBR è stata accusata di aver trafficato 70 cittadini nepalesi per impiegarli in condizioni di semi-schiavitù nella base militare USA di Al Asad in Iraq. In questa circostanza, a venire in rilievo sono le norme internazionali che vietano il traffico di esseri umani, la riduzione in schiavitù ed il lavoro forzato⁶⁷.

In ciascuno di questi casi, le azioni promosse ai sensi dell'ATS sono state integrate da parallele doglianze fondate sulle norme in tema di responsabilità extra-contrattuale dello Stato del foro e del *locus commissi delicti*.

Nella maggior parte delle controversie considerate le società convenute hanno fatto leva sulla propria relazione contrattuale con l'Amministrazione per sottrarsi a qualsiasi giudizio di responsabilità eccependo la cd. *Government Contractor Defense*⁶⁸. E' venuto, dunque, il

⁶² In primo grado, la Corte ha accolto la *motion to dismiss* presentata dalla società convenuta limitatamente alle doglianze fondate sull'ATS. Su questo punto, gli attori non hanno proposto appello. *Al Shimari et al. v. CACI Premier Tech., Inc., et al.*, 657 F.Supp.2d 700 (E.D.Va. 2009).

⁶³ Con sentenza del 29 luglio 2010, la Corte ha rigettato tutte le eccezioni preliminari sollevate dai convenuti (2010 U.S. Dist. LEXIS 76450).

⁶⁴ Per maggiori informazioni v. <http://www.contractormisconduct.org/index.cfm/1,73,222,html?CaseID=920>.

⁶⁵ Rispetto al raggiungimento di tale accordo, un ruolo non secondario è stato giocato dal fatto che la Corte per il Distretto Orientale della Virginia, con decisione del 21 ottobre 2009, aveva in larga parte respinto la *motion to dismiss* presentata dalla XE Services (*In re Xe Services Alien Tort Litigation*, 665 F.Supp.2d 569, 588-590 (E.D.Va. 2009)).

⁶⁶ La Corte per il Distretto della Columbia ha ritenuto improcedibile l'azione con riferimento alle violazioni del diritto internazionale mentre ha disposto il trasferimento della causa alla Corte per il Distretto Orientale del North Carolina per le restanti doglianze (*Manook v. Research Triangle Institute International, et al.*, 693 F. Supp.2d 4 (D.D.C. 2010)).

⁶⁷ Con decisione del 3 novembre 2009, la Corte per il Distretto del Texas Meridionale ha in larga parte respinto la *motion to dismiss* presentata dalle società convenute (697 F. Supp. 2d 674 (S.D. Tex., Mar. 1, 2010)).

⁶⁸ V., ad esempio, *Memorandum of Points and Authorities in Support of Defendant Titan Corporation's Motion to Dismiss*, in *Saleh v. Titan*, No. 04-CV-1143 (depositato il 14 settembre 2004).

momento di concentrarci su tale difesa processuale al fine di approfondirne portata, contenuto e fondamento giuridico.

Parte Seconda. Evoluzione e fondamento giuridico della Government Contractor Defense

5. La sentenza *Boyle della Corte Suprema: la Government Contractor Defense e la 'discretionary function' exception del Federal Tort Claims Act*

La *Government Contractor Defense* (GCD) costituisce il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale⁶⁹. La sua formulazione, invero, risale alla sentenza *Boyle v. United Technologies Corp.* pronunciata dalla Corte Suprema nel 1988⁷⁰.

Il padre di un *marine* morto in seguito alla caduta in mare dell'elicottero che lo trasportava agiva in risarcimento contro l'impresa che aveva fornito il velivolo all'esercito statunitense, fondando la propria azione sulle norme dello Stato della Virginia in materia di responsabilità per danni da prodotto difettoso. Secondo l'attore, infatti, la morte del figlio era stata determinata da un vizio di progettazione attribuibile alla *United Technologies Corp.* La Corte Suprema, tuttavia, statui che la normativa dello Stato della Virginia non poteva essere utilmente invocata per fondare un'azione di risarcimento contro la società convenuta fondando tale conclusione sul seguente ragionamento.

In base al principio della *federal preemption*, nelle materie in cui vi è una sovrapposizione tra le competenze legislative federali e quelle statali, il diritto federale è destinato a prevalere ('to preempt') sul diritto statale laddove l'applicazione di quest'ultimo si ponga in conflitto « with a uniquely federal interest »⁷¹. Nel caso di specie, l'interesse federale rilevante è stato desunto dalla disposizione del *Federal Tort Claims Act* (FTCA) – disciplinante, com'è noto, il regime

⁶⁹ Sul tema della *Government Contractor Defense* v. in generale K.L. RAKOWSKY, *Military Contractors and Civil Liability: Use of the Government Contractor Defense to Escape Allegations of Misconduct in Iraq and Afghanistan*, in *Stanfors Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2006, 365 ss.; T. WILSON, *Operation Contractor Shield: Extending the Government Contractor Defense in recognition of Modern Warfare Realities*, in *Tulane Law Review*, 2008, 254 ss.; C. RYNGAERT, *Litigating Abuses Committed by Private Military Companies*, in *European Journal of International Law*, 1050 ss.; HUSKEY, SULLIVAN, *op. cit.* 34 ss.; A. FINKELMAN, *Suing the Hired Guns: An Analysis of Two Federal Defenses to Tort Lawsuits Against Military Contractors*, in *Brooklyn Law review*, 2009, 395 ss. Con riferimento alle azioni promosse ai sensi dell'*Alien Tort Statute* v. V. C. CHARLES, *Hired Guns and Higher Law: A Tortured Expansion of the Military Contractor Defense*, in *Cardozo Journal of Int. and Comparative Law*, 2006, 593 ss.; R. MICALLEF, *op. cit.*; J.S. LAM, *Accountability for Private Military Contractors Under the Alien Tort Statute*, in *California Law Review*, 2009, 1459 ss.

⁷⁰ 487 U.S. 500 (1988). Prima della sentenza *Boyle* la giurisprudenza aveva elaborato altre soluzioni per garantire l'immunità dei *government contractors*. Sul punto v. FINKELMAN, *op. cit.* 405 ss.; 419 ss.

⁷¹ Su tale principio v. il volume di J.T. O'REALLY, *Federal Preemption of State and Local Law: Legislation, Regulation and Litigation*, ABA Publishing, 2007.

di responsabilità civile dell'Amministrazione Federale⁷² – che sancisce l'immunità degli Stati Uniti dalle azioni di risarcimento relative « all'esercizio di una funzione discrezionale da parte del Governo federale e dei suoi agenti » (cd. '*discretionary-function exception*')⁷³. Secondo la Corte, tale previsione esprime l'interesse federale a che il Giudiziario non formuli un secondo giudizio sulle scelte discrezionali dell'Esecutivo (tra le quali rientrano, appunto, quelle relative alla progettazione dei veicoli militari)⁷⁴. Poiché il Governo aveva fornito specifiche indicazioni alla *United Technologies Corp.* circa la realizzazione del velivolo (indicazioni effettivamente rispettate da quest'ultima), la Corte ha ritenuto che l'applicazione della normativa statale in tema di responsabilità extracontrattuale alla controversia *de qua* avrebbe inevitabilmente portato i giudici a valutare l'opportunità delle scelte discrezionali dell'Amministrazione, determinando un insanabile conflitto con l'interesse federale espresso dalla '*discretionary function exception*'⁷⁵.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto inapplicabili le norme dello Stato della Virginia, garantendo così all'impresa convenuta una sorta di immunità.

Nella sua formulazione originaria, quindi, la *Government Contractor Defense* ha un ambito operativo piuttosto circoscritto. Essa riguarderebbe, infatti, solo le imprese che forniscono al Governo beni le cui caratteristiche siano state da questo specificamente approvate e si applicherebbe solo nei casi in cui l'azione di risarcimento sia fondata sul diritto statale.

6. (segue). *Le successive evoluzioni giurisprudenziali. L'applicabilità della Government Contractor Defense anche alle imprese fornitrici di servizi nella sentenza Hudgens.*

Se ci si volesse attenere strettamente al principio enunciato in *Boyle*, la *Government Contractor Defense* difficilmente potrebbe applicarsi ai procedimenti recentemente iniziati ai sensi dell'ATS. Lasciando per un momento da parte il problema relativo alla diversa natura delle norme invocate (statali da un lato, internazionali dall'altro), si rileva, per un verso, che le *military companies* non forniscono beni ma servizi; e, per altro verso, che le gravi violazioni dei diritti umani ad esse contestate non possono essere state oggetto di preventiva

⁷² Si ricorda in proposito che l'ordinamento statunitense ha ereditato dal *common law* britannico il principio dell'immunità del Governo dalla giurisdizione delle proprie corti (D.L. DOERNBERG, *Sovereign Immunity Or the Rule of Law: New Federalism's Choice*, Carolina Academic Press, 2005, 74 ss). Con il *Federal Tort Claims Act* gli Stati Uniti hanno rinunciato a tale immunità con riferimento alle azioni di risarcimento relative agli illeciti posti in essere dagli agenti governativi nell'esercizio delle proprie funzioni (28 U.S.C. 1346(b) 2671-2680). Sul FTCA, v. da ultimo P.F. FIGLEY, *Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor*, in *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 2009, 1105 ss.

⁷³ 28 U.S.C. 2680(a).

⁷⁴ 487 U.S. 505 ss.

⁷⁵ 487 U.S. 512.

approvazione da parte del Governo. Senonché la successiva giurisprudenza delle corti federali ha ampliato l'ambito di applicazione della *Government Contractor Defense* in modo da superare tali limiti.

A venire in rilievo, in primo luogo, è la sentenza *Hudgens et al. v. Bell Helicopters/Textron et al.* pronunciata nel 2003 dalla Corte d'Appello per l'11° Circuito⁷⁶. Anche questa pronuncia origina da un incidente occorso ad un elicottero dell'Esercito statunitense. Contrariamente a quanto accaduto in *Boyle*, tuttavia, ad essere convenuta in giudizio era l'impresa incaricata della manutenzione del veicolo, la Dyncorp.

Gli attori si opponevano all'invocazione, da parte della convenuta, della dottrina *Boyle* facendo rilevare che la *Government Contractor Defense* era stata riconosciuta dalla Corte Suprema solo in favore delle imprese fornitrici di beni; che la Dyncorp forniva, invece, un servizio (quello di manutenzione dei veicoli militari); e che il principio enunciato in *Boyle*, comportando un'eccezione alle regole generali sulla responsabilità civile per fatto illecito, non poteva essere suscettibile di estensione analogica.

La Corte non accolse tali argomentazioni. Secondo l'11° Circuito, infatti, la *regula juris* formulata in *Boyle* non si presta a distinzioni fondate sulle tipologie di contratto che legano l'impresa all'Amministrazione. Sulla base di questa premessa, il giudice rilevò che l'articolazione, da parte dell'autorità militare, di protocolli di manutenzione che le imprese sono tenute a seguire implica quel tipo di valutazioni che la '*discretionary function*' exception del FTCA ha voluto tenere al riparo dallo scrutinio giudiziale, pervenendo alla conclusione che la *Contractor Defense* andava applicata anche nel caso di specie⁷⁷.

7. (segue) *La giurisprudenza Koohi: la 'combatant activities' exception del FTCA quale ulteriore e distinto fondamento della Government Contractor Defense.*

Un'espansione ancor più significativa della *Government Contractor Defense* si è avuta con la sentenza *Koohi et al. v. United States et al.*, resa nel 1992 dalla Corte d'Appello per il 9° Circuito⁷⁸.

Il 21 settembre 1987, nel corso della *Tanker War* tra Iran e Stati Uniti, un incrociatore della Marina americana abbatté per errore un aereo di linea iraniano. I parenti delle vittime agirono in risarcimento contro gli Stati Uniti nonché contro le imprese che avevano fornito all'esercito il sistema di difesa aerea Aegis, ritenuto responsabile dell'erronea identificazione del velivolo.

⁷⁶ 328 F.3d 1329.

⁷⁷ 328 F.3d 1334 (2003).

⁷⁸ 976 F.2d 1328 (1992)

Com'era prevedibile, le società convenute furono considerate immuni dal regime di responsabilità civile in virtù della GCD. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte rinvenne un ulteriore e distinto fondamento della *Government Contractor Defense* in un'altra disposizione del FTCA, vale a dire quella che sancisce l'immunità degli Stati Uniti per le azioni di risarcimento relative « alle operazioni di combattimento poste in essere in tempo di guerra dall'esercito, dalla marina militare o dalla Guardia Costiera » (cd. '*combatant activities exception*')⁷⁹. Secondo la Corte, infatti, il Congresso, introducendo tale eccezione, ha inteso riconoscere che « during the wartime encounters no duty of reasonable care is owed to those against whom force is directed as a result of authorized military action »⁸⁰. In altri termini, quindi, questa disposizione esprimerebbe l'interesse federale a che la condotta delle ostilità da parte delle forze armate non sia negativamente influenzata dal timore di una futura azione di risarcimento. Avendo ritenuto che l'assoggettamento dei *military contractors* alle norme sulla responsabilità aquiliana per fatti occorsi in tempo di guerra sarebbe andato a confliggere con tale interesse federale, la Corte ha applicato la *Government Contractor Defense* in favore delle imprese convenute⁸¹.

E' chiaro che questa evoluzione risulta assai congeniale alle esigenze difensive delle *Private Military Companies*. Ai sensi della giurisprudenza *Boyle*, infatti, l'immunità delle società convenute è subordinata alla dimostrazione che la condotta illecita sia stata specificamente approvata dal Governo. Condizione, questa, che non potrebbe mai verificarsi in caso di gravi violazioni dei diritti umani. Nella giurisprudenza *Koohi*, invece, l'imposizione del regime di responsabilità alle *combatant activities* viene considerato *ex se* incompatibile con l'interesse federale. E' sufficiente, quindi, che i *contractors* dimostrino di aver preso parte a tali attività per beneficiare dell'immunità.

8. (segue) *La sentenza Saleh e l'applicabilità della Government Contractor Defense anche alle ATS litigations.*

L'attitudine di questi precedenti giurisprudenziali a formare una difesa processuale in grado di sottrarre ai giudizi di risarcimento anche le condotte più riprovevoli delle PMCs è stata dimostrata nel caso *Saleh et al. v. Titan et al.* concernente – come abbiamo già ricordato – gli abusi compiuti nel carcere di Abu Grahīb.

⁷⁹ 28 U.S.C. 2680(j).

⁸⁰ 976 F.2d 1337.

⁸¹ *Ibidem*.

La Corte d'Appello per il Circuito della Columbia, infatti, con decisione dell'11 settembre 2009, ha riconosciuto l'operatività della *Government Contractor Defense* in favore di tutte le società convenute⁸².

Dopo aver richiamato la giurisprudenza *Hudgens* per affermare l'irrilevanza della distinzione tra imprese fornitrici di beni e fornitrici di servizi⁸³ e quella *Koohi* per fondare l'immunità dei *government contractors* sulla 'combatant activities' exception del FTCA⁸⁴, la Corte ha statuito che « [d]uring wartime, where a private service contractor is integrated into combatant activities over which the military retains command authority, a tort claim arising out of the contractor's engagement in such activities shall be preempted »⁸⁵. La Corte, dunque, ha portato a convergenza le linee giurisprudenziali descritte nei paragrafi precedenti in modo da escludere *in toto* l'applicabilità delle norme statali in tema di responsabilità risarcitoria ai *contractors* coinvolti a qualsiasi titolo nelle *combatant activities* condotte sotto il comando delle Forze Armate statunitensi.

L'interpretazione estensiva effettuata dalla Corte, tuttavia, non termina qui. Dopo aver statuito che l'*Alien Tort Statute* non era azionabile nel caso di specie in quanto il divieto della tortura non si rivolge agli attori non-statali⁸⁶, la Corte ha precisato che le società convenute avrebbero in ogni caso goduto dell'immunità garantita dalla *Government Contractor Defense*⁸⁷.

La Corte d'Appello, quindi, ha posto le basi per applicare tale eccezione anche alle azioni legali imperniate sulla violazione delle norme internazionali a tutela dei diritti umani. Tale espansione – se confermata dalla giurisprudenza delle altre corti⁸⁸ – potrebbe paralizzare in modo definitivo il contenzioso promosso contro le PMCs ai sensi dell'*Alien Tort Statute*. Questa circostanza – unitamente alla descritta esitanza delle autorità inquirenti⁸⁹ – andrebbe a determinare un regime di assoluta impunità proprio in relazione alle più gravi violazioni compiute dai dipendenti delle *military firms*.

⁸² V. *supra* nota 49. La Corte d'Appello ha assunto questa decisione a maggioranza, con il voto contrario del giudice GARLAND. Dal momento che la *dissenting opinion* di quest'ultimo concerne esclusivamente le questioni relative agli *state law claims*, non ci soffermeremo su di essa.

⁸³ Corte d'Appello per il Distretto della Columbia, *Saleh et al. v. Titan et al.* (d'ora in poi *Saleh*), 16 in nota 9.

⁸⁴ *Saleh*, 12.

⁸⁵ *Saleh*, 16 (corsivo aggiunto).

⁸⁶ *Saleh*, 28 (« Although torture committed by a state is recognized as a violation of a settled international norm, that cannot be said of private actors »).

⁸⁷ *Saleh*, 30 (« [A]n elaboration of international law in a tort suit applied to a battlefield is preempted by the same considerations that led us to reject the D.C. tort suit »).

⁸⁸ A questo proposito, occorre rilevare che la Corte per il Distretto del Maryland ha recentemente sconfessato l'approccio seguito dalla Corte d'Appello per il Circuito della Columbia, sulla base dell'assunto che la giurisprudenza *Boyle* non sarebbe suscettibile di estensione interpretativa (*Al-Quraishi, cit.*).

⁸⁹ V. *supra* par. 3.

E' necessario, quindi, un esame più approfondito della questione al fine di verificare la legittimità di siffatta estensione interpretativa.

Parte Terza. La Government Contractor Defense e le violazioni del diritto internazionale.

9. *Il parallelismo tra la Government Contractor Defense e la cd. Superior Order Defense nella sentenza In re Agent Orange (2005). Critica.*

L'unico precedente nel quale è stata affrontata la questione relativa all'applicabilità della *Government Contractor Defense* alle controversie iniziate ai sensi dell'ATS è costituito dalla sentenza *In Re Agent Orange* resa nel 2005 dalla Corte per il distretto orientale di New York⁹⁰.

Un gruppo di cittadini vietnamiti aveva adito in giudizio le imprese che avevano fornito il defoliante impiegato, durante la guerra in Vietnam, dall'esercito statunitense nei *raid* aerei sferrati contro i Vietkong. Gli attori, sostenendo che tale pratica fosse contraria al diritto internazionale umanitario, agivano ai sensi dell'ATS per il risarcimento dei danni arrecati alla propria incolumità e alle proprie terre. Il Governo statunitense, intervenuto a sostegno delle imprese convenute, asserì che le norme del diritto internazionale consuetudinario non avrebbero potuto trovare applicazione nel caso di specie in ragione dell'operatività della *Government Contractor Defense*, così come formulata nella sentenza *Boyle*. Nel produrre il micidiale Agente Orange, invero, i *government contractors* si erano limitati ad eseguire pedissequamente le indicazioni fornite dal Governo statunitense⁹¹.

La Corte non accolse la proposta interpretativa del Governo sulla base di una linea argomentativa piuttosto peculiare. Nell'affrontare la questione, in particolare, il giudice Weinstein si preoccupò di verificare se la *Government Contractor Defense* fosse (o meno) vietata dal diritto internazionale generale fondando la propria indagine sulla premessa che tale difesa trovasse una corrispondenza nella cd. *Nuremberg* (o *Superior Order*) *Defense*.

Com'è noto, la *Nuremberg Defense* è una difesa processuale propria del diritto penale internazionale. Essa mira ad escludere (o quantomeno a ridimensionare) la responsabilità del militare che, pur avendo commesso un crimine di guerra, si sia limitato ad eseguire gli ordini provenienti da un superiore gerarchico⁹². Secondo la Corte, la *Government Contractor*

⁹⁰ 373 F.Supp. 3. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005) consultabile alla pagina web <http://www.nyed.uscourts.gov/pub/rulings/cv/2005/moj-04-cv-400-mdl381.pdf>

⁹¹ *In re Agent Orange Product Liability Litigation*, U.S. Statement of Interest, 50 ss.

⁹² Sul tema v., *ex plurimis*, P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, 172 ss.

Defense e la *Nuremberg Defense* riposerebbero sulla medesima *ratio* dal momento che entrambe « [are] essentially based on the concept that the government told me to do it, and knew as much or more than I did about possible harms, so I can stand behind the government »⁹³.

Il giudice distrettuale, quindi, constatò che nei processi tenuti a Norimberga contro gli industriali collusi con il regime nazista⁹⁴, i Tribunali militari statunitensi non avevano mai ritenuto applicabile la *Superior Order Defense*. Agli imputati, infatti, fu negata la possibilità di invocare a propria difesa la necessità di aderire ad un ordine superiore, in quanto l'esistenza di tale ordine costituiva il risultato della propria iniziativa economica⁹⁵. La Corte newyorchese, dunque, applicando questo principio in via analogica, giunse alla conclusione che la *Government Contractor Defense* non poteva essere riconosciuta in favore delle imprese convenute⁹⁶.

Pur addivenendo a risultati assolutamente condivisibili, questo ragionamento desta, invero, più di una perplessità.

A ben vedere, la sovrapposizione tra gli istituti della *Nuremberg defense* e della *Government Contractor Defense* – sulla quale poggia tutto l'impianto argomentativo del giudice statunitense – costituisce un'operazione di dubbia legittimità. Per un verso, la Corte associa una difesa di carattere penalistico ad una di tipo civilistico senza tener conto dell'incolmabile distanza che separa il processo penale da quello civile. Distanza, questa, che risulta ancora più ampia se si considera che nel caso di specie la Corte era chiamata a valutare la responsabilità di enti collettivi, vale a dire le *corporations* convenute, e non di singoli individui. Per altro verso, non può condividersi l'assunto secondo cui le due difese poggierebbero sulla medesima *ratio*. Mentre, infatti, la *Nuremberg Defense* mira ad impedire che un individuo sia condannato per atti che non scaturiscono dalla sua volontà, la difesa *Boyle* – come abbiamo visto *supra* – intende evitare che i giudici vadano a sindacare l'opportunità della scelte discrezionali del Governo federale⁹⁷.

⁹³ 373 F. Supp. 3. 2d 149.

⁹⁴ Si tratta dei casi *United States v. Flick et al.* (22 dicembre 1947), *United States v. Krauch et al.* (30 luglio 1948) e *United States v. Krupp et al.* (31 luglio 1948). Com'è noto, questi processi si inseriscono nell'ambito dei cd. *Subsequent Nuremberg Trials*, vale a dire i dodici processi celebrati dinanzi a Tribunali militari statunitensi (e non dinanzi al Tribunale militare internazionale di Norimberga). Per il testo delle sentenze v. UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (a cura di), *Law Reports of Trials of War Criminals*, William S. Hein Publishing, 1997.

⁹⁵ *United States v. Krauch et al.* in UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *op. cit.*, 1179 (« [T]he defense of necessity is not available where the party seeking to invoke it was, himself, responsible for the existence or execution of such order or decree, [...], or was the result of his own initiative »).

⁹⁶ 373 F. Supp. 3. 2d 161.

⁹⁷ V. *supra* par. 5.

Venendo meno tale identificazione, diviene assolutamente irrilevante che il diritto internazionale non contempra l'invocabilità della *Nuremberg defense* da parte dei privati. Le argomentazioni della Corte, quindi, risultano del tutto inappropriate. D'altra parte, il ragionamento seguito dal giudice distrettuale, essendo ritagliato sul principio elaborato nella sentenza *Boyle*, sarebbe inadatto a contrastare l'applicazione della *Government Contractor Defense* così come risultante dalla giurisprudenza *Koohi-Saleh*. Come abbiamo visto, infatti, in tale giurisprudenza l'operatività della GCD prescinde dalla specifica approvazione da parte del Governo della condotta incriminata.

A risultati più soddisfacenti sarebbe potuto pervenire il giudice laddove si fosse preoccupato di verificare se le ragioni di ordine interpretativo che motivano l'applicazione della *Government Contractor Defense* in riferimento allo *state tort law* ne giustifichino l'estensione alle azioni fondate sul diritto internazionale. Ad un'attenta analisi, infatti, tale operazione risulta del tutto priva di fondamento. Occorre rilevare, in via preliminare, che nell'ordinamento statunitense le norme di diritto internazionale generale e la dottrina della *Government Contractor Defense* si pongono sullo stesso piano gerarchico. Sia il diritto consuetudinario⁹⁸ che il diritto nato dalla giurisprudenza delle corti federali⁹⁹ assumono il rango di *federal common law*. Questa circostanza fa venire meno il presupposto sul quale abbiamo visto fondarsi la sentenza *Boyle*, vale a dire la prevalenza dell'interesse federale sugli interessi statali confliggenti.

Questa considerazione, comunque, non può considerarsi conclusiva. In presenza di un contrasto tra una difesa processuale radicata nel *federal common law* ed una *cause of action* avente il medesimo rango, il giudice – non potendo dichiarare *tout court* la prevalenza dell'una o dell'altra – è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi federali in gioco¹⁰⁰. Ebbene, a noi sembra possibile dimostrare, da un lato, che sussistono numerosi fattori che testimoniano l'esistenza di un interesse federale al proseguimento delle cause civili iniziate ai sensi dell'ATS contro le *military firms*; e, dall'altro, che gli argomenti tesi ad evidenziare un interesse federale alla sottrazione delle PMCs alle azioni di responsabilità civile non possono essere impiegati quando a venire in rilievo è la violazione delle norme del diritto internazionale.

⁹⁸ 175 U.S. 677 (1900), *The Paquete Habana*, su cui v. *infra* nota 87.

⁹⁹ 41 U.S. 1 (1842), *Swift v. Tyson*.

¹⁰⁰ V. 373 F.Supp. 2d 142, *In re Agent Orange Product Liability Litigation* (« Rather than displacing another source of law, the court would merely be applying and reconciling two federal common law concepts »). In questo senso v. pure MICALLEF, *op. cit.*, 1407 ss.; LAM, *op. cit.* 1487 ss.

10. *Gli interessi federali che depongono in favore del proseguimento delle azioni iniziate ai sensi dell'Alien Tort Statute. A) L'apertura dell'ordinamento statunitense ai valori internazionalistici e l'impegno degli Stati Uniti nella promozione dei diritti umani nel mondo.*

Un primo fattore che occorre considerare è quello relativo ai rapporti tra il diritto interno statunitense ed il diritto internazionale. Da una rapida disamina della normativa e della giurisprudenza rilevanti, infatti, emerge in modo evidente che l'ordinamento americano si caratterizza per una moderata apertura ai valori internazionalistici (cd. *Völkerrechtsfreundlichkeit*)¹⁰¹.

L'art. VI.2 della Costituzione attribuisce ai trattati che abbiano ricevuto l'*advice and consent* dei due terzi del Senato il rango di « supreme law of the land »¹⁰², mentre le norme di diritto internazionale generale, secondo quanto statuito dalla Corte Suprema a partire dal celebre caso *The Paquete Habana*, penetrano direttamente nell'ordinamento statunitense assumendo il rango di *federal common law*¹⁰³. In virtù della giurisprudenza *Charming Betsy*, inoltre, le corti statunitensi hanno l'obbligo di interpretare le leggi federali in modo conforme al diritto internazionale, sia consuetudinario che pattizio¹⁰⁴. D'altra parte, la stessa introduzione dell'*Alien Tort Statute* – e ancor di più, forse, la sua mancata abrogazione – dimostrano il costante impegno degli Stati Uniti a far rispettare le norme del diritto internazionale attraverso la giurisdizione delle proprie corti¹⁰⁵.

Tutti questi elementi depongono nel senso dell'esistenza di un forte interesse federale a che le corti nazionali non siano ostacolate nel dare applicazione interna al diritto internazionale. Interesse, questo, che sarebbe minato alla base da un'estensione della *Government Contractor Defense* alle *ATS litigations*.

Questo discorso vale a maggior ragione quando a venire in rilievo sono le norme internazionali a tutela dei diritti umani.

¹⁰¹ Su questo tema v. in generale A. CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Editoriale Scientifica, 2009.

¹⁰² Costituzione degli Stati Uniti, Art. VI.2: « [...]all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding ».

¹⁰³ 175 U.S. 677 (1900), *The Paquete Habana* (« International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination »). Ma v. già 9 Cranch 388, 423 (1815), *The Nereide*, («[T]he Court is bound by the law of nations which is a part of the law of the land»).

¹⁰⁴ 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804), *Murray v. The Schooner Charming Betsy* (« An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains »). V. anche 288 U.S. 102 (1933), *Cook v. United States* (« A treaty will not be deemed to have been abrogated or modified by a later statute unless such purpose on the part of Congress has been clearly expressed »).

¹⁰⁵ In questo senso v. A.-M. SLAUGHTER, *The Alien Tort Statute and Judiciary Act of 1789: A Badge of Honor*, in *American Journal of Int. Law*, 1989, 461 ss.

A questo proposito occorre evidenziare, in primo luogo, che gli Stati Uniti hanno aderito ai principali strumenti internazionali in materia¹⁰⁶. Ancor più significativa, poi, è la legislazione adottata dal Congresso statunitense al fine di implementare tali convenzioni. Si ricordino, con riferimento alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, il *Torture Victim Protection Act 1991* che ha modificato l'ATS prevedendo una specifica *cause of action* in favore di chi abbia subito atti di tortura ad opera di individui che abbiano agito « under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation »¹⁰⁷; ed il già ricordato *Torture Act 2000* che criminalizza la tortura – facendole assumere il rango di reato federale – e stabilisce l'extraterritorialità della giurisdizione penale quando gli atti di tortura siano stati perpetrati da cittadini statunitensi¹⁰⁸. Vale la pena considerare, inoltre, il rapporto 'Supporting Human Rights and Democracy: The U.S. Record' ed i 'Country Reports on Human Rights Practices' presentati annualmente dal Dipartimento di Stato al Congresso e relativi, il primo, alle azioni intraprese dal Governo a supporto dei diritti umani¹⁰⁹ ed il secondo, allo stato dei diritti umani nei Paesi che ricevono assistenza economica dagli Stati Uniti nonché nei Paesi Membri delle Nazioni Unite¹¹⁰. Non può non tenersi conto, infine, del fatto che la protezione e la diffusione dei diritti umani nel mondo vengono considerati – a partire dalla Presidenza Carter¹¹¹ – il cardine dell'azione internazionale degli Stati Uniti¹¹². La tutela dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, dunque, rappresenta per gli Stati Uniti un interesse federale di importanza centrale che milita contro l'interpretazione estensiva della *Government Contractor Defense* operata nella sentenza *Saleh*¹¹³.

11. (segue) B) L'esigenza di guadagnare credibilità sul piano internazionale

¹⁰⁶ Per una visione d'insieme dei trattati in materia di diritti umani ratificati o, comunque, firmati dagli Stati v. <http://academic.udayton.edu/race/06hrights/unitednations/USStatus.htm>.

¹⁰⁷ 28 U.S.C. 1350 note 1-3.

¹⁰⁸ 18 U.S.C. 2340 ss. V. *supra* par. 3.

¹⁰⁹ L'obbligo di presentare tale rapporto è stato istituito dal *Fiscal Year 2003 Foreign Relations Authorization Act*, approvato nel settembre del 2002.

¹¹⁰ La presentazione di questo *report* è prescritta dagli art. 116(d) and 502B(b) del *Foreign Assistance Act* e dall'art. 504 del *Trade Act*.

¹¹¹ Si veda, in proposito, il discorso tenuto dal Presidente Carter nel 1977 all'Università di Notre Dame, dal titolo 'Human Rights and Foreign Policy' (consultabile *on line* alla pagina web <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=727>).

¹¹² « The protection of fundamental human rights was a foundation stone in the establishment of the United States over 200 years ago. Since then, a central goal of U.S. foreign policy has been the promotion of respect for human rights, as embodied in the Universal Declaration of Human Rights. The United States understands that the existence of human rights helps secure the peace, deter aggression, promote the rule of law, combat crime and corruption, strengthen democracies, and prevent humanitarian crises. » (tratto dal sito web del Dipartimento di Stato americano, alla pagina <http://www.state.gov/g/drl/hr/>).

¹¹³ In questo senso v. JAM, *op. cit.* 1487 ss.

Accanto a queste considerazioni di diritto positivo ve n'è un'altra – non meno importante – di ordine pragmatico.

Gli Stati Uniti sono fortemente interessati ad assicurare un controllo appropriato sulle attività delle PMCs. La condotta aggressiva e spesso sregolata delle loro milizie, infatti, ha fatto sì che le *military companies* siano viste come uno degli aspetti più odiosi della presenza militare americana all'estero¹¹⁴. E' stato evidenziato, a tal proposito, che « the culture of impunity among contractors has severely damaged the U.S. war effort, particularly in Iraq »¹¹⁵. Il Governo statunitense, quindi, avrebbe molto da guadagnare in termini di credibilità laddove le *corporations* accusate di gravi violazioni fossero condannate a risarcire le vittime dei propri abusi sulla base di *standards* universalmente riconosciuti dalla comunità internazionale.

In questa direzione, peraltro, si pone il *Defense Federal Acquisition Regulation Supplement* – vale a dire dall'atto regolamentare che disciplina le relazioni del Dipartimento della Difesa con i suoi *contractors* – approvato il 31 marzo 2008. In esso, infatti, è previsto che « [i]nappropriate use of force could subject a contractor or its subcontractors or employees to prosecution or civil liability under the laws of the United States and the host nation »¹¹⁶. D'altra parte, il Dipartimento della Difesa, di fronte alla richiesta delle *military firms* di introdurre in tale documento un 'invito alle corti' ad applicare la dottrina *Boyle*, si è espressamente rifiutato di suggerire ai giudici di riversare il rischio di eventuali danni causati dalle PMCs su terzi incolpevoli¹¹⁷.

Questi elementi non possono che rafforzare l'idea secondo cui vi è un chiaro interesse federale a che le azioni promosse ai sensi dell'ATS seguano il proprio corso¹¹⁸.

Né può affermarsi – come pure è stato fatto¹¹⁹ – che questa esigenza potrebbe essere altrimenti soddisfatta attraverso la tutela di tipo amministrativo fornita dal *Foreign Claims Act* (FCA)¹²⁰. E' vero, infatti, che, in base a tale legge, gli stranieri che abbiano subito un danno dai soldati o *dagli impiegati civili* delle Forze Armate statunitensi in missione all'estero possono ottenere un risarcimento dal Governo attivando una procedura dinanzi ad una Commissione di valutazione insediata *in loco*. E' altrettanto vero, tuttavia, che, ad oggi, le Commissioni di valutazione hanno mostrato una chiara tendenza a non considerare i

¹¹⁴ SINGER, *op. cit.* 5 ss.

¹¹⁵ FINKELMAN, *op. cit.*, 452.

¹¹⁶ 73 Fed. Reg. 16,764, 16,764, 16,767.

¹¹⁷ 73 Fed. Reg. 16,768 (« to the extent that contractors are currently seeking to avoid accountability to third parties for their own actions by raising defenses based on the sovereignty of the United States, this rule should not send a signal that would invite courts to shift the risk of loss to innocent third parties. »)

¹¹⁸ MICALLEF, *op. cit.* 1410 ss.

¹¹⁹ *Saleh*, 4.

¹²⁰ 10 U.S.C. 2734.

contractors ‘impiegati civili delle Forze Armate’ ai sensi del FCA con la conseguenza che le istanze di risarcimento relative ai danni provocati da questi ultimi sono state finora rigettate¹²¹.

D'altra parte, anche laddove le Commissioni mutassero avviso, la tutela fornita da questa normativa – che pure presenta il pregio dell'efficienza e dell'economicità – andrebbe incontro a due pesanti limiti. Da un lato, la sua operatività è circoscritta alle richieste di risarcimento per danni derivanti dalle « noncombat activities »¹²². In tal modo, è evidente, le violazioni più significative attribuite ai *military contractors* rimarrebbero comunque escluse. Dall'altro, le somme riconosciute a titolo di risarcimento sono generalmente piuttosto esigue e vengono liquidate in modo pressoché automatico senza tenere conto della gravità dell'illecito compiuto¹²³.

In nessun modo, dunque, le garanzie offerte dal *Foreign Claims Act* possono costituire una valida alternativa alle *ATS litigations*. Il che conferma, per altra via, la necessità che tali giudizi non vengano ostacolati.

12. (segue). *L'inapplicabilità della ratio della giurisprudenza Koohi alle violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.*

Vale la pena sviluppare, infine, un'ultima riflessione. Abbiamo detto che nella giurisprudenza *Koohi* il fondamento della *Government Contractor Defense* viene individuato nel fatto che, in tempo di guerra, sulle Forze armate non grava alcun dovere di diligenza (*duty of reasonable care*) nei confronti del nemico¹²⁴. A noi sembra evidente, invero, che il principio formulato in *Koohi* con riferimento alle norme *statali* in tema di responsabilità extracontrattuale, non possa trovare applicazione quando a venire in gioco è la violazione degli *standards* imposti dal diritto internazionale.

Nel corso delle ostilità, infatti, le forze belligeranti sono tenute al rispetto delle norme del diritto internazionale umanitario e, pertanto, su di esse grava un ‘dovere di diligenza’ il cui contenuto è fissato dalle regole consuetudinarie del diritto di guerra così come codificate dalle Convenzioni di Ginevra e dell'Aja¹²⁵. Alcune norme a tutela dei diritti umani, inoltre, trovano applicazione anche in tempo di guerra, andando a costituire altrettanti limiti che i combattenti

¹²¹ Su questo punto v. HUSKEY, SULLIVAN, *op. cit.* 29.

¹²² 10 U.S.C. 1734.

¹²³ HUSKEY, *op. cit.* 33 ss.

¹²⁴ V. *supra* par. 7.

¹²⁵ In questo senso v. *Saleh et al. v. Titan et al.*, Brief of *Amici Curiae* Experts in International Humanitarian Law in Support of Plaintiffs-Appellants (depositato l'11 settembre 2008), 5 ss.

sono chiamati ad osservare¹²⁶. A questo riguardo, possiamo ricordare che, rivolgendosi ai propri *contractors*, il Dipartimento della Difesa americano, in una direttiva del settembre 2006 concernente il regime di detenzione degli individui catturati nel corso della ‘war on terror’, ha specificato che « [a]ll persons subject to this Directive shall observe the requirements of the law of war »¹²⁷.

La giurisprudenza *Koohi*, quindi, non può giustificare in alcun modo un’applicazione della *Government Contractor Defense* che protegga le PMCs dalle azioni fondate sulle violazioni del diritto internazionale umanitario e delle norme sui diritti umani.

13. Considerazioni conclusive. La Government Contractor Defense e le cd. avoidance doctrines.

Possiamo provare, dunque, a trarre le conclusioni dell’indagine condotta sin qui.

Lo svolgimento da parte di soggetti privati di funzioni un tempo demandate all’esercito ha fatto emergere diversi problemi giuridici. Tra questi, particolare rilievo ha assunto nella prassi quello concernente la responsabilità *diretta* delle *military firms* (e dei loro dipendenti) per violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario.

Nell’esperienza statunitense, le incertezze che hanno caratterizzato sinora la repressione penale hanno indotto le vittime di tali violazioni a convenire in giudizio queste società ai sensi dell’*Alien Tort Statute*. Questo contenzioso, però, rischia di essere gravemente ostacolato dalla tendenza delle corti federali ad espandere la *Government Contractor Defense* oltre i limiti originariamente segnati dalla Corte Suprema.

Come abbiamo cercato di dimostrare, tuttavia, un’estensione di questa difesa tale da impedire ai giudici statunitensi di pronunciarsi sulle violazioni del diritto internazionale compiute dalle PMCs si pone in conflitto con importanti interessi di natura federale, vale a dire *a*) la necessità di garantire, nel mondo, la protezione dei diritti umani internazionalmente riconosciuti; *b*) l’esigenza di riacquistare credibilità sul piano internazionale. Abbiamo visto, inoltre, che detta estensione non trova fondamento in alcun precedente giurisprudenziale.

Ci sembra opportuno, a questo punto, svolgere un’ultima considerazione. Da tempo, ormai, la dottrina ha messo in luce il ruolo centrale che le corti nazionali sono chiamate a svolgere nel garantire l’effettività dell’ordinamento giuridico internazionale e nel contribuire

¹²⁶ Su questo tema, v. R. ARNOLD, N. QUÉNIVET (a cura di), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff, 2008.

¹²⁷ Direttiva del Dipartimento della Difesa n. 2310.01E, 5 settembre 2006, par. 4.2 (corsivo aggiunto). D’altra parte, nella sentenza *Saleh* lo stesso giudice Silberman ha riconosciuto che « to say that tort duties of reasonable care do not apply on the battlefield is not to say that soldiers are not under any legal restraint », in quanto « [w]armaking is subject to numerous proscriptions under [...] the laws of war » (*Saleh.*, 12).

all'evoluzione delle sue norme¹²⁸. La stessa dottrina, poi, ha individuato gli ostacoli che impediscono ai giudici di assolvere a pieno questo compito e ne ha auspicato il definitivo superamento¹²⁹. Facciamo riferimento alle cd. *avoidance doctrines*, vale a dire a quelle dottrine elaborate dai giudici allo scopo di 'evitare' un confronto diretto con l'Esecutivo su questioni suscettibili di incidere sulla gestione degli affari esteri (*political question, act of state, self-executing doctrine*)¹³⁰.

L'estensione della *Government Contractor Defense* alle controversie iniziate ai sensi dell'*Alien Tort Statute* sembra inserirsi all'interno di questa dinamica. Anche in questo caso, infatti, il giudice interno non applica il diritto internazionale per timore di interferire con l'azione estera del Governo ed in particolare con le sue scelte in ambito militare. A ben vedere, tuttavia, la prudenza istituzionale mostrata dai giudici statunitensi sembra assolutamente ingiustificata.

Il Congresso ed il Governo, invero, hanno a disposizione più di uno strumento per far valere gli interessi dei *government contractors*, ivi compresa la possibilità di garantire loro una qualche forma d'immunità¹³¹. Se non vi hanno fatto ricorso, non c'è motivo per cui il Giudiziario debba sostituirsi ad essi e dotare le *military companies* di una difesa processuale tanto potente quanto priva di appiglio testuale. Così facendo, infatti, i giudici americani rinunciano alla propria funzione di garanti dei diritti individuali dinanzi alle ingerenze del

128 V., su tutti, B. CONFORTI, *International law and the role of domestic legal systems*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

129 CONFORTI, *op. cit.*, 13 ss. Nello stesso senso v. la risoluzione adottata dall'*Institut de droit international* nel 1993 a Milano sul tema 'The Activities of National Judges and the International Relations of their State' (in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 65, II, Pedone, 1994, 318 ss.). Per una posizione meno radicale v., invece, E. BENVENISTI, *Judges and foreign affairs : a comment on the Institut de Droit International's Resolution on "The Activities of National Courts and the International Relations of Their State"* in *European journal of international law*, 1994, 423 ss.; nonché, con specifico riferimento all'ordinamento statunitense, L. BRILMAYER, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2302 ss.

130 V., in proposito, E. BENVENISTI, *Judicial misgivings regarding the application of international law: an analysis of attitudes of national courts*, in *European journal of international law*, 1993, 159 ss. Per una più recente analisi della questione sia concesso di rinviare a D. Amoroso, *A Fresh Look at the Issue of Non-Justiciability of Defence and Foreign Affairs*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 933 ss.

¹³¹ Si consideri, ad esempio, che il Congresso statunitense, attraverso l'adozione del *Support Anti-Terrorism by Fostering Effective Technologies Act 2002*, ha introdotto una difesa simile alla *Government Contractor Defense* in favore delle imprese che forniscono al Governo le tecnologie adoperate nella lotta al terrorismo (6 U.S.C. 441-444). A questo proposito v. FINKELMAN, *op. cit.*, 449.

potere politico rivelandosi, secondo la celebre espressione di Lord Atkin, « more executive-minded than the executive »¹³².

¹³² *Liversidge v. Anderson* [1942] A.C. 206.