

a cura di
PAOLO BENVENUTI



L'ACCERTAMENTO DELLE GRAVI VIOLAZIONI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

**DALLE PROPOSTE DI
GAETANO ARANGIO-RUIZ
ALLA PRASSI CONTEMPORANEA**

Collana

**Diritto internazionale,
Diritto internazionale privato
e dell'Unione Europea**

6



RomaTxE-Press

2025



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

FONDAZIONE ARANGIO-RUIZ

NELLA STESSA COLLANA

1. A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, 2014
2. A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari*, 2019
3. A. DI BLASE, V. VADI (a cura di), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, 2020
4. M. SOSSAI, *Sanzioni delle Nazioni Unite e Organizzazioni Regionali*, 2020
5. G. PALMISANO (a cura di), *Gaetano Arangio-Ruiz. La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, 2023

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

a cura di
PAOLO BENVENUTI

L'ACCERTAMENTO DELLE GRAVI VIOLAZIONI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

**DALLE PROPOSTE DI GAETANO ARANGIO-RUIZ
ALLA PRASSI CONTEMPORANEA**

6

Collana

**Diritto internazionale,
Diritto internazionale privato
e dell'Unione Europea**



Roma TrE-PRESS
2025

Il presente volume è il n. 6 della Collana Diritto internazionale, Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, varata su iniziativa di docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-PRESS, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

This volume belongs to the Roma TrE-PRESS series devoted to Public and Private International Law, and European Union Law, which was founded by professors of the Law Department to support the Roma Tre University project aimed at promoting high quality research and fostering education through on-line open access publications available for free download.

FONDAZIONE ARANGIO-RUIZ

Membri del Comitato scientifico della Collana:

Pia Acconci, Roberto Baratta, Giulio Bartolini, Antonio Blanc Altemir, Paolo Benvenuti, Giandonato Caggiano, Javier Carrascosa Gonzales, Roberta Clerici, Antonietta Di Blase, Alessandra Gianelli, Andrea Giardina, Alessandra Lanciotti, Fiona MacMillan, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Palmisano, Francesco Salerno, Mirko Sossai, Ennio Triggiani, Ugo Villani.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-PRESS*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-PRESS*

Roma, maggio 2025

ISBN: 979-12-5977-476-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-PRESS* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Indice

PAOLO BENVENUTI, <i>Nota introduttiva</i>	7
MARIA LAURA PICCHIO FORLATI, <i>Tra globalizzazione umanitaria e violazioni gravi del diritto internazionale</i>	13
MARINA SPINEDI, <i>Il contributo di Roberto Ago al tentativo di codificazione dei crimini internazionali</i>	25
GIUSEPPE PALMISANO, <i>Le proposte elaborate dal Rapporteur Gaetano Arangio-Ruiz sull'accertamento e le conseguenze delle violazioni gravi del diritto internazionale, tra continuità e innovazione</i>	37
FLAVIA LATTANZI, <i>L'attribuzione allo Stato dei crimini internazionali commessi da milizie irregolari</i>	55
MAURIZIO ARCARI, <i>Alla ricerca di gravità: le conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale</i>	97
MARKUS G. PUDER, <i>Adding the Environment Piece to the Puzzle of Serious Violations of International Law: From "No Harm" to "Rights of Nature" and "Ecocide"</i>	117
ALESSANDRA GIANELLI, <i>La codificazione dell'autotutela ad opera di Gaetano Arangio-Ruiz</i>	145
BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS, <i>Conseguenze dei crimini internazionali e limiti all'obbligo di riparazione</i>	161
LAURA DI GIANFRANCESCO, <i>Il ruolo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risposta alle gravi violazioni di norme imperative</i>	171
MARTA SABINO, <i>Nuove tendenze in materia di equa soddisfazione per gravi violazioni dei diritti umani: verso il riconoscimento dei punitive damages?</i>	187

CHIARA VENTURINI, <i>L'opposability clause della complicità tra Stati nel fatto illecito internazionale: qualche osservazione</i>	209
LUIGI ZUCCARI, <i>Gravi violazioni del diritto internazionale e limiti al commercio di armi convenzionali</i>	229
MIRKO SOSSAI, <i>Note sulla responsabilità internazionale per aggressione a margine della crisi ucraina</i>	255
ENRICO ZANNARINI, <i>l'Unione Europea e la Responsibility to Protect alla prova della crisi ucraina</i>	275
GIUSEPPE NESI, <i>Accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale e progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti: non è mai troppo tardi...</i>	291
<i>Le autrici e gli autori</i>	303

Paolo Benvenuti

Nota introduttiva

Il Prof. Gaetano Arangio-Ruiz, nel corso della sua vita di studioso, ha consegnato alla comunità scientifica contributi importanti su vari e centrali tematiche del diritto internazionale: dalla precisazione della nozione fattuale dello Stato quale soggetto del diritto internazionale nonché degli altri soggetti primari, alla ricostruzione del fenomeno delle organizzazioni internazionali; dal valore degli atti delle organizzazioni internazionali, alla lettura “verticale” e non per materia del concetto di riservato dominio. E ancora non è possibile non richiamare gli importanti contributi di riflessione che il Professore ci ha dato in merito alla ricostruzione dualistica/pluralistica, e dunque di discontinuità, fra diritto internazionale e diritti interni statali. Si aggiunga l’approfondimento di tematiche specifiche nel settore della soluzione delle controversie: le sue riflessioni in tema di trattati che istituiscono procedure di inchiesta e di conciliazione, le riflessioni in tema di arbitrato con particolare riguardo alla operatività della Corte Internazionale di Giustizia. Non manca il suo contributo su profili sostanziali del diritto internazionale: mi limito a richiamare la riflessione condotta in merito alla portata del principio di autodeterminazione dei popoli declinata tanto nella dimensione dell’autodeterminazione esterna (il diritto all’indipendenza dei popoli coloniali), quanto dell’autodeterminazione “interna” (il diritto dei popoli a partecipare alle scelte di governo). Per una illustrazione ampia del percorso di Gaetano Arangio-Ruiz nella comprensione e nello sviluppo del diritto internazionale sotto molteplici aspetti posso ben richiamare le pagine di Laura Forlati Picchio e Giuseppe Palmisano, *La lezione di una vita: cos’è e com’è il diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. I, p. XVII ss.

Se vari altri temi potremmo ricordare sui quali il Prof. Arangio-Ruiz ha soffermato il suo pensiero di studioso, fra questi non è possibile non sottolineare quello della responsabilità internazionale dello Stato. In questo settore egli, quale componente dal 1985 al 1996 della Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, ha offerto nel suo ruolo di relatore speciale sulla responsabilità degli Stati, con i suoi Rapporti (*Fifth Report*, *Sixth Report*, *Seventh Report*, *Eighth Report* redatti tra il 1993

il 1996), nonché nei dibattiti su questi rapporti, riflessioni importanti sui diversi aspetti relativi all'illecito internazionale. Dalla definizione dei suoi elementi costitutivi, ai criteri di attribuzione di un comportamento allo Stato; dalle tipologie di violazione di obblighi internazionali, alla distinzione tra le tipologie di illecito; dalla responsabilità di uno Stato connessa all'atto illecito di un altro Stato, alle circostanze che escludono l'illiceità della condotta statale; dai profili relativi alle conseguenze sostanziali del fatto illecito, ai profili relativi alle conseguenze strumentali della commissione dell'illecito.

Può ben dirsi che con lo sguardo attento a non sfuggire alle logiche proprie dell'assetto di regole del diritto internazionale, il Professore ha cercato di individuare nel settore della responsabilità internazionale soluzioni capaci di rendere più equa, meno "primitiva", la convivenza fra Stati pur quando ci si trovi nel contesto critico delle violazioni delle regole del diritto e delle conseguenze che dette violazioni possono comportare. Così non può non richiamarsi quella sua costante preoccupazione che lo ha indotto a cercare un equilibrio fra i diritti spettanti allo Stato leso e gli obblighi a carico dello Stato autore dell'illecito internazionale, a tentare una regolamentazione delle contromisure che lo Stato leso possa porre in essere, a valorizzare infine l'articolazione dei vari mezzi di regolamento pacifico delle controversie così da garantire una adeguata e imparziale attuazione del diritto della responsabilità degli Stati.

E dunque, su questo tema della responsabilità internazionale degli Stati la Fondazione Arangio-Ruiz per il Diritto Internazionale, a un anno da quando il Professore ci ha lasciato, ha ritenuto di dover focalizzare il tema di un convegno di studi. Nell'occasione si è deciso di soffermare l'attenzione su "L'accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale: dalle proposte di Gaetano Arangio-Ruiz alla prassi contemporanea", per l'appunto il titolo che si è dato a questo incontro.

Sono dunque le gravi violazioni del diritto internazionale l'oggetto specifico delle giornate di studio di Soave e ciò per una ragione che ben tutti comprendiamo: sulle tematiche connesse a queste violazioni gravi il Professore ha fatto quanto possibile per individuare e sistematizzare questioni giuridiche molto complesse che si presentano quando si tratta di formulare un regime di responsabilità aggravata.

Arangio-Ruiz si è mosso proseguendo oltre lungo una via che già era stata tracciata dai precedenti relatori speciali sul tema della responsabilità: via tracciata da Roberto Ago che aveva fatto sì che fosse inserito nel Progetto *in fieri* di codificazione e sviluppo della responsabilità degli Stati

per fatto illecito la nozione di “crimine internazionale”, violazione grave che si affianca a quella dell’illecito ordinario/“delitto internazionale”. A seguire Whillem Riphagen aveva fatto sì che fosse portata avanti la riflessione in tema di “crimini internazionali” dello Stato con la consapevolezza che questi sempre realizzano violazione grave di obblighi *erga omnes*: da qui l’esigenza di consentire una reazione concertata e coordinata di tutti gli Stati, non lasciata a dinamiche mosse da pure scelte individuali.

Incamminatosi su questa strada, Arangio-Ruiz ha tentato di portare all’interno del Progetto, proprio con riferimento alla commissione di questi crimini gravi - da lui pure definiti “crimini internazionali” - soluzioni innovative (e di completamento di sistema) per ciò che riguarda la ricostruzione delle diverse, ulteriori conseguenze che a queste gravi violazioni avrebbero dovuto riconoscersi a confronto con le violazioni ordinarie/“delitti internazionali”. Si trattava di individuare quale possa essere la posizione degli Stati diversi rispetto da quello specificamente, individualmente leso nella reazione alle violazioni di norme *erga omnes*, violazioni che, nel caso di loro particolare gravità, assurgono alla definizione di crimine. Si trattava altresì di elaborare una ipotesi di procedura di accertamento della commissione o meno di un crimine internazionale, tale da evitare la sua gestione in un campo puramente politico. Da qui la proposta di mettere in gioco il ruolo degli organi politici delle Nazioni Unite, l’Assemblea Generale o il Consiglio di Sicurezza, prima che la questione possa essere portata da qualsiasi Stato ivi compreso lo Stato presunto autore del crimine, e dunque eventualmente chiamato a subire la responsabilità aggravata, all’accertamento vincolante della commissione o meno del crimine ad opera della Corte internazionale di giustizia.

Come si vedrà, nei vari scritti presenti in questo volume il contributo propositivo di Arangio-Ruiz in tema di responsabilità aggravata per crimini non ha trovato, per varie ragioni, il riscontro che egli prospettava potesse essere inserito nel Progetto preliminare del 1996, anno in cui egli lasciò la Commissione del diritto internazionale. La Commissione riteneva sì che vi fosse una disciplina più severa per le violazioni gravi del diritto internazionale, ma ne tralasciava tanto una definizione più specifica quanto l’elaborazione di procedure volte al loro accertamento obiettivo.

A seguire, nel ruolo di Relatore speciale sulla responsabilità fu nominato James Crawford e il lavoro della Commissione del diritto internazionale condusse al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati adottato nel 2001 e che ha riservato alle violazioni gravi del diritto internazionale il Capitolo III dove troviamo una soluzione molto semplificata conte-

nuta in due soli articoli. L'art. 40 riconosce la possibile commissione di "serious breaches by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law", abbandonando l'espressione "crimini internazionali" e precisa altresì che la violazione si considera "serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation". Il successivo art. 41 contempla un generico obbligo degli Stati di cooperare con mezzi pacifici per porre fine a siffatte violazioni serie; aggiunge poi l'obbligo di non considerare lecita una situazione creata da una violazione seria e, come ovvio, non esclude che alle violazioni serie del diritto internazionale non possano fare seguito quelle conseguenze che siano previste per gli illeciti "ordinari".

Dunque lo sforzo di Arangio-Ruiz su questo particolare e importante aspetto non ha trovato il riscontro, che in molti avremmo potuto sperare, se non negli stretti termini da lui proposti almeno in una misura più significativa, nel progetto preliminare adottato dalla Commissione nel 1996 e successivamente nel progetto adottato in seconda lettura nel 2001, progetto che alla fine dello stesso anno è stato accettato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Le tematiche non risolte dal progetto adottato nel 2001 hanno continuato però a farsi sentire e dunque sono riapparsi sul tavolo profili che erano stati a suo tempo oggetto delle riflessioni che il Professore Arangio-Ruiz ci consegnò. Così, la tematica delle conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale è tornato oggetto di riflessione nel corso dei lavori della Commissione del Diritto Internazionale che ha portato nel 2022 all'approvazione in seconda lettura del Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

Post 2001, in anni a noi più vicini, non ha mancato di manifestarsi una prassi (invero non assente in tempo più datato) in virtù della quale l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha preso in mano situazioni di commissione di gravi illeciti internazionali. Si veda, quale esempio fra altri che pur potrebbero richiamarsi, la Risoluzione del 22 dicembre 2018 nella quale l'Assemblea Generale ha espresso la sua preoccupazione per i crimini commessi dal Myanmar nei confronti della popolazione Rohingya; o ancora la risoluzione del 2 marzo 2022 contenente una ferma condanna della Federazione Russa per l'aggressione nei confronti dell'Ucraina con richiesta di ritiro immediato, completo e incondizionato delle forze militari russe oltre i confini ucraini riconosciuti a livello internazionale.

A queste manifestazioni dell'Assemblea Generale si sono affiancate procedure portate da Stati alla valutazione della Corte Internazionale di Giustizia. Così da parte di Stati non direttamente lesi come ha fatto il

Gambia con l'apertura di un procedimento (11 novembre 2019) per violazioni della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio commesse dal Myanmar; così hanno fatto il Canada e i Paesi Bassi per violazioni della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti da parte della Siria (8 giugno 2023); più recentemente dal Sud Africa contro Israele per violazione della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio nel territorio di Gaza (29 dicembre 2023). Aggiungo l'azione portata davanti alla Corte Internazionale di Giustizia dall'Ucraina in quanto Stato leso contro la Federazione Russa, accusata di crimine prevenzione e repressione del crimine di genocidio, il 25 febbraio 2024.

Tutto questo non sfuggirà alle riflessioni che saranno svolte in questo incontro che - come emerge dalla sua titolazione - muove dal pensiero volto a favorire la presenza nel diritto internazionale di un assetto di valori a noi lasciato dal Professor Arangio-Ruiz e intende riflettere sulla relazione fra quel suo pensiero e lo svilupparsi della prassi contemporanea e dunque sull'assetto normativo vigente.

Maria Laura Picchio Forlati

*Tra globalizzazione umanitaria e
violazioni gravi del diritto internazionale*

SOMMARIO: 1. La globalizzazione umanitaria – 2. La lezione ricevuta come lente per inquadrare il fenomeno – 3. Alleanza possibile fra protagonisti della globalizzazione umanitaria e organi indipendenti di *IntGOs* – 4. I protagonisti della globalizzazione umanitaria, tra alleanze possibili e valorizzazione della stessa pluralità degli ordinamenti giuridici – 5. Dalla tutela degli interessi ad alcuni valori condivisi.

1. La globalizzazione umanitaria

Vorrei onorare la memoria del mio Maestro confrontandomi con il diritto internazionale come sistema di valori ed evocando, a tal fine, la globalizzazione umanitaria.

Certo, il concetto di globalizzazione è stato, ed è, innanzitutto speso nella dimensione economica; descrive allora il fenomeno, sviluppatosi in modo esponenziale nella seconda metà del '900, che consente ai privati di delocalizzare le proprie attività economiche da uno Stato all'altro e, comunque, di superare sempre più facilmente le frontiere operando a distanza. Molla di tali scambi è l'intento di sfruttare al massimo – a fini economici e sociali – le differenze che l'ambiente statale di destinazione prescelto presenta rispetto a quello d'origine dell'attività di cui trattasi, e ciò tanto nelle condizioni economiche cui l'attività in gioco viene sottoposta, quanto dal punto di vista legislativo e burocratico. Per i protagonisti degli scambi economici la delocalizzazione si traduce comunque nella costruzione e gestione di rapporti economici e sociali – ma anche culturali – con privati ed enti pubblici di Stati diversi da quello di origine o di principale o primo collegamento.

La globalizzazione che – per distinguerla da quella economica – può definirsi umanitaria ha invece il suo motore nella scelta altruistica, individuale e/o collettiva, di rispondere a differenze drammatiche nelle condizioni di

accesso ai beni anche di prima necessità della, o di parte della, popolazione negli Stati di destinazione rispetto alle condizioni, di ben più elevato livello, generalmente accessibili invece nello Stato d'origine. La risposta individuale ispirata alla solidarietà si traduce allora nel trasferimento proprio, e/o della propria attività, da quest'ultimo Stato verso aree del pianeta diverse: con conseguente abbandono dell'area dell'affluenza.

In questi casi l'obiettivo della delocalizzazione è farsi prossimo a persone e comunità che, nelle zone di destinazione, subiscono - per lo più su larga scala - povertà strutturale, conflitti armati, dittature, quando non, o non anche, mutazioni climatiche avverse. In tali aree i bisogni collettivi sono spesso così stringenti che il tentativo di sopperirvi con azioni di solidarietà privata sembra destinato a restare addirittura invisibile. Ciò nondimeno, il fenomeno della globalizzazione umanitaria nel senso qui evocato è di grande rilievo dal punto di vista qualitativo, e proprio per la possibilità di ricostruire nello stesso diritto internazionale una griglia di valori. Il fenomeno sfida infatti i comparti in cui, dal punto di vista giuridico, l'umanità è a tutt'oggi frammentata. Vigono invero contemporaneamente, e certo ancora nel XXI secolo, ordinamenti diversi, originari e distinti, retti dal principio di effettività: ordinamenti interni di Stati, e di altri enti indipendenti. Si tratta di Stati ed enti che sono al medesimo tempo, e fin quando dura la loro indipendenza, creatori e destinatari del diritto internazionale: così come voleva, e tuttora eloquentemente postula, la lezione che alcuni di noi conservano come eredità ricevuta dal loro Maestro¹.

Tra gli ambiti a partire dai quali la sfida della globalizzazione umanitaria è lanciata, o prende le mosse, figurano quelli offerti, a partire per lo più dal continente dell'affluenza, da Stati/Governi indipendenti e dalle chiese: in particolare dalla Chiesa cattolica. Vi figurano pure - dato qualitativamente se non quantitativamente rilevante - gli ordinamenti interni espressi dall'apparato di alcune organizzazioni internazionali intergovernative: quello cioè che, per limitati aspetti, si confronta, giuridicamente su un piede di parità, con singoli Stati (che di Stati terzi o di Stati membri si tratti) e con altri soggetti, anche precari, del diritto internazionale in senso proprio. La loro presenza è un elemento cruciale ai fini della risposta alle violazioni gravi del diritto internazionale perché, almeno per il momento accertativo, le garanzie di imparzialità possono essere fornite dall'autorevolezza dell'orga-

¹ Di tale lezione ho cercato di dar conto nei miei scritti e, specificamente, in L. PICCHIO FORLATI e G. PALMISANO, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, pp. XVII-LXIV; L. PICCHIO FORLATI, *Ricordo di Gaetano Arangio-Ruiz*, in «Rivista di diritto internazionale», 2023, pp. 175-186.

no giudicante, piuttosto che dall'imponenza dell'apparato che del giudizio garantisce l'esito.

Si ventila peraltro: non è forse proprio il diritto internazionale, affermatosi nella seconda metà dell'ultimo millennio per regolare la coesistenza tra enti nati dallo sfaldamento della *Res publica* delle genti cristiane, ad essere oggi superato dalla globalizzazione, economica e/o umanitaria che sia? Non si intravede forse oggi un diritto dell'umanità pronto a soppiantare quell'eredità come griglia di qualificazione²?

2. La lezione ricevuta come lente per inquadrare il fenomeno.

Come società e come singoli della stessa Fortezza Europa abbiamo cercato sì, negli ultimi mesi ed anni, una risposta a questi quesiti lasciandoci interpellare, da ultimo, da tre anni di guerra in corso in Ucraina e dalla *tabula rasa* imposta a costo umano altissimo su Gaza e le aree meridionali del Libano dal Governo israeliano, per rispondere al sequestro massiccio di ostaggi civili israeliani portato a segno il 7 ottobre 2024 da parte di Hamas. Proprio il corso degli eventi in atto porta però a constatare come, nei suoi limiti, sia ancora il diritto internazionale a offrire il quadro di riferimento per la disciplina dei rapporti fra enti che – forti della rispettiva, quand'anche temporanea, indipendenza – si confrontano sul piano del diritto internazionale in senso proprio.

Piuttosto, nella temperie della globalizzazione umanitaria, è inevitabile non solo per i suoi osservatori ma, prima ancora, per i suoi protagonisti confrontarsi con il problema di quale sia l'ordinamento interno nell'ambito del quale collocare i rapporti interindividuali che si trovano o si troveranno a gestire, e quanto della loro sfera giuridica preesistente sopravviverà nel nuovo contesto. Una dimensione ricorre a tal fine, con il corredo disciplinare che ha trovato proprio in Italia, ed anche nella produzione scientifica di Arangio-Ruiz, approfondimenti significativi: *alias*, quel diritto internazionale privato ...che diritto internazionale in senso proprio non è³.

² In questo senso milita il quadro che delle relazioni umane del XXI secolo ha offerto la suggestiva prolusione all'apertura dell'a.a. 2020-2021, il 799° dell'Università di Padova, il Prof. M. MASCIA, titolare della Cattedra Unesco in tale ateneo (in www.unipd.it).

³ In Italia, il settore scientifico-disciplinare costituito dal diritto internazionale comprende, sì, il diritto che regge la convivenza tra enti che, per essere in fatto indipendenti (*superiorem non recognoscentes*), godono di personalità giuridica internazionale; ma comprende pure, a differenza di quanto accade per la formazione giuridica in altri Stati (anche molto vicini a

Anche di questa finestra molto tecnica ha dunque bisogno la globalizzazione umanitaria, nella perdurante separatezza fra ambiti territoriali e personali segnati dalle diverse sfere di sovranità statale. Ne hanno bisogno innanzi tutto i suoi protagonisti: pronti come sono a passare da ambienti socio-economici affluenti ad aree segnate da indigenza e/o insicurezza strutturale, investendo la propria vita sul piatto della solidarietà nell'intento di essere di aiuto a chi, in queste aree, si ritrova a vivere senza possibilità di costruire il suo futuro o addirittura menomato nelle prospettive di sopravvivenza.

L'Italia è d'altronde un bacino d'origine privilegiato per singoli e gruppi disponibili a scelte di vita che consentano di essere là dove maggiore è il bisogno di solidarietà. Un esempio fra tutti: gli animatori dell'Associazione Emergency, fondata ufficialmente a Milano nel 1994 da Gino Strada, hanno inseguito negli ultimi trent'anni la pista di quel bisogno in aree disastrose come Afghanistan, Eritrea, Iraq, Uganda, Sudan. Tra le sue priorità vi è in particolare quella di portare - in luoghi resi impervi dall'indigenza, o da conflitti armati senza vie d'uscita ravvicinate - una chirurgia di punta, che lenisca le conseguenze di attacchi armati indiscriminati anche sui civili, specie bambini, e di farlo all'ombra di ospedali che, seppur costruiti in condizioni proibitive, sono voluti come "scandalosamente" belli⁴.

Il fenomeno qui descritto è qualitativamente molto significativo; non giustifica però la scorciatoia semplificante praticata da alcuni verso il preteso superamento della distinzione tra diritto internazionale e diritto statale grazie ad un sistema giuridico mondiale che sarebbe emerso dalla rosa degli strumenti giuridici adottati per dare attuazione alla Dichiarazione universale dei diritti umani. Urge, al contrario: prendere atto dell'originarietà degli ordinamenti espressi dagli Stati, se e quando di fatto indipendenti; prendere atto altresì della vigenza, sempre sulla base di presupposti di fatto, di altri ordinamenti giuridici originari di tipo interindividuale quali, ad esempio, il diritto transnazionale dei privati o *lex mercatoria*, ovvero il diritto sovranazionale di tipo interno che regola l'attività dei rari organi internazionali che siano, e per il tempo in cui siano, in qualche misura indipendenti dagli Stati o altri enti che li hanno costituiti.

noi!), il diritto internazionale privato e processuale. E' quanto lascia presumere che, accademicamente, anche la globalizzazione umanitaria sarà sottoposta così ad analisi distinte per gli aspetti di diritto processuale civile, e rispettivamente penale, internazionale.

⁴ Tale l'intento perseguito da Emergency con l'inaugurazione, sull'altopiano del Lago Vittoria in Uganda, dell'ospedale pediatrico di Entebbe costruito su progetto offerto in dono dall'arch. Renzo Piano, che così chiari: "Con Gino Strada abbiamo trovato un'affinità sul significato di questo intervento: oltre all'approccio etico e sociale si è cercato di rappresentare la generosità con l'eccellenza" (*Corsera*, 22 aprile 2021, p.30).

Accreditare l'ipotesi che il diritto internazionale sia superato da un sistema giuridico mondiale a carattere interindividuale è a dir poco prematuro. Quanto devo a chi mi ha avviato all'attività scientifica, quanto considero il patrimonio culturale immateriale ereditato - alla stregua del quale i problemi dell'oggi, anche se spesso infausti, almeno trovano un quadro di riferimento attendibile - smentisce l'idea che la globalizzazione abbia superato il monopolio esclusivo della scena giuridica internazionale in senso proprio da parte di enti di fatto indipendenti. Fintanto che è quest'ultimo il requisito decisivo per l'accesso e il godimento della personalità internazionale, tali enti collaborano o si confrontano/scontrano nell'arena internazionale su un piede giuridicamente di parità. Soprattutto, l'avvento della globalizzazione non implica il loro radicamento - soprattutto, non della loro interna costituzione - nel *continuum* di uno stesso tessuto giuridico-normativo a carattere interindividuale.

Ancora: anche altri enti si affacciano, foss'anche per un tempo limitato, quali attori indipendenti in tale arena. Ciò è accaduto, per esempio, con Al-Qaeda, con l'Isis, e accade con i partiti insurrezionali in genere, per definibili che siano quali forze controrivoluzionarie ovvero come movimenti di liberazione ai sensi dell'art. 1, par. 4, del I Protocollo addizionale 1977 alle Convenzioni di Ginevra di diritto umanitario del 12 agosto 1949. Ugualmente può darsi talvolta accada per quel segmento degli apparati di organizzazioni internazionali che è indipendente dalle istruzioni dei Governi; per non dire della Chiesa cattolica, che regge "in proprio" sulla scena internazionale, grazie al suo perdurante "seguito" di fedeli nel mondo e alla struttura fortemente gerarchica mantenuta attraverso i secoli.

Al dunque, la comunità internazionale è ancor'oggi quella che già i primi passi nella ricerca ci avevano fatto conoscere. E se tanto basta ad accreditare la perdurante vigenza del diritto internazionale come proiezione della società internazionale ufficialmente riconosciuta a valle dei Trattati di Westfalia del 1648, la prassi che ci scorta nel 21° secolo sollecita alla presa in considerazione di altre esperienze giuridiche antiche e nuove che comprendono: la *lex mercatoria*, gli ordinamenti sportivi, il diritto transnazionale e gli ordinamenti sovranazionali che promanano da organi in qualche misura indipendenti dagli Stati membri di organizzazioni internazionali intergovernative.

3. Alleanza possibile fra protagonisti della globalizzazione umanitaria e organi indipendenti di IntGOs

Nel quadro evocato sin qui, l'ampiezza a 360° della collaborazione possibile tra i protagonisti delle relazioni giuridiche internazionali resta dunque esposta al rischio di chiusure passibili di trasformarsi in confronto strutturale. Lo stesso scontro militare resta allora un'opzione che, seppur in linea di principio vietata, è possibile in fatto anche grazie alla perdurante e diffusa disponibilità di arsenali, e di risorse umane dotate di preparazione tecnica e psicologica all'uso delle armi ivi ammassate.

Piuttosto, se tale è il contesto in cui tuttora opera il diritto internazionale, non vi è posto in quest'ultimo per la costruzione dei poteri dei suoi soggetti secondo uno schema multilivello: schema invece oggi dilagante nella ricostruzione di giuristi e politologi, e per lo più ispirato (così in particolare - a partire dall'ultimo quarto dello scorso secolo - con riguardo all'Unione europea), dal principio di sussidiarietà.

Ora, una costruzione siffatta ben si addice al diritto interno, in particolare degli Stati o di altri enti menzionati sin qui; non è pertinente invece per "collocare" il diritto internazionale nel suo rapporto con altri ordinamenti. Certo, molti di questi ben conoscono gerarchie, di livelli e poteri, in cui il livello superiore si astiene in linea di principio dall'operare, per dare precedenza al livello subordinato proprio in base al principio di sussidiarietà. Nell'arena internazionale, invece, nell'ambiente sociale retto dal diritto internazionale in senso proprio, gli enti indipendenti che lo abitano collaborano o si confrontano su un piede che giuridicamente, nell'accordo come nel duello, resta di parità. Trattasi di un carattere, cioè, agli antipodi rispetto a quello sempre più spesso ascrivito al diritto internazionale collocando quest'ultimo in continuità gerarchica di vigenza con altri ordinamenti, in particolare statali: posizionandolo anzi, rispetto alla ventilata piramide multilivello, addirittura al livello più elevato.

Vero è che l'arena internazionale resta un ambiente a sé. Gli enti che vi approdano, per il tempo in cui "reggono" in virtù della loro indipendenza di fatto, vi si confrontano alla stregua di un ordinamento i cui caratteri strutturali sono rimasti gli stessi attraverso secoli. I contenuti di tale ordinamento sono stati irrorati, certo, da valori innovativi che furono anche il portato, nel XX secolo, di due guerre mondiali e della liberazione ufficiale dal colonialismo ... per non dire della sofferenza umana che rese allora la capacità di sopportarla fattore decisivo per la vittoria. Anche in forza di questa il diritto internazionale ha contribuito, così, all'affermazione della

democrazia nel mondo, alla proclamazione dell'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali di individui e gruppi; più in generale, e almeno fino ad oggi, alla collaborazione internazionale sempre più intensa, soprattutto in settori nevralgici e innovativi.

Ciò nonostante, va pur detto, il criterio cui i governi nazionali sono naturalmente inclini ad attenersi nei fatti resta il doppio *standard* di trattamento tra cittadini e non, a spese dunque di stranieri e apolidi: soprattutto se si trovano, e finché si trovano, fuori dalla loro giurisdizione e dal "continente" dell'affluenza. Si è visto poi come lo sviluppo tecnologico, le prassi di liberalizzazione dei mercati finanziari e delle materie prime portano sì al mercato globale, ma non come mercato unico; piuttosto come rete di mercati che, rispettivamente accessibili, restano pur sempre distinti: che di mercato del lavoro o di prodotti finanziari, materie prime o risorse rare si tratti. Al fine è la separazione dei mercati che rende ai privati non solo possibile ma attraente il salto da un mercato all'altro: e con uno scotto da pagare dal punto di vista della democrazia, se è vero che il primo passo della globalizzazione economica è costituito dalla delocalizzazione della produzione in aree dove più facile è lo sfruttamento della forza lavoro.

La spinta all'internazionalizzazione per le attività economiche è stata d'altronde, nel XX secolo, così impetuosa da rinnovare la *lex mercatoria* come ordinamento transnazionale dei privati: con fonti e garanzie, tanto di accertamento quanto di esecuzione, tendenzialmente autosufficienti. La globalizzazione umanitaria è il portato invece – lo si è visto – della sfida di chi abbandona comunità, cultura, tradizioni d'origine e stile di vita per essere presente là dove la gente è in pericolo e consumata dall'indigenza, mentre i bisogni diffusi sono tali che il contributo di chi viene in aiuto resta quasi invisibile.

Al fine, e in rari casi, sono solo individui e enti che li rappresentano dal basso ad impegnarsi nel riconoscimento dell'umanità come un tutt'uno di cui essere parte solidale; e ciò indipendentemente dal tempo – misurabile che sia in decenni o secoli – di cui questo impegno ha bisogno per concretarsi su larga scala. Sono loro i "cittadini del mondo" che si inseriscono nei contesti cui il loro impegno chiama: accettandoli, in linea di principio, così come sono, e dunque – tendenzialmente – all'ombra degli ordinamenti giuridici degli Stati di accoglienza, e secondo le forme che questi consentono. Accade così che, in particolare nei settori cruciali della sanità o dell'educazione, non di rado i samaritani dell'aiuto allo sviluppo si vedono attribuire ruoli addirittura pubblici, secondo il diritto dello Stato ospitante. Questo ha ad esempio permesso la diffusione, anche in forma pubblica "nazionale",

delle ramificazioni del Comitato internazionale della Croce Rossa, e sembra riproporsi, a ben più di cent'anni di distanza, per Emergency.

4. I protagonisti della globalizzazione umanitaria, tra alleanze possibili e valorizzazione della stessa pluralità degli ordinamenti giuridici

Un elemento promettente si intravede al fine nell'alleanza possibile tra i protagonisti dal basso della globalizzazione umanitaria qui descritta e il segmento indipendente dell'apparato di alcune organizzazioni internazionali intergovernative: segmento fatto di individui dotati di una mentalità aperta alla mondialità, maturata in decenni di servizio professionale presso l'organizzazione di appartenenza. Se non inaridite da burocrazia e *routine*, queste persone sono le più adatte a costruire un'alleanza con le frange consapevoli espresse dalle basi sociali degli Stati, membri e non: frange attive nel formulare nuovi obiettivi e diffondere orientamenti e prassi di partecipazione diffusa, da portare avanti possibilmente non da soli nelle sedi disponibili. Se questo accade – e talvolta se ne colgono i segni⁵ – è come se una breccia si aprisse con vista su una nuova umanità.

Nel 2000, ad esempio, il Segretario generale delle Nazioni Unite Kofi Annan aveva lanciato appelli e scambi epistolari su larga scala allo scopo di aggregare la gente di tutto il mondo attorno ad obiettivi ambiziosi, fra cui l'eliminazione della fame per il 2020. L'obiettivo è stato mancato, ma il solo fatto che sia stato condiviso da molte persone, da tanti giovani, ha permesso almeno di intuire su quale terreno certi semi possono essere lanciati con speranza. Al limite nelle forme del gioco: è quanto accade ad esempio con le *moot court* o, in generale, con la simulazione di casi pendenti davanti ad organi internazionali, in cui giovani e ragazzi di tanti Paesi sono chiamati ad immedesimarsi nei ruoli che in sede multilaterale – Nazioni Unite, Agenzie specializzate come l'Unesco o organismi regionali quali il Consiglio d'Europa – spettano alle delegazioni dei loro o altri Stati.

Quanto agli *stage* in tali sedi, la presenza di giovani può servire innanzitutto a loro per fiutare l'internazionalità, ma anche al personale internazionale di carriera che li ospita, come antidoto alla *routine* cui quest'ultimo è esposto nelle sue asettiche gabbie dorate: un antidoto affidato a idee e sentimenti che solo ambienti contraddittori e socialmente complessi come quelli da cui probabilmente gli stagisti provengono, possono ispirare. Soprattutto,

⁵ Valga per tutti la profonda spiritualità di DAG HAMMARSKJOLD, in *Tracce di cammino*, ELLEDICI, Bose, 1992, pp.188-190.

è l'Unione europea che al momento sembra raccogliere - attraverso formule di aggregazione quali gli *European Solidarity Corps* o la Settimana europea della gioventù - il ruolo di sponda per canalizzare lo slancio dei giovani in direzione di cause che esigono mutamenti radicali della società.

Nell'attesa.... messianica dei cittadini del mondo, resta il rilievo della cittadinanza nazionale sulla scia tracciata da Gustavo Stanislao Mancini. Come Ministro degli Esteri del Regno di Sardegna, poi Regno d'Italia, egli lanciò un programma di politica estera incentrato sulla scelta della cittadinanza a criterio di collegamento universale per individuare la legge applicabile ai rapporti privati necessari (e quale che fosse il giudice competente ad applicarla) e consacrava al tempo stesso il mutuo riconoscimento del ruolo di ciascuno Stato rispetto alla disciplina applicabile alle situazioni giuridiche più personali dei propri cittadini: famiglia, successioni, capacità, nome.

Cogliendo, più in generale, un sistema di diritto internazionale privato come dimensione necessaria a qualsiasi ordinamento moderno, egli ottenne di dotare il nuovo Stato italiano di una legislazione *ad hoc* - le disposizioni preliminari al Codice civile 1865 - in cui quel contenuto fu trasfuso ... e suggerito ad altri Stati come prototipo di iniziative parallele. Anzi: fu lo stesso Mancini a proporre la convocazione a L'Aja di una Conferenza internazionale *ad hoc* per la conclusione del vagheggiato accordo generale di diritto internazionale privato uniforme corrispondente.

Perché il richiamo a questa nota vicenda? Perché per Mancini, come oggi per i protagonisti della globalizzazione umanitaria, l'utopia è servita da leva per l'azione sul campo. Egli immaginava infatti provvisorio il ruolo degli Stati nel disciplinare la legge applicabile ai rapporti privati necessari; rapporti destinati in prospettiva ad essere retti dal diritto delle Nazioni, quali entità coese per essere plasmate dalla cultura: arte e lingua innanzitutto, ma anche religione, ambiente, paesaggio.

Il ricordo della parabola intellettuale di Mancini aiuta a capire come, anche per la globalizzazione umanitaria, serva coltivare una visione di fondo; prima o poi, l'ispirazione che la sottende darà i suoi frutti. Così, la Conferenza internazionale di diritto internazionale privato si realizzò, certo, in termini molto più limitati di quanto non avesse vagheggiato Mancini. Resta che proprio a quella originaria utopia, raccolta da Asser, si deve la creazione a L'Aja della Conferenza permanente di diritto internazionale privato: culla dell'opera di codificazione e sviluppo del diritto internazionale privato (e processuale). Questa non mise mai all'ordine del giorno lo studio di una convenzione per la stesura di una legge generale-modello quale vagheggiata da Mancini per realizzare una disciplina uniforme dei conflitti di leggi e di giurisdizione a livello mondiale. Resta che decine di testi di Convenzioni

di diritto internazionale privato e processuale sono state negoziate in quella sede: da ultimo, quella sul riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale che, aperta alla firma nell'agosto 2020, vive il suo *iter* di raccolta della ratifiche necessarie all'entrata in vigore.

5. Dalla tutela degli interessi ad alcuni valori condivisi.

La dimestichezza con il diritto internazionale porta comunque a rilevare – a partire dall'onore e dalla sovrana uguaglianza dei suoi soggetti – una rosa di interessi consacrati da principi generali quali: reciprocità, buona fede, rispetto e credito per la parola data, riconoscimento delle identità culturali e delle differenze tra le medesime, donde il principio di equivalenza sotteso al riconoscimento reciproco.

Piuttosto, il privilegio dell'esenzione dalla giurisdizione desumibile dall'obbligo di rispettare l'organizzazione effettiva dello Stato straniero “cede” sempre più spesso all'esigenza di sanzionare violazioni gravi di norme imperative del diritto internazionale; *alias*, norme poste a tutela di interessi e valori preminenti: condivisi, come tali, dai soggetti del diritto internazionale. Tra queste figurano le norme internazionali a tutela dei diritti fondamentali della persona umana. La solidarietà a questo riguardo fra gli Stati come soggetti giuridicamente lesi – solidarietà che discende dal corollario secondo il quale “un attacco contro uno è un attacco contro tutti” – è tanto più significativa dal punto di vista valoriale quanto minore è la propensione in fatto alla reazione. E' d'altronde a partire da questo dato che, come fenomeno di militanza transfrontaliera ispirata alla solidarietà fra esseri umani, la globalizzazione umanitaria potrà serpeggiare tra le maglie del rapporto fra ordinamenti, sfidando la probabile inerzia delle Cancellerie.

Soprattutto: resta da chiedersi, a questo punto, se proprio la pluralità degli ordinamenti giuridici, più che essere un *handicap* per il perseguimento di fini marchiati come necessari a prezzo di lacrime e sangue nella comunità internazionale del XXI secolo, non sia un valore coerente con il modo di essere di tale comunità. Un incoraggiamento a condividere questa posizione al limite spregiudicata, rispetto all'atteggiamento più diffuso ...e meno approfondito sul tema, viene dalle conclusioni lasciateci al riguardo da Kant, nel suo *Secondo articolo definitivo per la pace perpetua*. Alla stregua di tale articolo infatti, l'obiettivo da perseguire, una volta instaurata negli Stati la democrazia, è individuato in una *Lega*, non uno *Stato*, di popoli. Troppo grande sarebbe altrimenti il rischio che l'obiettivo raggiunto si traduca

nell'egemonia di uno Stato solo sugli altri⁶.

I valori così propugnati dovrebbero in realtà aver corso ancor oggi se è vero che, nella struttura, il diritto internazionale resta immutato dal tempo in cui il *Progetto definitivo di articoli sulla pace perpetua* ha visto la luce; attende piuttosto di essere nutrito da una speranza attiva: che contribuisca non solo a prevenire l'uso di mezzi di annientamento, ma pure a dispiegare tutte le strategie di riscatto dalla sofferenza di cui l'umanità oggi dispone.

⁶ In tale sede Kant auspicava una società di Stati indipendenti - piuttosto che una federazione di Stati - per la sua fiducia nelle scelte pacifiche che la forma di governo democratico che sarebbe stata da questi perseguita avrebbe garantito anche nelle relazioni esterne; non faceva i conti, però, con il *doppio standard* ancor'oggi in uso, ed anche nelle più solide democrazie, per le scelte che riguardano, rispettivamente, politiche interne e politica estera. Per una valutazione diversa della posizione kantiana sul punto, R. CASTALDI, *Il federalismo nella storia del pensiero*, in «Il Federalista», 1998, p. 89.

Marina Spinedi

*Il contributo di Roberto Ago
al tentativo di codificazione dei crimini internazionali*

SOMMARIO: 1. Dalla codificazione della responsabilità degli Stati per danni arrecati agli stranieri alla codificazione della responsabilità derivante dalla violazione di qualsiasi obbligo internazionale – 2. Il primo delinearsi di un regime speciale di responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi – 3. L'elaborazione del progetto di articolo 19 che sancisce l'esistenza di un regime speciale di responsabilità dello Stato per crimini internazionali – 4. Conclusioni.

1. Dalla codificazione della responsabilità degli Stati per danni arrecati agli stranieri alla codificazione della responsabilità derivante dalla violazione di qualsiasi obbligo internazionale

Il primo contributo fornito da Roberto Ago al tentativo di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati per crimini internazionali è stato – può sembrare paradossale – l'aver portato la Commissione del diritto internazionale (d'ora in poi la Commissione) a elaborare un progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati quale che sia il contenuto dell'obbligo internazionale da essi violato.

La Commissione, nella sua prima sessione, nel 1949, aveva, è vero, inserito la «responsabilità degli Stati», senza ulteriori precisazioni, nell'elenco delle materie che aveva intenzione di codificare e sviluppare progressivamente¹. Bisogna tuttavia ricordare che all'epoca la materia della «responsabilità internazionale degli Stati» veniva considerata dalla maggioranza degli studiosi, con l'eccezione di quelli italiani e di quelli tedeschi, non come ricomprendente le conseguenze giuridiche del compimento di un qualsiasi fatto illecito internazionale dello Stato (in altri termini, della violazione di un qualsiasi obbligo internazionale dello Stato), ma come riferita

¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, p. 281. Per il relativo breve dibattito cfr. *ibid.*, pp. 49-50, 53.

esclusivamente alle conseguenze della violazione degli obblighi dello Stato relativi al trattamento degli stranieri e avente come contenuto solo l'obbligo di riparare il danno materiale e morale causato.

Un tentativo di codificazione della materia era già avvenuto sotto l'egida della Società delle Nazioni. Era stato appunto scelto il tema della «Responsabilità degli Stati per danni causati sul loro territorio alla persona o ai beni degli stranieri»². Si trattava di codificare non solo le norme sulla responsabilità (norme c.d. «secondarie», ossia norme sulle conseguenze della violazione di un obbligo a carico dello Stato), ma anche le norme «primarie» (cioè le norme che determinano il contenuto degli obblighi la cui violazione genera la responsabilità). Le «basi di discussione» elaborate dal comitato preparatorio della Conferenza di Stati convocata dalla Società delle Nazioni a tal fine (la Conferenza dell'Aja del 1930) si attengono a questa impostazione³. La Conferenza sarà un fallimento. Il disaccordo tra i partecipanti si verifica proprio sul contenuto delle norme riguardanti il trattamento dovuto agli stranieri (*minimum standard* o uguaglianza di trattamento?). I Paesi latino-americani si oppongono a che la convenzione sancisca l'obbligo del *minimum standard*. La Conferenza si blocca su questo punto senza riuscire a portare a compimento l'elaborazione di un testo di convenzione⁴.

Torniamo alla Commissione del diritto internazionale. Nel 1953 una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, adottata su proposta della delegazione cubana, sollecita la Commissione a cominciare l'elaborazione di un progetto di articoli sui principi di diritto internazionale che reggono la responsabilità degli Stati. La risoluzione non precisa se si debba trattare della responsabilità derivante dalla violazione di un qualsiasi obbligo internazionale esistente a carico degli Stati o della responsabilità per la violazione di determinati obblighi⁵. Nel 1955 la Commissione nomina il giurista cubano F.V. García Amador relatore speciale per la materia (Ago all'epoca non era membro della Commissione). Dal 1956 al 1961 García Amador sottopone alla Commissione sei rapporti⁶. Elabora un pre-progetto

² V. la risoluzione del 27 settembre 1927 dell'Assemblea, in League of Nations, *Official Journal, Special Supplement*, n. 53, ottobre 1927.

³ V. League of Nations Publication, *Legal*, 1929.V.3, doc. C.75.M.69.1929.V (le «basi di discussione» sono riprodotte anche in *American Journal of International Law*, 1930, p. 3 ss.).

⁴ *Ibid.*, *Legal*, 1930.V.7, doc. C.228.M.115.1930.V.

⁵ V. risoluzione A/799/VIII.

⁶ Ad un primo rapporto (preliminare) (in *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, p. 173 ss.), contenente basi di discussione, fanno seguito altri cinque rapporti. Nel secondo e terzo rapporto (in *Yearbook of the International Law Commission*, rispettivamente 1957, vol. II, p. 104 ss., e 1958, vol. II, p. 47 ss.) è contenuto un pre-progetto di articoli limitato ancora una volta alla responsabilità dello Stato per danni

di articoli sulla responsabilità Stati per danni arrecati a stranieri in cui si tratta, come nelle basi di discussione preparate dal Comitato preparatorio della Conferenza dell'Aja del 1930, anche del contenuto degli obblighi «primari» dello Stato sul trattamento degli stranieri⁷. La responsabilità è intesa come obbligo dello Stato autore del fatto illecito di riparare il danno causato⁸. I membri della Commissione, occupati dalla codificazione di altre regole (in particolare quelle attinenti al diritto del mare e alle relazioni diplomatiche e consolari), non iniziano tuttavia il lavoro di redazione del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e prestano ben poca attenzione al contenuto del pre-progetto elaborato da García Amador. Va rilevato comunque che nessun membro della Commissione avanza obiezioni di fondo quanto all'oggetto del progetto.

Nel 1960, in Assemblea generale, in occasione del consueto esame del rapporto annuale della Commissione, giunge inatteso un durissimo attacco al progetto elaborato da García Amador. Proviene dall'Unione Sovietica e da altri Paesi socialisti, ai quali si uniranno negli anni 1961 e 1962 alcuni Paesi nati dal processo di decolonizzazione. Questi Stati si dichiarano contrari alla codificazione delle norme sul trattamento degli stranieri (e, in particolare, alla norma contenuta nel progetto elaborato da García Amador che prevedeva il *minimum standard* e a quella che prevedeva la possibilità per gli individui vittime della violazione di presentare un ricorso contro lo Stato sul piano internazionale). Ciò che interessa – si afferma – sono le regole sulla responsabilità dello Stato per fatti illeciti contrari ai fini e principi delle Nazioni Unite, in particolare quelli che costituiscono una minaccia alla pace e alla sicurezza dell'umanità: l'aggressione e le altre violazioni dell'integrità territoriale e della sovranità degli Stati e del diritto dei popoli all'autodeterminazione. Implicitamente, per questi Stati, il progetto di

causati sul suo territorio alla persona o ai beni degli stranieri. Nel quarto, quinto e sesto rapporto (*ibid.*, 1959, vol. II, p. 1 ss.; 1960, vol. II, p. 41 ss.; e 1961, vol. II, p. 1 ss.) si approfondiscono alcuni dei temi trattati nei precedenti rapporti. Nel sesto rapporto è inclusa anche la versione riveduta del progetto elaborato dal relatore speciale.

⁷ García Amador è ben consapevole del fatto che la responsabilità internazionale dello Stato può derivare dalla violazione di un qualsiasi obbligo internazionale dello Stato, ma ritenendo di non poter scindere le regole sulla responsabilità da quelle sul contenuto dell'obbligo violato, propone alla Commissione di cominciare a codificare le norme sulla responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi relativi al trattamento degli stranieri.

⁸ La proposta avanzata da García Amador nel suo rapporto del 1956 di contemplare anche la possibilità di comminare allo Stato in certi casi delle pene pecuniarie (*punitive damages*) non era stata accolta con favore dai membri della Commissione. Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. I, p. 228 ss., spec. p. 239 ss.

articoli avrebbe dovuto includere, per usare la terminologia poi invalsa, sia norme «primarie» che «secondarie», concentrandosi sulla violazione degli obblighi in tema di mantenimento della pace⁹.

Nel 1961 García Amador (il cui mandato quale membro della Commissione era nel frattempo scaduto) non viene rieletto.

Dal 1961 al 1963 la Commissione discute su come ripartire¹⁰. Vengono avanzate varie proposte. Ago, nel frattempo divenuto membro della Commissione, presenta un documento di lavoro contenente uno schema di argomenti di cui trattare¹¹ ispirato al contenuto del corso che aveva tenuto nel 1939 all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja¹². Ago prende una posizione del tutto diversa da quella di García Amador. Sostiene che oggetto della codificazione devono essere solo le norme «secondarie» sulla responsabilità (come nella tradizione della dottrina italiana): occorre determinare quali siano gli elementi del fatto illecito internazionale dello Stato e le sue conseguenze (ossia il contenuto del rapporto di responsabilità), non già accertare quale sia il contenuto delle norme «primarie» a carico dello Stato la cui violazione genera la responsabilità. Al tempo stesso per quanto riguarda il contenuto del rapporto di responsabilità si dovrà stabilire se esso comprenda non solo l'obbligo posto a carico dello Stato autore dell'illecito di fornire una riparazione, ma anche la sua soggezione a una sanzione (si dovrà stabilire se e quando lo Stato vittima della violazione possa applicare allo Stato autore del fatto illecito una sanzione: la rappresaglia (quella che sarà poi denominata contromisura)). Nell'elenco delle questioni da trattare si legge:

«Question of the penalty in international law. Relationship between consequences giving rise to reparation and those giving rise to punitive action. Possible distinction between international wrongful acts involving merely a duty to make reparation and those involving the application of sanctions. Possible basis for such a distinction»¹³.

⁹ Per un'analisi più dettagliata dei lavori in tema di responsabilità internazionale in seno alla Commissione del diritto internazionale e alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale negli anni 1953-1961, sia consentito rinviare a M. SPINEDI, *International Crimes of State. The Legislative History*, in *International Crimes of States* (a cura di J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi), De Gruyter, Berlin-New York, 1989, p. 7 ss.

¹⁰ V. *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. I, pp. 206-223; 1962, vol. I, pp. 2-45 e 282-284; 1963, vol. I, pp. 79-86. Per un'analisi dei lavori, cfr. SPINEDI, *International Crimes of State*, cit., p. 12 ss.

¹¹ V. doc. A/CN.4/SC.1/WP.6, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 251 ss.

¹² R. Ago, *Le délit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939, vol. 68, p. 415 ss.

¹³ Doc. A/CN.4/SC.1/WP.6, cit., p. 254.

Per la prima volta viene prospettata alla Commissione l'eventualità di distinguere due categorie di fatti illeciti internazionali dello Stato in funzione delle conseguenze giuridiche loro collegate. E va qui ricordato che per Ago la rappresaglia rientra nella categoria delle sanzioni ed è una forma di pena. Sempre tra le questioni da affrontare Ago menziona inoltre l'eventualità di sanzioni collettive e si riferisce al sistema delle sanzioni delle Nazioni Unite.

Al termine del dibattito, nel 1963, la Commissione approva lo schema di programma di lavoro e nomina Ago relatore speciale per la responsabilità degli Stati¹⁴. L'inizio dei lavori di codificazione della materia viene però ancora una volta rinviato. Dovranno passare dieci anni prima che la Commissione inizi a esaminare i primi progetti di articoli elaborati da Ago.

2. *Il primo delinearsi di un regime speciale di responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi*

Nella seconda metà degli anni sessanta si comincia a parlare in Commissione di fatti illeciti particolarmente gravi, di fatti illeciti che mettono in pericolo interessi fondamentali della comunità internazionale, e dell'eventualità che il soggetto attivo del rapporto di responsabilità in questi casi non sia solo lo Stato «direttamente» leso¹⁵.

Nel 1970 la Corte internazionale di giustizia rende la sentenza nell'affare *Barcelona Traction* contenente il ben noto *obiter dictum* che introduce la distinzione tra obblighi la cui violazione genera un rapporto giuridico con un solo Stato e obblighi *erga omnes*, al cui rispetto tutti gli Stati hanno un interesse giuridico¹⁶. *Obiter dictum* (dovuto sembra al giudice Lachs) che avrà un grande impatto sulla materia che qui affrontiamo.

Ago presenta il suo primo rapporto nel 1969¹⁷. A partire dal secondo

¹⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 86.

¹⁵ Si veda ad es. l'intervento di Tammes nel corso del dibattito svoltosi in Commissione nel 1967 sui futuri lavori di codificazione della responsabilità degli Stati, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1967, vol. I, p. 225.

¹⁶ «[A]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a *legal interest* in their protection; they are obligations *erga omnes*» (Corte internazionale di giustizia, sentenza 5 febbraio 1970 nell'affare *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (seconda fase)*, *I.C.J. Reports* 1970, p. 32).

¹⁷ Il rapporto (riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 1967, vol. II, p. 125 ss.) contiene la storia della codificazione della responsabilità internazionale degli Stati.

rapporto (1970)¹⁸ presenta alla Commissione dei progetti di articoli. La Commissione comincerà a discuterne tuttavia solo nel 1973.

Nel secondo rapporto Ago riprende lo schema presentato nel 1963. Ribadisce che il progetto di articoli dovrà contenere solo regole «secondarie» sulla responsabilità, regole che siano applicabili a tutti i fatti illeciti. Precisa che la prima parte del progetto sarà dedicata agli elementi soggettivo e oggettivo del fatto illecito e alle circostanze escludenti l'illiceità e la seconda parte alle conseguenze del fatto illecito. Tuttavia Ago è ormai cosciente del fatto che occorrerà prevedere – nella seconda parte del progetto – oltre a conseguenze da collegare a tutti i fatti illeciti, conseguenze particolari per gli illeciti che ledono interessi fondamentali della comunità internazionale, e inoltre che le differenze nel regime della responsabilità collegata a questi ultimi non dovranno riguardare solo il contenuto della contromisura che può essere adottata, ma anche la determinazione del soggetto che può far valere la responsabilità dello Stato autore dell'illecito (in altri termini: del soggetto che può pretendere la riparazione (intesa *latu sensu*: cessazione, *restitutio* e riparazione del danno materiale e morale) o adottare la contromisura).

A questo riguardo, osserva Ago, occorre chiedersi se, così come si è giunti a individuare categorie di norme inderogabili (*jus cogens*) e categorie di norme la cui violazione consente la punizione dell'individuo-organo che ha tenuto il comportamento contrario all'obbligo internazionale dello Stato (genocidio, guerra di aggressione ecc.), si debbano individuare categorie di obblighi internazionali la cui violazione dia luogo (nel diritto internazionale generale) a forme speciali di responsabilità dello Stato¹⁹. Occorre chiedersi, specifica, se vi siano elementi che permettano di determinare progressivamente, nel quadro generale della nozione di fatto illecito internazionale dello Stato, i contorni di una nozione di «crimine» di diritto internazionale²⁰. Ecco dunque apparire nei rapporti di Ago alla Commissione il termine «crimine» per designare una categoria di fatti illeciti internazionali dello Stato.

¹⁸ AGO, *Second report on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, vol. II, p. 177 ss. (il rapporto è stato successivamente inglobato in AGO, *Third report on State responsibility*, *ibid.*, 1971, vol. II, part one, p. 199 ss.).

¹⁹ AGO, *Second report*, cit., p. 183 ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 184. A sostegno dell'uso del termine «crimine» riferito a un fatto illecito internazionale dello Stato, Ago cita il secondo punto del primo dei Principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra Stati (che saranno oggetto della ris. 2625 (XXV) del 1970 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in corso di elaborazione all'epoca della redazione del rapporto di Ago) in cui si legge: «A war of aggression constitutes a crime against the peace, for which there is responsibility under international law» (*ibid.*, p. 184 s.).

3. *L'elaborazione del progetto di articolo 19 che sancisce l'esistenza di un regime speciale di responsabilità dello Stato per crimini internazionali*

Nel 1976 nel suo quinto rapporto, nel quadro degli articoli relativi all'elemento oggettivo del fatto illecito internazionale (violazione dell'obbligo internazionale), Ago sottopone alla Commissione un progetto di articolo (art. 18) intitolato «Contenuto dell'obbligo violato»²¹. In esso si indica, nel primo paragrafo, che la violazione da parte uno Stato di un obbligo internazionale a suo carico costituisce un fatto illecito internazionale quale che sia il contenuto dell'obbligo. Ago avrebbe preferito che negli articoli inseriti in questo capitolo del progetto ci si limitasse a questa affermazione e si rinviasse l'individuazione degli obblighi alla cui violazione collegare speciali conseguenze al momento in cui la Commissione avrebbe elaborato gli articoli relativi alla seconda parte del progetto (dedicata al contenuto della responsabilità, in altri termini alle conseguenze del fatto illecito) e alla eventuale terza parte (dedicata alla soluzione controversie). Si rende conto, tuttavia, che i membri della Commissione desiderano procedere subito alla determinazione dei fatti illeciti al cui compimento saranno legate (nella seconda parte del progetto) conseguenze speciali. Ecco dunque che dopo aver sancito, nel primo paragrafo del progetto di articolo 18, che ogni violazione di un obbligo internazionale da parte di uno Stato costituisce un fatto illecito internazionale a suo carico quale che sia il contenuto dell'obbligo [verità lapalissiana], nei paragrafi successivi effettua una distinzione tra violazione e violazione, tenuto conto del contenuto dell'obbligo violato. La distinzione è basata sull'importanza per la comunità internazionale dell'obbligo violato. La violazione di certi obblighi (che vengono elencati nei paragrafi 2 e 3 del progetto di articolo) è denominata «crimine» («crime»), quella di tutti gli altri «delitto» («delict»/«délit») (par. 4 dell'articolo). Quali siano gli obblighi la cui violazione dà luogo a un crimine internazionale non viene tuttavia sempre indicato con precisione nell'articolo, si indicano piuttosto i criteri per giungere alla loro individuazione. I paragrafi 2 e 3 sono così formulati:

«2. The breach by a State of an international obligation established for the purpose of maintaining international peace and security, and in particular the breach by a State of the prohibition of any resort to the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of another State, is an “international crime”.

3. The serious breach by a State of an international obligation established by a norm of general international law accepted and rec-

²¹ AGO, *Fifth report on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. II, part one, p. 54. Per il commento che lo accompagna si veda *ibid.*, p. 24 ss.

ognized as essential by the international community as a whole and having as its purpose: (a) respect for the principle of the equal rights of all peoples and of their right of self-determination; or (b) respect for human rights and fundamental freedoms for all, without distinction based on race, sex, language or religion; or (c) the conservation and the free enjoyment for everyone of a resource common to all mankind is also an “international crime”».

Per stabilire quali siano le categorie di obblighi la cui violazione lede gli interessi fondamentali della comunità internazionale Ago si basa su risoluzioni adottate dall'Assemblea generale. La categoria nuova aggiunta da Ago è quella della violazione grave di un obbligo riconosciuto (dalla comunità internazionale nel suo insieme) come di importanza essenziale per la salvaguardia e il libero godimento per tutti di un bene comune dell'umanità. All'epoca obblighi in materia cominciavano appena a essere percepiti come obblighi particolarmente importanti.

Ago preannuncia che si effettuerà (nella seconda parte del progetto) una distinzione tra regimi di responsabilità: un regime generale applicabile ai «delitti» e un regime speciale riservato ai «crimini». Ma è molto riluttante a indicare quali saranno le differenze tra i due regimi alle quali pensa, in altri termini a indicare quale sarà lo speciale regime di responsabilità per crimini. Insiste solo su due punti: il regime di responsabilità per crimini si differenzierà da quello collegato a tutti gli altri fatti illeciti sia sotto il profilo del contenuto del rapporto di responsabilità (comporterà non solo l'obbligo di riparare il danno, ma anche la soggezione alla sanzione/contromisura) sia sotto quello dei soggetti tra cui intercorre (il rapporto intercorrerà non solo tra lo Stato autore del fatto illecito e lo Stato «direttamente» leso ma anche tra lo Stato autore del fatto illecito e tutti gli altri Stati). Con tutti gli Stati singolarmente presi? o con quella che Ago chiama «la comunità internazionale organizzata»? con le Nazioni Unite? Si prevederà la creazione di un meccanismo *ad hoc* di soluzione delle controversie? Ago nel rapporto tace. Vuole fare accettare gradualmente dai membri della Commissione – e poi, ovviamente, dagli Stati – l'idea che esiste (o che occorre prevedere?) uno speciale regime di responsabilità collegato ai fatti illeciti che la comunità internazionale considera più gravi, da Ago denominati «crimini internazionali».²²

Ma chi decide se un certo fatto illecito internazionale è un crimine e non un delitto? Come evitare che ogni singolo Stato sia libero di determinare se

²² Ago non era in realtà favorevole a consentire, in caso di crimini internazionali, reazioni decise individualmente da parte di ogni Stato, aveva in mente una reazione posta in essere da quella che chiamava «la comunità internazionale organizzata», in sostanza un perfezionamento del sistema di sanzioni delle Nazioni Unite.

un dato fatto illecito è un crimine o un delitto? Ago parla di due «garanzie» da introdurre nel progetto.

Prima garanzia: così come per la determinazione delle norme di *jus cogens*, spetterà alla «comunità internazionale nel suo insieme» stabilire se la violazione di un dato obbligo sia un crimine. Non basta che la maggioranza degli Stati consideri un crimine la violazione di un dato obbligo, occorre che questa maggioranza di Stati sia composta da Stati appartenenti a tutte le componenti essenziali della comunità internazionale (all'epoca: Stati occidentali, Stati socialisti e Stati del terzo mondo). Ossia occorre che per gli Stati appartenenti ai tre gruppi un dato fatto illecito costituisca un illecito particolarmente grave cui sono collegate conseguenze giuridiche speciali.

Seconda garanzia: occorre stabilire quale organismo («body») o quali organismi (non si tratta necessariamente dello stesso organismo per tutti i crimini) avranno il compito di accertare se si è in presenza di uno di questi fatti illeciti. E qui Ago accenna agli organi delle Nazioni Unite, ma non prende posizione; non nella sua qualità di relatore speciale nella Commissione del diritto internazionale, ma neppure in studi posteriori.

In seno alla Commissione il dibattito è vivace²³, ma al termine la Commissione adotta all'unanimità²⁴ il progetto di articolo 19 intitolato «crimini e delitti internazionali» che riprende, con qualche modifica, il testo dell'articolo 18 proposto da Ago.

Article 19. — *International crimes and international delicts*

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.

2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole, constitutes an international crime.

3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:

(a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;

²³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. I, pp. 7 ss., 55 ss., 239 ss. Per l'analisi di questo dibattito si rinvia a SPINEDI, *International Crimes of State*, cit., p. 23 ss.

²⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. I, p. 253. Si può solo notare che era assente lo statunitense Kearney.

(b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;

(c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2, constitutes an international delict.

Rispetto al testo proposto da Ago nel suo quinto rapporto, le principali differenze attengono all'indicazione nel par. 2 del criterio generale da seguire per individuare quali siano i crimini internazionali dello Stato (sono crimini internazionali quelli che la comunità internazionale nel suo insieme ritiene tali²⁵) e all'inserimento nel par. 3 di un elenco di «esempi» di crimini (“an international crime may result inter alia from...”): si indicano le varie categorie di obblighi la cui violazione grave può costituire un crimine internazionale (l'elenco non è tassativo) e al loro interno si individuano degli esempi di crimini (aggressione, dominio coloniale, schiavitù, genocidio, *apartheid*, inquinamento massiccio dell'atmosfera e dei mari). La formulazione dell'articolo è migliorata rispetto a quella proposta da Ago nel suo quinto rapporto. Pur debitrice anche dell'apporto di altri membri della Commissione, è anch'essa principalmente dovuta ad Ago e va considerata come espressione del suo pensiero.

Ago lascia la Commissione nel 1979 (a seguito della sua nomina a giudice della Corte internazionale di giustizia). Sotto la sua guida la Commissione ha predisposto il testo degli articoli della prima parte del Progetto (dedicata alle «origini della responsabilità internazionale», ovvero agli elementi del fatto illecito internazionale, alla complicità e alle circostanze escludenti l'illiceità). I progetti di articoli, incluso il progetto di articolo 19, sono approvati in prima lettura dalla Commissione nel 1980²⁶. La Commissione nomina quale nuovo relatore per la materia della responsabilità degli Stati Willem Riphagen incaricandolo della preparazione

²⁵ Si tratta, *mutatis mutandis*, della formula utilizzata nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 per designare le norme inderogabili.

²⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, vol. II, part two, p. 30 ss.

degli articoli della seconda (e eventuale terza) parte del Progetto. Il compito di determinare il contenuto della responsabilità per crimini internazionali e l'eventuale sistema di soluzione delle controversie passa in altre mani (quelle di Riphagen, quelle di Arangio-Ruiz e, infine, quelle di Crawford).

4. Conclusioni

Il *primo contributo* fornito da Ago al tentativo di codificazione dei crimini internazionali e delle loro conseguenze è quello di aver portato la Commissione del diritto internazionale a codificare le regole sulla responsabilità internazionale degli Stati quale che sia il contenuto dell'obbligo internazionale da essi violato (non solo quindi le regole sulla responsabilità per violazione degli obblighi relativi al trattamento degli stranieri, come era avvenuto all'epoca della Società delle Nazioni) e ad includere nella nozione di responsabilità internazionale degli Stati derivante dal compimento di un fatto illecito internazionale non solo l'obbligo di riparare il danno causato, ma anche l'eventuale soggezione a una sanzione (o contromisura).

Il *secondo contributo* è quello di aver portato la Commissione a indicare che esiste una categoria di obblighi particolarmente importanti, posti a tutela degli interessi fondamentali della comunità internazionale, la cui violazione dà luogo, in base al diritto internazionale generale, a conseguenze giuridiche diverse da quelle che fanno seguito a tutti gli altri fatti illeciti internazionali, diverse sia 1) sotto il profilo del soggetto che può far valere tale responsabilità (il rapporto di responsabilità si instaura in caso di compimento di un crimine internazionale anche con Stati diversi da quello «direttamente leso», si instaura con tutti gli Stati membri della comunità internazionale), sia 2) sotto il profilo del contenuto della responsabilità dello Stato autore del fatto illecito: a carico dello Stato non sorge solo l'obbligo di cessare l'illecito e riparare il danno causato (e il corrispondente diritto di un altro Stato di pretendere la cessazione e la riparazione del fatto illecito), ma anche l'eventuale soggezione alla sanzione/contromisura adottata dallo Stato o dagli Stati lesi (in altri termini, il ricorso alla sanzione/contromisura non è riservato alla sola ipotesi in cui lo Stato leso non abbia ottenuto la riparazione).

Il *terzo contributo* riguarda l'indicazione del criterio di cui avvalersi per giungere all'individuazione dei fatti illeciti internazionali degli Stati rientranti nella categoria dei fatti illeciti particolarmente gravi cui si collega un diverso e più severo regime di responsabilità, ciò pur senza giungere a elencare con precisione tali fatti: deve esserci l'accordo della «comunità internazionale nel suo insieme». La Commissione, sotto la guida di Ago, giunge a individuare

quattro «categorie» di obblighi nel cui ambito si rinvencono quelli la cui violazione può costituire un crimine (obblighi di importanza essenziale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, per la salvaguardia del diritto dei popoli all'autodeterminazione, per la salvaguardia dell'essere umano, e per la salvaguardia dell'ambiente umano) e a fornirne degli «esempi»: il divieto di aggressione, il divieto di istituzione o mantenimento di un dominio coloniale, il divieto di schiavitù, di genocidio e di *apartheid*, e il divieto di inquinamento massiccio dell'atmosfera o del mare. Anche se nel progetto adottato definitivamente dalla Commissione nel 2001 non sono stati inseriti «esempi» di crimini internazionali, è ai fatti illeciti menzionati nell'art. 19 del progetto adottato in prima lettura nel 1980 che ci si riferisce in genere ancora oggi quando si parla di crimini internazionali degli Stati.

Il *quarto contributo* attiene all'uso del termine «crimini internazionali» («international crimes»/«crimes internationaux») per designare questi fatti illeciti degli Stati particolarmente gravi. Ad essi Ago contrappone il termine «delitti internazionali» («international delicts»/«délits internationaux») per indicare tutti gli altri fatti illeciti. Si assiste allo «sdoganamento» di una terminologia in precedenza considerata inutilizzabile in materia di responsabilità internazionale degli Stati in quanto ritenuta collegata all'esistenza di un ente centralizzato deputato a irrogare la pena. Anche se nel progetto adottato dalla Commissione nel 2001 il termine «crimine» non compare più (è sostituito da quello di «violazione grave di un obbligo posto da una norma di *jus cogens* di diritto internazionale generale», cfr. art. 40), esso è divenuto ormai di uso corrente.

Dove invece *il contributo di Ago resta limitato* è in quello che è specificamente oggetto del dibattito in questo Convegno, ovvero quale sia il contenuto del regime speciale di responsabilità dello Stato autore di un crimine internazionale e quale sia il sistema di soluzione delle controversie attinenti all'esistenza di un crimine internazionale da contemplare in una eventuale convenzione di codificazione. Si tratta del compito più arduo.

Giuseppe Palmisano

*Le proposte elaborate dal Rapporteur Gaetano Arangio-Ruiz
sull'accertamento e le conseguenze delle violazioni più gravi del
diritto internazionale, tra continuità e innovazione*

SOMMARIO: 1. Il contesto di partenza: le proposte di Riphagen sulle conseguenze dei crimini, tra responsabilità *erga omnes*, ruolo della 'comunità internazionale organizzata' e competenze del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite – 2. L'approccio proposto da Arangio-Ruiz: in particolare, la dialettica bilaterale tra lo Stato titolare dell'obbligo violato e gli Stati titolari dei diritti soggettivi corrispondenti e l'aggravamento delle conseguenze sostanziali dell'illecito – 3. Il meccanismo procedurale e istituzionale proposto da Arangio-Ruiz per il ricorso a contromisure 'aggravate' da parte della generalità degli Stati – 4. La rinuncia della CDI alle proposte del Relatore speciale sulle procedure di concertazione e accertamento giurisdizionale necessarie per il ricorso a contromisure 'aggravate' in reazione a un crimine internazionale – 5. A mo' di conclusione: i limiti intrinseci nella posizione di Arangio-Ruiz e la possibile rivalutazione delle sue proposte in un contesto di 'ripensamento' della codificazione della responsabilità degli Stati.

1. Il contesto di partenza: le proposte di Riphagen sulle conseguenze dei crimini, tra responsabilità erga omnes, ruolo della 'comunità internazionale organizzata' e competenze del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite

I rapporti di Gaetano Arangio-Ruiz alla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite (CDI), negli anni dal 1993 al 1996, hanno segnato un momento importante nella vicenda della codificazione delle conseguenze giuridiche delle più gravi violazioni del diritto internazionale¹.

¹ La questione delle conseguenze dei crimini è stata affrontata dal Relatore speciale nei seguenti rapporti: G. ARANGIO-RUIZ, *Fifth Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/453 e Add. 1-3, paragrafi 109-269, p. 30 ss.; *Sixth Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/461 e Add. 1-3, paragrafi 94-113, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1994, vol. II, part one, pp. 18-20; *Seventh Report on State Responsibility*,

E questo sia in positivo che in negativo.

In positivo, nel senso che Arangio-Ruiz ha tentato di enucleare e organizzare in modo sistematico le tante e complesse questioni giuridiche che si pongono quando si tratta di formulare un regime di responsabilità aggravata per quelle violazioni degli Stati che mettono seriamente in gioco gli interessi fondamentali della cosiddetta comunità internazionale, le si chiami 'crimini' oppure no, suscitando un dibattito non estemporaneo su questo tema in seno alla CDI e anche fuori.

In negativo, nel senso che proprio l'emersione di tutti questi problemi, e le soluzioni – soprattutto di carattere procedurale e istituzionale – innovative e articolate, proposte da Arangio-Ruiz hanno contribuito a determinare un'*impasse* nella codificazione delle conseguenze dei crimini. Sia all'interno della Commissione del diritto internazionale, sia nelle reazioni degli Stati in Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Per poter comprendere quale sia stato il significato del contributo di Arangio-Ruiz in questa materia è peraltro necessario considerare che le sue proposte vennero a inserirsi in un contesto in parte già dato, in un solco già tracciato dalle posizioni che erano emerse in proposito nel periodo in cui si erano occupati della materia, in seno alla CDI, Roberto Ago, prima, e poi, con attenzione proprio alle conseguenze dei crimini internazionali, il relatore speciale Wilhem Riphagen. Arangio non ha infatti potuto non tener conto della base di partenza da cui doveva muovere.

Quanto alle idee di Ago e al loro parziale accoglimento nel contesto dei lavori della CDI, rinviamo allo scritto, presente in questo volume, di Marina Spinedi², nonché agli altri preziosissimi scritti dedicati a questo tema dalla medesima autrice³.

Direi pertanto di partire proprio dal diretto predecessore di Arangio-Ruiz nel ruolo di Relatore speciale sulla responsabilità degli Stati, ossia dalle proposte di Riphagen e dalle reazioni che queste suscitarono in seno alla CDI.

Innanzitutto, con Riphagen, la questione della formulazione di un regime 'speciale' di conseguenze aggravate per le più gravi violazioni del diritto internazionale viene chiaramente posta in termini non già di codificazione della *lex lata*, ossia come mera rilevazione di un regime che

UN doc. A/CN.4/469 e Add. 1-2; *Eighth Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/476, paragrafi 1-46.

² V. SPINEDI, *Il contributo di Roberto Ago al tentativo di codificazione dei crimini internazionali*.

³ In particolare, SPINEDI, *Les crimes internationaux de l'Etat dans les travaux de codification de la responsabilité des Etats entrepris par les Nations Unies*, San Domenico di Fiesole, European University Institute, 1984.

sarebbe stato già presente nella prassi internazionale e nelle convinzioni giuridiche degli Stati, bensì in una prospettiva, come si dice, *de lege ferenda* e di sviluppo progressivo del diritto internazionale. Un po' da inventare insomma.

In secondo luogo, l'idea di Riphagen era che ogni grave violazione – ogni crimine (di quelli indicati negli esempi dell'allora art. 19 della prima parte del progetto)⁴ – avrebbe in realtà fatto storia a sé, dal punto di vista delle conseguenze che ne derivano; e che per la CDI il lavoro di sviluppo progressivo sarebbe pertanto dovuto consistere nel proporre, nel progetto di articoli, soltanto un minimo di elementi che, nel regime della responsabilità internazionale, fosse comune ai vari e diversi crimini, lasciando aperta la questione delle eventuali conseguenze tipiche di ciascun crimine, o rinviando al contenuto di queste conseguenze tipiche quale individuato da strumenti internazionali generali che già le prevedevano. A quest'ultimo proposito, il riferimento di Riphagen era chiaramente al crimine di aggressione, alla legittima difesa, al sistema delle misure armate e non armate previste dal Capitolo VII della Carta ONU, e ai poteri del Consiglio di sicurezza⁵.

Nel merito degli elementi comuni ai vari crimini, dal punto di vista della responsabilità, Riphagen si muove nella direzione risultante dalle indicazioni che erano già emerse in seno alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale; in particolare, sotto due profili.

Da una parte, 'depenalizzare', per così dire, il regime della responsabilità internazionale, anche per il caso di crimini. Le proposte di Riphagen evitano, cioè, qualsiasi connotazione o elemento punitivo, qualsiasi formulazione che suggerisca l'imposizione di una sofferenza fine a sé stessa, in capo allo Stato responsabile, che derivi vuoi da aggravamenti nel contenuto delle

⁴ Si ricordi che secondo il paragrafo 3 dell'art. 19 adottato in prima lettura dalla CDI: «[...] On the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from: a) a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting *aggression*; b) a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting *the establishment or maintenance by force of colonial domination*; c) a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting *slavery, genocide and apartheid*; d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting *massive pollution of the atmosphere or of the seas*» (il corsivo è nostro).

⁵ W. RIPHAGEN, *Fourth Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/366 e Add. 1, paragrafi 58 e 67, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1983, vol. II, part one, pp. 11 e 13; e *Sixth Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/389, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1985, vol. II, part one, pp. 13-14, commento all'art. 14.

conseguenze sostanziali (riparazione e soddisfazione), vuoi dal ricorso a contromisure adottate da Stati *uti singuli*, al di fuori di eventuali decisioni prese dalla comunità internazionale organizzata. Anche in caso di crimini, le contromisure unilaterali degli Stati andrebbero infatti sempre considerate soltanto funzionali alla riparazione, intesa *lato sensu*, funzionali cioè a ottenere la piena attuazione degli obblighi sostanziali di responsabilità da parte dello Stato autore della violazione⁶.

A tal riguardo, Riphagen introduce però una distinzione fra i vari Stati che risultano in qualche modo lesi dalla commissione di un crimine internazionale; ossia – in pratica – fra tutti gli Stati del mondo, dato che si tratta di violazioni di obblighi *erga omnes*.

In questo senso, Riphagen distingue la posizione della vittima principale – o Stato *direttamente leso* – da un crimine, da quella della generalità degli Stati, *indirettamente lesi*. Il primo Stato sarebbe titolare della pienezza delle situazioni giuridiche spettanti a un soggetto i cui diritti siano stati violati, ivi compresa la facoltà di ricorrere a contromisure. Per gli altri Stati la situazione sarebbe diversa. Tali Stati, se lesi soltanto in quanto membri della comunità internazionale, potrebbero pretendere unilateralmente, secondo Riphagen, l'adempimento di una parte degli obblighi sostanziali di responsabilità ad opera dello Stato autore dell'illecito: gli obblighi, cioè, di cessazione dell'illecito, di restituzione, e di garanzie di non ripetizione. Essi però, nel caso in cui non avessero subito alcun danno materiale, non potrebbero avanzare pretese di risarcimento in denaro, neppure in favore dello Stato direttamente leso⁷.

Inoltre, gli Stati indirettamente lesi avrebbero potuto ricorrere a contromisure soltanto dopo e nel quadro di una decisione collettiva presa, in modo non meglio precisato, dalla comunità internazionale organizzata⁸.

Riphagen, in linea con alcune indicazioni già emerse in seno alla CDI e in Sesta Commissione dell'Assemblea generale, pensava in proposito che il sistema del Capitolo VII della Carta ONU, concepito in realtà non per fini di garanzia del diritto, ma per fini di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, avrebbe potuto facilmente espandersi aldilà del caso del crimine di aggressione o di una violazione della pace, e che avrebbe

⁶ Sul punto cfr. RIPHAGEN, *Second Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/344, par. 35, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1981, vol. II, part one, p. 83; e *Third Report on State Responsibility*, doc. A/CN.4/354, par. 140, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1982, vol. II, part one, p. 45.

⁷ RIPHAGEN, *Preliminary Report on State Responsibility*, doc. A/CN.4/330, par. 40, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1980, vol. II, part one, pp. 114-115; nonché il suo intervento riportato in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1984, vol. I, p. 317.

⁸ RIPHAGEN, *Sixth Report*, cit., commento al progetto di art. 14, par. 10, pp. 13-14.

potuto essere il Consiglio di sicurezza ad adottare di volta in volta le misure collettive da prendere nei confronti dello Stato responsabile di un crimine internazionale; di qualsiasi tipo di crimine si fosse trattato⁹.

Infine, per garantire un minimo di certezza e di efficacia alla reazione a un crimine da parte della generalità degli Stati indirettamente lesi, Riphagen evidenziava come questi Stati sarebbero comunque tenuti a osservare alcuni comportamenti comuni di non riconoscimento della situazione generata dal crimine, di non assistenza allo Stato responsabile nel mantenimento di tale situazione, e di solidarietà reciproca nell'impegno al ripristino dello *status quo ante*¹⁰.

Di fronte a questa impostazione, la reazione della CDI fu solo in parte positiva. In particolare, risultò confermata, come esigenza condivisa dai membri della Commissione, quella di consentire, in caso di un crimine internazionale, una reazione concertata e coordinata di tutti gli Stati – e non lasciata al disordine di iniziative unilaterali –; questo per garantire una maggiore efficacia in vista di ottenere sia una piena riparazione dei danni prodotti dalla commissione di un crimine, sia l'effettivo rispetto per il presente e il futuro di norme poste a tutela di un interesse comune di tutti gli Stati. E le Nazioni Unite, in particolare il sistema di sicurezza collettiva previsto dal Capitolo VII della Carta, vengono visti come il contesto in cui la concertazione necessaria può realizzarsi, almeno in teoria, in modo soddisfacente¹¹.

D'altro canto, suscitò invece molte perplessità la non chiara distinzione tra Stati direttamente e indirettamente lesi, e il rischio conseguente che molti Stati potessero di volta in volta ergersi a Stati direttamente lesi e ricorrere unilateralmente a contromisure contro lo Stato responsabile, al di fuori di decisioni concertate dalla comunità internazionale. Con rischi di abusi, pericoli per la pace, e anche di impunità per certi Stati più 'intoccabili' degli altri, nei casi in cui siano proprio tali Stati a porsi contro i principi fondamentali della legalità internazionale.

⁹ Cfr. RIPHAGEN, *Fourth Report*, cit., pp. 12 e 13, paragrafi 63-70, e *Sixth Report*, cit., p. 14.

¹⁰ RIPHAGEN, *Fourth Report*, cit., paragrafi 59-63, pp. 11-12.

¹¹ Per un riepilogo puntuale del dibattito in CDI su questo aspetto delle proposte di Riphagen, si veda A. GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 717-719.

2. L'approccio proposto da Arangio-Ruiz: in particolare, la dialettica bilaterale tra lo Stato titolare dell'obbligo violato e gli Stati titolari dei diritti soggettivi corrispondenti e l'aggravamento delle conseguenze sostanziali dell'illecito

In questa situazione interlocutoria e non priva di ambiguità concettuali, s'inseriscono le proposte e il lavoro di approfondimento offerti da Arangio-Ruiz.

Non è facile sintetizzare efficacemente gli aspetti più rilevanti nella posizione di Arangio.

Innanzitutto, sul piano dell'approccio metodologico, Arangio-Ruiz, pur riconoscendo nella prassi dati non trascurabili nel senso dell'emergere di forme aggravate di responsabilità nei confronti degli Stati che commettono violazioni qualificabili come crimini internazionali, ritiene (come Riphagen) che la materia si presti a un lavoro non già di codificazione dell'esistente, ma piuttosto di sviluppo progressivo, volto a orientare la prassi degli Stati verso soluzioni minimamente uniformi e non troppo primitive¹².

In secondo luogo, Arangio-Ruiz esprime la convinzione che un crimine internazionale determini bensì una responsabilità *erga omnes*, senza intendere però quest'espressione nel senso di una responsabilità che sorga nei confronti dell'insieme degli Stati del mondo, indifferenziatamente considerati, né tanto meno nei confronti di una non meglio identificata 'Comunità internazionale', in nome e per conto della quale ciascuno Stato avrebbe titolo a pretendere il rispetto di certe norme e ad adottare forme di reazione in caso di violazione degli obblighi da queste posti.

Per spiegare i rapporti giuridici conseguenti alla commissione di un crimine, Arangio si mantiene piuttosto nei termini di una tradizionale dialettica bilaterale tra situazioni giuridiche soggettive, tra obbligo e corrispondente diritto; o, meglio, tra lo Stato su cui grava l'obbligo violato, da una parte, e dall'altra lo Stato, o gli Stati distinti, titolari del diritto soggettivo corrispondente all'obbligo violato. Seguendo questa impostazione, Arangio-Ruiz ritiene che anche la responsabilità *erga omnes*, determinata dalla commissione di un crimine internazionale, andrebbe intesa nel senso della lesione di un vero e proprio diritto soggettivo di tutti e di ciascuno Stato. Ogni Stato del mondo (diverso dall'autore del crimine) sarebbe pertanto soggettivamente leso da un crimine internazionale. E sarebbe quindi impropria e fuorviante la distinzione, proposta da Riphagen, tra Stati direttamente e indirettamente lesi.

Piuttosto, a seconda della modalità di commissione di un crimine,

¹² ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., par. 6.

del tipo di obbligo violato, degli effetti pregiudizievoli causati, gli Stati potrebbero trovarsi, secondo Arangio, in una situazione differente fra loro rispetto al crimine e all'autore della violazione. Possono essere, cioè, *differentemente lesi*: aver subito o meno danni materiali; aver subito un numero maggiore o minore di violazioni di propri diritti, trovarsi in una situazione più o meno a rischio dal punto di vista della commissione di ulteriori violazioni; e così via.

Tutti gli Stati, dunque, ma non tutti allo stesso modo, avrebbero titolo *uti singuli* ad avanzare proprie pretese nei confronti dello Stato responsabile, nonché se del caso a ricorrere a contromisure 'ordinarie', per ottenere l'attuazione degli obblighi sostanziali di responsabilità¹³.

Va peraltro segnalato, a questo proposito, che l'ammissibilità del ricorso unilaterale a contromisure 'ordinarie' in caso di crimini internazionali, riconosciuta da Arangio-Ruiz in capo a ogni Stato diverso dallo Stato autore della violazione, e i rischi inerenti a una simile dinamica di reazione all'atto internazionalmente illecito di un altro Stato, trovavano un temperamento molto significativo nei limiti e nelle condizioni cui il Relatore speciale intendeva sottoporre il ricorso a *qualsiasi* contromisura 'ordinaria' unilaterale, qualunque fosse il tipo o la gravità della violazione commessa dallo Stato autore dell'illecito.

Anche per le contromisure 'ordinarie' in caso di illeciti comuni, Arangio proponeva infatti sia il limite derivante dal diritto, spettante allo Stato che fosse bersaglio di contromisure già adottate, di avviare unilateralmente una procedura di arbitrato (arbitrato c.d. obbligatorio), per bloccare l'attuazione delle contromisure e accertare la loro eventuale illegittimità, sia la condizione consistente nell'onere, per lo Stato leso che intendesse ricorrere a contromisure, di esperire previamente la via del negoziato, nonché gli altri metodi di regolamento delle controversie previsti da norme internazionali applicabili ai rapporti tra tale Stato e lo Stato presunto autore della violazione¹⁴.

Fin qui la responsabilità per crimini non sembrerebbe dunque differire

¹³ ARANGIO-RUIZ, *Fifth Report*, cit., par. 168, p. 43, e *Seventh Report*, cit., par. 35. Per questa ricostruzione di Arangio della posizione degli Stati diversi dallo Stato autore dell'illecito anche in caso di violazione 'ordinaria' di obblighi *erga omnes*, v. *Fourth Report on State Responsibility*, paragrafi 127-151, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II, part one, pp. 43-49.

¹⁴ Su questi aspetti del regime previsto per il ricorso a contromisure in caso di illeciti 'comuni' nelle proposte di Arangio-Ruiz, accolte nel progetto di articoli adottato in prima lettura, nel 1996, dalla Commissione del diritto internazionale, v. da ultimo G. PALMISANO, *Responsabilità degli Stati e obblighi di regolamento delle controversie: l'occasione mancata dalla Commissione del diritto internazionale*, in «Rivista di diritto internazionale», 2022, pp. 459-461, nonché già, più ampiamente, GIANELLI, *Adempimenti preventivi*, cit., pp. 65-90.

significativamente, nella visione di Arangio-Ruiz, dal tipo di responsabilità originata dalla violazione comune di obblighi *erga omnes*. Le cose stanno tuttavia in modo parzialmente diverso.

La maggiore gravità dei crimini — legata all'importanza degli interessi tutelati dalla norma primaria violata e alle modalità della violazione — determinerebbe infatti, secondo Arangio-Ruiz, alcune conseguenze aggiuntive o speciali, rispetto al regime ordinario di responsabilità.

In questa direzione Arangio, allontanandosi da Riphagen e riavvicinandosi in qualche modo alle posizioni di Ago, pur cercando di non sconfinare in una dimensione 'penalistica' di trattamento dello Stato responsabile, individua e propone a carico di quest'ultimo alcune conseguenze sostanziali *aggravate* rispetto a quelle che sorgono in caso di illeciti ordinari.

L'aggravamento riguarderebbe in particolare i contenuti delle forme di responsabilità consistenti nella restituzione, nella soddisfazione e nelle garanzie di non ripetizione. E consisterebbe precisamente nel venir meno di alcune attenuazioni (*mitigations*) di tali forme di responsabilità. Cadrebbero quindi, in caso di crimine internazionale, il limite della eccessiva onerosità per l'obbligo di restituzione, e i limiti del rispetto della dignità e della sovranità interna per la soddisfazione e le garanzie di non ripetizione. Tutti gli Stati potrebbero pertanto insistere nel pretendere, dallo Stato responsabile, restituzione, soddisfazione e garanzie di non ripetizione in modo più che pieno, senza *mitigations*¹⁵.

A ciò andrebbero infine aggiunti gli obblighi per tutti gli Stati di cooperazione, di non riconoscimento, e di non assistenza allo Stato responsabile di un crimine internazionale, che Arangio — in continuità con quanto proposto da Riphagen e già suggerito da Ago — sviluppa e articola nelle sue proposte in modo preciso e dettagliato, per meglio assicurare una reazione davvero diffusa e di qualche efficacia da parte della generalità degli Stati rispetto a violazioni di tale gravità¹⁶.

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., paragrafi 12-33.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., paragrafo 139, in particolare il testo del progetto di art. 18.1: «Where an internationally wrongful act is an international crime, all States shall [...]: a) refrain from recognizing as legal or valid, under international or national law, the situation created by the international crime; b) abstain from any act or omission which may assist the wrongdoing State in maintaining the said situation; c) assist each other in carrying out their obligations under subparagraphs a) and b) and, in so far as possible, coordinate their respective reactions through available international bodies or ad hoc arrangements; d) refrain from hindering in any way, by act or omission, the exercise of the rights or powers provided for in articles 16 and 17; e) fully implement the *aut dedere aut iudicare* principle, with respect to any individuals accused of crimes against peace and security of mankind the commission of which has brought about the international crime of the State or contributed

3. *Il meccanismo procedurale e istituzionale proposto da Arangio-Ruiz per il ricorso a contromisure 'aggravate' da parte della generalità degli Stati*

Orbene, *proprio e soltanto* per quanto riguarda i contenuti 'aggravati' della responsabilità derivante dalla commissione di un crimine internazionale – ossia, per la titolarità diffusa in capo a ogni Stato del diritto di pretendere l'adempimento di forme di restituzione, di soddisfazione e di garanzie di non ripetizione particolarmente pesanti e intrusive, e di ricorrere a contromisure per ottenere tale adempimento – Arangio riteneva (in linea peraltro con una convinzione già emersa, come s'è detto, in seno alla CDI) che tale diritto soggettivo *non* potesse essere esercitato in modo discrezionale e disordinato dai vari Stati, con rischi di abusi e inefficienze, ma che esso dovesse essere esercitato in modo da risultare quanto più possibile oggettivamente corretto e funzionale alla tutela dell'interesse comune leso dal crimine.

È su questo aspetto che le proposte procedurali del Relatore speciale sono state percepite come troppo problematiche e irrealistiche, incontrando una resistenza decisiva in seno alla Commissione del diritto internazionale.

In particolare, Arangio era dell'idea che, *per le sole contromisure legate all'adempimento degli obblighi aggravati di responsabilità* sorgenti in caso di crimine di uno Stato, ogni altro Stato avrebbe bensì potuto ricorrervi, ma *soltanto* dopo una *previa manifestazione di grave preoccupazione* della cosiddetta comunità internazionale, derivante dal sentimento di trovarsi di fronte a un crimine internazionale, e dopo un *previo accertamento obiettivo della gravità della violazione commessa, e della legittimità di ricorrere a certe contromisure per farvi fronte*. A tali contromisure aggravate la generalità degli Stati non avrebbe, invece, potuto legittimamente ricorrere sulla base di mere valutazioni unilaterali dello Stato che intendesse reagire (cosa che, secondo Arangio, sarebbe stata invece possibile per tutti gli Stati, in caso di crimine come di altre violazioni *minoris generis* di obblighi *erga omnes*, nella misura in cui si fosse trattato di contromisure 'ordinarie', meno intrusive e funzionali all'attuazione di forme 'semplici' di restituzione, di soddisfazione e di garanzie di non ripetizione).

Per realizzare dinamicamente una simile ideazione, Arangio-Ruiz ritenne innanzitutto necessario mettere da parte la possibilità di fare riferimento al

thereto; f) take part, jointly or individually, in any lawful measures decided or recommended by any international organization of which they are members against the State which has committed or is committing the international crime; g) facilitate, by all possible means, the adoption and implementation of any lawful measures intended to remedy any emergency situations caused by the international crime».

meccanismo di sicurezza collettiva previsto dal Capitolo VII della Carta e ai poteri del Consiglio di sicurezza. Questo meccanismo, istituito e consegnato dagli Stati per svolgere la funzione di intervenire là dove la pace e la sicurezza internazionale sono messe in pericolo, al fine di ripristinare la pace e la sicurezza, e non per accertare la commissione di fatti illeciti e le forme di responsabilità che ne conseguono, presenterebbe infatti – secondo Arangio – l'inconveniente decisivo che il Consiglio di sicurezza, in quanto organo politico, per di più condizionato dalla posizione di privilegio di un numero esiguo di grandi Potenze, non rappresenterebbe in alcun modo un'istanza idonea ad accertare e attuare imparzialmente il diritto, neppure in caso di crimine internazionale¹⁷.

Pertanto, Arangio proponeva di coinvolgere piuttosto, con vari ruoli e in varie fasi, sia entrambi gli organi politici delle Nazioni Unite, sia la Corte internazionale di giustizia, in un meccanismo che, nelle sue linee essenziali, si sarebbe dovuto configurare nel modo seguente:

- Innanzitutto, qualora uno o più Stati avessero voluto dare attuazione al regime aggravato di responsabilità da crimine, e in particolare ricorrere a contromisure per ottenere dallo Stato responsabile l'attuazione di forme pesanti e intrusive di restituzione, soddisfazione e garanzie di non ripetizione, essi avrebbero dovuto denunciare previamente o all'Assemblea generale o al Consiglio di Sicurezza (sulla base del Capitolo VI della Carta) il caso in questione, chiedendo all'organo interessato di prendere posizione sulla gravità del caso stesso.

- Se con maggioranza qualificata, l'uno o l'altro organo si fossero pronunciati nel senso di esprimere grave preoccupazione per la situazione denunciata, allora qualsiasi Stato – ivi compreso lo Stato, per così dire, accusato – avrebbe avuto il diritto di adire con *requête* unilaterale la Corte internazionale di giustizia, chiedendole di accertare se fosse stato commesso un crimine internazionale, tale da determinare l'ammissibilità del ricorso a certe contromisure da parte della generalità degli Stati. La risoluzione dell'Assemblea generale o del Consiglio di sicurezza avrebbe dunque

¹⁷ ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., paragrafi 94-98 e 129; *Eighth Report*, cit. paragrafi 42-46. Sui rapporti fra diritto della responsabilità degli Stati e sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, e sulla necessità di tener ben distinti i due piani, anche al fine di non attribuire impropriamente al Consiglio di sicurezza ruoli di giudice o legislatore, che statutariamente non gli appartengono e per i quali sarebbe 'costituzionalmente' inidoneo, Arangio-Ruiz ha continuato a insistere, sul piano scientifico, successivamente alla fine della sua esperienza in qualità di Relatore della CDI. Cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *On the Security Council's 'Law Making'*, in «Rivista di diritto internazionale», 2000, p. 609 ss. e *Article 39 of the ILC First-Reading Draft Articles on State Responsibility*, *ibidem*, p. 747 ss.

configurato il *jurisdictional link* necessario per il sorgere della competenza della Corte nel caso concreto.

- E poi, solo in caso di pronuncia affermativa della Corte internazionale di giustizia, ogni Stato avrebbe legittimamente potuto procedere a dare attuazione al regime aggravato di responsabilità, avanzando le pretese più pesanti e intrusive di cui s'è detto, e ricorrendo a contromisure per ottenere che gli obblighi sostanziali aggravati fossero pienamente adempiuti¹⁸.

Restava peraltro ammesso, per Arangio, che anche prima di innescare un simile iter procedurale e a prescindere da esso, ogni Stato, in quanto leso da un illecito *erga omnes*, quale in effetti è un crimine internazionale, avrebbe comunque potuto fare, a titolo di contromisura 'ordinaria', quanto previsto per uno Stato leso da una violazione comune, da un mero delitto, nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste da questa ipotesi, ivi compreso il ricorso a *urgent, interim measures*, per proteggere i propri diritti o limitare i danni che la violazione gli stesse causando¹⁹.

Infine, tutto il meccanismo in questione avrebbe dovuto funzionare,

¹⁸ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., par. 139, in particolare il testo del progetto di art. 19: «1) Any State member of the United Nations Party to the present Convention claiming that an international crime has been or is being committed by one or more States shall bring the matter to the attention of the General Assembly or the Security Council of the United Nations in accordance with Chapter VI of the United Nations Charter. 2) If the General Assembly or the Security Council resolves by a qualified majority of the Members present and voting that the allegation is sufficiently substantiated as to justify the grave concern of the international community, any Member State of the United Nations Party to the present Convention, including the State against which the claim is made, may bring the matter to the International Court of Justice by unilateral application for the Court to decide by a judgement whether the alleged international crime has been or is being committed by the accused State. 3) The qualified majority referred to in the preceding paragraph shall be, in the General Assembly, a two-thirds majority of the members present and voting, and in the Security Council, nine members present and voting including permanent members, provided that any members directly concerned shall abstain from voting. 4) In any case where the International Court of Justice is exercising its competence in a dispute between two or more Member States of the United Nations Parties to the present Convention, on the basis of a title of jurisdiction other than paragraph 2 of the present article, with regard to the existence of an international crime of State, any other Member State of the United Nations which is a party to the present Convention shall be entitled to join, by unilateral application, the proceedings of the Court for the purpose of paragraph 5 of the present article. 5) A decision of the International Court of Justice that an international crime has been or is being committed shall fulfil the condition for the implementation, by any Member State of the United Nations Party to the present Convention, of the special or supplementary legal consequences of international crimes of States as contemplated in article 16, 17 and 18 of the present Part».

¹⁹ Così ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., paragrafo 139, in particolare il progetto di art. 17, paragrafo 2.

secondo Arangio-Ruiz, in modo autonomo e separato rispetto al sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite, e non avrebbe dovuto interferire con l'esercizio da parte del Consiglio di sicurezza dei poteri ad esso assegnati dal Capitolo VII della Carta. Nulla avrebbe infatti impedito al Consiglio di adottare discrezionalmente, in qualsiasi momento, le misure idonee a ristabilire la pace e la sicurezza, qualora ciò si fosse reso necessario a seguito di un crimine internazionale o in connessione con questo.

Da notare è come, in questa ideazione di Arangio-Ruiz, venisse in evidenza l'attribuzione di un ruolo fondamentale alla Corte internazionale di giustizia. In ragione della sua natura di principale organo giurisdizionale internazionale, la Corte avrebbe infatti rappresentato, per Arangio, l'istanza più idonea sia a valutare se avesse o meno un fondamento il 'sentimento' di uno o più Stati che un crimine internazionale fosse stato commesso, sia – in caso positivo – ad accertare l'insorgere del diritto diffuso nella generalità degli Stati di adottare nei confronti dello Stato responsabile i rimedi aggravati che un crimine avrebbe giustificato.

Per incidere effettivamente sulla dinamica delle relazioni internazionali originata dalla commissione di un crimine, e al fine di evitare il concretizzarsi dei rischi e degli abusi legati alla discrezionalità e all'unilateralismo degli Stati, il pronunciamento della Corte sarebbe però dovuto intervenire, secondo Arangio, non già 'a cose fatte' (cioè a reazione avvenuta, per verificare *ex post* se e in qual misura fosse stata legittima una determinata reazione, o se – invece – non fosse addirittura stato commesso alcun crimine), bensì *prima* del concretizzarsi della reazione aggravata, come vera e propria condizione di legittimità formale di questa²⁰.

4. La rinuncia della CDI alle proposte del Relatore speciale sulle procedure di concertazione e accertamento giurisdizionale necessarie per il ricorso a contro-misure 'aggravate' in reazione a un crimine internazionale

Com'è noto, tutto questo articolato meccanismo proposto da Arangio-Ruiz ha trovato forti resistenze in seno alla CDI, e le disposizioni relative non sono state approvate in prima lettura; così come non è stata neppure approvata la proposta di 'arbitrato obbligatorio' in caso di contro-misure da mero delitto, di cui ho detto poc'anzi.

I motivi delle resistenze sono stati vari, e non sempre fondati su una

²⁰ ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report*, cit., paragrafi 103-112.

lettura attenta delle proposte di Arangio.

Essenzialmente, ci si preoccupava del fatto che le soluzioni proposte avrebbero comportato un impatto problematico sulle competenze e il modo di funzionamento degli organi principali delle Nazioni Unite, l'Assemblea generale e il Consiglio di sicurezza. Per altro verso, si evocava la nota riluttanza degli Stati a sottoporsi alla giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia per questioni delicate e politicamente importanti. Per altro verso ancora, si diceva che si sarebbe trattato di una procedura troppo lunga e macchinosa per poter risultare efficace e garantire la tempestività di reazione necessaria rispetto a violazioni così gravi del diritto internazionale. E ancora – e forse soprattutto – che il funzionamento di un simile meccanismo avrebbe inevitabilmente intralciato l'esercizio dei poteri del Consiglio di sicurezza, imbrigliando le mani alla volontà politica degli Stati, e soprattutto degli Stati membri permanenti del Consiglio²¹.

Sta di fatto che, nel 1996, la Commissione non volle rischiare, e non adottò le proposte di Arangio, né alcun'altra soluzione istituzionale o procedurale alternativa riguardante il regime di responsabilità originato da un crimine internazionale²².

Ciononostante, e malgrado le richieste di qualche membro della Commissione di mettere definitivamente da parte l'intera questione della responsabilità da crimine, la CDI si pronunciò ancora una volta nel senso di ritenere necessaria la predisposizione di un regime più severo per le violazioni più gravi, e adottò con qualche lieve modifica gli *aggravamenti sostanziali* proposti da Arangio e il *conseguente aggravamento del regime di contromisure*, senza però più filtri procedurali di sorta.

Finì così per passare una formulazione secondo la quale tutti gli Stati, essendo lesi da un crimine internazionale, avrebbero potuto unilateralmente e disordinatamente ricorrere a contromisure nei confronti dello Stato presunto

²¹ Per una sintesi del dibattito in seno alla CDI sulla proposta procedurale e 'istituzionale' di Arangio-Ruiz, cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-seventh Session*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1995, vol. II, part two, pp. 54-60; *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1996, vol. II, part two, pp. 57-73. Per le precisazioni portate da Arangio-Ruiz in risposta ai rilievi avanzati dai membri della CDI, si veda inoltre ARANGIO-RUIZ, *Eighth Report*, cit., paragrafi 1-46.

²² I membri della CDI Eiriksson e Pellet avevano ad esempio presentato, in alternativa al meccanismo istituzionale delineato da Arangio-Ruiz, una proposta che attribuiva un ruolo, in caso di controversie riguardanti un crimine internazionale o le sue conseguenze, a una commissione di conciliazione e, in caso di fallimento della conciliazione, prevedeva un arbitrato esperibile in via unilaterale (cfr. UN doc. A/CN.4/SR. 2457 e 2459, 11 e 12 luglio 1996, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1996, vol. I, p. 180 ss.).

responsabile, per ottenere l'attuazione degli obblighi di responsabilità, seppur nel rispetto delle condizioni procedurali e dei limiti previsti per le contromisure in caso di illeciti ordinari²³. Una soluzione, a ben vedere, poco coerente col cammino e l'impostazione seguiti fino a quel momento dalla CDI in materia di violazioni di obblighi a tutela di fondamentali valori comuni; una soluzione piuttosto primitiva e pericolosa, e in realtà non gradita ad alcuno, né fra i membri della Commissione, né fra gli Stati in Sesta Commissione dell'Assemblea generale²⁴.

²³ Il testo delle disposizioni sulle conseguenze dei crimini, adottate in prima lettura dalla CDI nel 1996, è il seguente:

«Article 51. *Consequences of an International crime.* An international crime entails all the legal consequences of any other internationally wrongful act and, in addition, such further consequences as are set out in articles 52 and 53.

Article 52. *Specific consequences.* Where an internationally wrongful act of a State is an international crime: *a)* an injured State's entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs *c)* and *d)* of article 43; *b)* an injured State's entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45.

Article 53. *Obligations for all States.* An international crime committed by a State entails an obligation for every State: *a)* not to recognize as lawful the situation created by the crime; *b)* not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created; *c)* to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs *a)* and *b)*; and *d)* to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime».

Secondo i paragrafi *c)* e *d)* dell'art. 43, lo Stato leso avrebbe avuto titolo a pretendere *restitution in kind*, se, e nella misura in cui, la restituzione «*c)* would not involve a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from obtaining restitution in kind instead of compensation; or *d)* would not seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act, whereas the injured State would not be similarly affected if it did not obtain restitution in kind».

Secondo l'art. 45, paragrafo 3: «The right of the injured State to obtain satisfaction does not justify demands which would impair the dignity of the State which has committed the internationally wrongful act».

Per il testo delle disposizioni, cfr. *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session*, cit., pp. 63-64.

²⁴ Come ha condivisibilmente osservato Alessandra Gianelli, la CDI in prima lettura «è arrivata [...] a equiparare crimini e violazioni di obblighi erga omnes, ma ciò solo ai fini della disciplina delle contromisure, riconoscendo invece la particolare gravità dei primi quanto alle conseguenze sostanziali. In effetti, le scelte della CDI non appaiono inserirsi in un sistema ponderato. Piuttosto l'impressione è che i contrasti interni abbiano permesso solo l'adozione a maggioranza di disposizioni frammentarie» (GIANELLI, *Adempimenti preventivi*, cit., p. 729). Sul punto si veda anche Picone, secondo il quale «Nel progetto [della CDI adottato nel 1996 in prima lettura], alla parità formale (in termini di qualificazione giuridica) delle posizioni giuridiche attribuite a tutti gli Stati (tutti titolari di diritti soggettivi analoghi, suscettibili di

Tanto che, come sappiamo e come spiegano altri contributi in questo volume²⁵, essa non è stata confermata in seconda lettura e quindi nel testo definitivo degli articoli sulla responsabilità degli Stati, dove la disciplina della responsabilità aggravata per violazioni di obblighi posti da norme di *ius cogens* ha finito per avere dei contenuti veramente minimali, e per lasciare tutto il resto in una grande vaghezza²⁶.

5. A mo' di conclusione: i limiti intrinseci nella posizione di Arangio-Ruiz e la possibile rivalutazione delle sue proposte in un contesto di 'ripensamento' della codificazione della responsabilità degli Stati

Detto questo, e per concludere, ha evidentemente poco senso mettersi a disquisire oggi – quasi trent'anni dopo – sul punto di sapere se le proposte di Arangio-Ruiz sarebbero state un 'esito di codificazione' migliore rispetto a quello che si trova (o, piuttosto, che non si trova) negli articoli adottati dalla CDI nel 2001. E invece, sulla diversa (e più interessante) questione di vedere se gli sviluppi della prassi recente stiano andando, e in qual misura, nella direzione immaginata da Arangio, rinviando volentieri agli altri contributi pertinenti presenti in questo volume²⁷.

Piuttosto, mi sia consentita una brevissima considerazione, che potrebbe tornare forse utile se – un giorno non troppo lontano – l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ritenesse necessario rimettere mano agli Articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati, proprio nella parte riguardante l'attuazione della responsabilità per grave violazione di obblighi posti da

essere fatti valere da ciascuno autonomamente), si aggiunge la parità sostanziale delle pretese e/o reazioni consentite. Ogni Stato, in quanto leso in un proprio diritto soggettivo, avrebbe infatti potuto esigere dallo Stato responsabile di un crimine tutte le conseguenze ricollegate all'illecito, e procedere autonomamente alle previste reazioni» (Paolo PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in «Rivista di diritto internazionale», 2005, p. 912).

²⁵ Si veda oltre, in questo volume, il contributo di GIANELLI, *La codificazione dell'autotutela ad opera di Gaetano Arangio-Ruiz*.

²⁶ V. sul punto PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, e GIANELLI, *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie*, entrambi in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti* (a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo), Milano, Giuffrè, 2006, rispettivamente, pp. 231-243 e 273-289.

²⁷ Si vedano oltre, in questo volume, i contributi di DI GIANFRANCESCO, *Il ruolo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risposta alle gravi violazioni di norma imperative*; di ARCARI, *Alla ricerca di gravità: le conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale*; di SOSSAI, *Note sulla responsabilità internazionale per aggressione a margine della crisi ucraina*.

norme di *ius cogens*. Cosa non proprio probabile, ma meno improbabile oggi di una decina di anni fa²⁸.

Personalmente, credo che nella posizione e nelle proposte di Arangio-Ruiz, sul regime della responsabilità degli Stati originata da una grave violazione di obblighi posti da norme cogenti, siano rinvenibili due limiti principali, in relazione tra loro.

Il primo sta nell'impostazione rigidamente ancorata alla dialettica tra Stato titolare dell'obbligo violato e Stati titolari dei diritti soggettivi corrispondenti all'obbligo violato, con cui Arangio declina, come s'è detto, i rapporti di responsabilità fra Stati determinati dalla commissione di un crimine internazionale.

L'impostazione di Arangio-Ruiz non comprende e non ammette, infatti, che la grave violazione di obblighi *erga omnes*, posti a tutela di valori fondamentali per l'insieme degli Stati, metta in gioco, simultaneamente e sullo stesso piano, tutti gli Stati del mondo diversi da quello autore della violazione, in quanto tutti egualmente interessati alla tutela del valore calpestato dalla violazione. Ciò senza però determinare – come invece riteneva Arangio – l'insorgere di un fascio di diritti soggettivi, distintamente propri di ogni Stato, a reagire all'illecito e a pretendere l'attuazione degli obblighi di responsabilità.

A mio sommosso avviso, è molto più aderente alla realtà internazionale, e non è precluso da motivi formali di logica giuridica applicati all'ambiente sociale internazionale, ritenere – conformemente alla stessa impostazione adottata dalla CDI nel 2001²⁹, e nel solco di quello che la Corte internazionale di giustizia ha affermato sin dai tempi della *Barcelona Traction*³⁰ – che la commissione di un crimine internazionale dia origine *a un titolo condiviso*

²⁸ Sugli sviluppi in corso in questa direzione, rinviamo a PALMISANO, *Responsabilità degli Stati e obblighi di regolamento delle controversie*, cit., pp. 492-495, nonché a M. ARCARI, *Forma o sostanza per gli articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati?*, in *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno* (a cura di A. Annoni, S. Forlati e P. Franzina), Napoli, Jovene, 2021, pp. 195-211.

²⁹ Ci riferiamo specialmente a quanto risulta dall'art. 48 del testo del 2001 ('Invocazione della responsabilità da parte di uno Stato diverso dallo Stato leso') nelle situazioni in cui «(a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole».

³⁰ Il riferimento è, evidentemente, al notissimo *obiter dictum* della Corte nella sentenza del 5 febbraio 1970 sul caso *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Ltd (Belgium v Spain) (Second Phase)*, in *ICJ Rep 1970*, paragrafo 33 («[a]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*»).

fra tutti gli Stati del mondo di reagire e attivarsi per la tutela del medesimo interesse fondamentale. Dia, cioè, titolo a ciascuno Stato di agire, come suol dirsi, *uti universus* e non *uti singulus*. Dove l'*uti universus* va però inteso non nel significato di 'in nome e per conto di una fantomatica comunità internazionale' (che non esiste), ma nel significato di 'a tutela di un valore fondamentale universale, condiviso dall'insieme degli Stati'³¹.

Il secondo limite sta invece nell'aver previsto – in caso di crimine internazionale – un meccanismo molto complesso *esclusivamente per il ricorso a certe contromisure* ('aggravate') da parte della generalità degli Stati, lasciando però, al contempo, *un'ampia libertà agli Stati di ricorrere a contromisure 'ordinarie'* nei confronti dello Stato autore del crimine, in virtù del loro presentarsi comunque, ciascuno di essi (secondo la concezione dialettica del rapporto tra titolare dell'obbligo violato e titolare del diritto soggettivo corrispondente) quale Stato 'soggettivamente leso' dalla violazione di un obbligo *erga omnes*.

Così facendo, Arangio-Ruiz finisce per *distinguere in modo poco significativo*, a ben vedere, il regime del ricorso a contromisure nelle due diverse situazioni (di commissione di illecito ordinario, da un lato, e di crimine internazionale, dall'altro), rendendo anzi il ricorso a contromisure in caso di crimini più proceduralmente pesante e complesso – e quindi meno efficace, in termini di garanzia dell'attuazione del diritto – rispetto al ricorso a contromisure previsto in caso di illeciti ordinari.

Se però la si cala in una diversa impostazione, e precisamente nell'impostazione che caratterizza gli Articoli adottati dalla CDI nel 2001 – che *non* fa coincidere il rapporto conseguente a violazioni di obblighi *erga omnes* con la dialettica stretta tra titolare dell'obbligo violato e titolare del diritto soggettivo corrispondente, e che *non* riconosce espressamente, in caso di illeciti ordinari, il diritto di ricorrere a contromisure da parte di Stati che non siano lesi in senso stretto dalla violazione commessa³² –, la proposta di un meccanismo

³¹ Su questo modo di intendere la responsabilità che sorge in caso di violazione di obblighi nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in PALMISANO, *Nemici 'privati' e nemici 'pubblici' nella società degli Stati: riflessioni dal punto di vista del diritto internazionale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2009, tomo II, pp. 1677-1695.

³² Com'è noto, gli articoli da 49 a 53 del testo adottato nel 2001 dalla CDI attribuiscono espressamente il diritto di ricorrere a contromisure *soltanto allo Stato leso da un illecito internazionale*, da intendersi come lo Stato che si trovi in una delle situazioni precisate dall'art. 42 del testo stesso, secondo il quale «A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to: (a) that State individually; or (b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation: (i) specially affects that State; or (ii) is of such a

complesso, sul piano procedurale e istituzionale, come quello delineato da Arangio-Ruiz *per il ricorso a contromisure generalizzate in caso di crimini*³³, potrebbe ritrovare, a mio avviso, un senso e un'utilità molto più pieni.

In particolare, essa potrebbe servire, per un verso, a sciogliere il nodo del *non liquet* presente nell'art. 54 degli Articoli del 2001, relativamente al ricorso a contromisure da parte di Stati *non specially affected* ma comunque toccati da un illecito ordinario³⁴; e, per altro verso, darebbe più sostanza al regime 'aggravato' di responsabilità per le violazioni più gravi del diritto internazionale, distinguendolo davvero, per severità ed efficacia di reazione, da quello operante in caso di illeciti internazionali cosiddetti ordinari.

In altre parole: un sistema del tipo di quello prospettato da Arangio, che ammette a certe condizioni il ricorso a vere e proprie contromisure anche da parte di Stati *non specially affected* dalla violazione, potrebbe ben inquadrarsi nella disciplina della responsabilità internazionale delineata negli Articoli del 2001 ed essere accettato, forse, dalla generalità degli Stati, *se circoscritto esclusivamente al caso di crimini internazionali* (o, meglio, di gravi violazioni di norme imperative), per la tutela e la riaffermazione dei valori comuni calpestati dalla grave violazione commessa, quali che siano i valori in questione: la pace, il rispetto della eguale dignità dei popoli, o il rispetto della persona umana, e dell'umanità, in ogni situazione. Ma ciò *soltanto a patto e a condizione della negazione chiara*, nella normativa disciplinante la responsabilità internazionale, del diritto di ricorrere a (vere e proprie) contromisure ad opera di Stati che *non siano specially affected, in qualsiasi altra ipotesi di illecito internazionale* che non costituisca un crimine internazionale.

Ma questa è soltanto la fragilissima opinione di chi scrive, su un eventuale – poco probabile – recupero delle proposte di Arangio-Ruiz riguardanti le conseguenze dei crimini internazionali nel futuro dell'opera di codificazione della responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti.

character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation».

³³ Ci riferiamo al meccanismo disegnato da Arangio-Ruiz nel testo dell'art. 19 proposto nel suo Settimo Rapporto, esaminato in precedenza e riportato *supra* alla nota 18.

³⁴ Secondo l'art. 54 del testo adottato dalla CDI nel 2001, il contenuto delle disposizioni previste nel Capitolo II della Parte Terza, dedicata alle contromisure, «*does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached*» (il corsivo è aggiunto).

Flavia Lattanzi

*L'attribuzione allo Stato di crimini internazionali
commessi da milizie irregolari*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'attribuzione allo Stato del fatto di un privato nei lavori della CDI – 3. Il caso *Nicaragua* e la riferibilità a uno Stato dei fatti di privati: A. La questione della riferibilità agli Stati Uniti delle attività di agenti CIA e di quelle degli UCLAs – B. La riferibilità agli Stati Uniti delle attività poste in essere sul campo dal gruppo *contra* o dai componenti del gruppo – 4. Il caso *Tadić* davanti al TPIY e il criterio dell'*overall control*: A. Il contesto dei crimini addebitati a Duško Tadić – B. La natura del conflitto davanti alla Camera di appello – C. Le caratteristiche dei crimini internazionali come elementi rilevanti nell'applicazione del criterio dell'*overall control* – D. La differenza fra *general control* e *overall control* – 5. Il caso *Genocidio di Srebrenica* davanti alla Corte Internazionale di Giustizia e i criteri di riferibilità alla RFY dei crimini di milizie irregolari: A. La questione di riferibilità tramite organi *de iure* – B. La questione di riferibilità tramite privati totalmente dipendenti dallo Stato – C. La riferibilità diretta tramite istruzioni o controllo da parte di organi *de iure* – D. La rilevanza per la riferibilità della natura dei comportamenti – 6. Breve conclusione.

1. *Introduzione*

a) Arrivata nel 2007 al Tribunale penale internazionale per i crimini della ex-Iugoslavia (TPIY), mi sono trovata subito coinvolta nelle discussioni fra i giudici sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) del febbraio dello stesso anno nel caso *Genocidio di Srebrenica*¹.

Tale sentenza aveva suscitato non poche perplessità per due ragioni: in applicazione di uno standard molto elevato di attribuzione alla Repubblica Federale di Jugoslavia (Serbia-Montenegro) (RFY) dei fatti di alcune forze armate irregolari operanti nel conflitto in corso in Bosnia-Erzegovina, vi si era esclusa la responsabilità di tale Repubblica per la commissione di quel

¹ *Bosnia-Herzegovina v. Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro)*, Judgment, Merits, 26th February 2007, I.C.J. Reports 2007, p 43.

genocidio; in essa, inoltre, si criticava la Camera di appello del TPIY, a mio avviso con qualche parola inadeguata di troppo, per essersi occupata, nel caso Tadić², di una questione che non sarebbe stata di sua competenza, e cioè quella relativa agli standard di attribuzione a uno Stato dei fatti di privati quale presupposto per la qualificazione del conflitto in corso in Bosnia-Erzegovina. E tale critica aveva anche portato la CIG a ignorare del tutto i criteri di attribuzione presi in considerazione da tale Camera, in particolare quello dell'overall control applicato al coinvolgimento della RFY nel conflitto.

L'approccio della CIG è pertanto apparso a molti, me compresa (io ebbi l'occasione di commentarlo nell'immediatezza della pubblicazione della sentenza durante una conferenza all'Università statale di Milano), quello di una Corte in posizione di superiorità rispetto al TPIY, piuttosto che di una Corte che non condivida un aspetto della sentenza di un altro Tribunale internazionale di natura completamente diversa e del tutto indipendente.

Non è un mistero per nessuno che il giudice Antonio Cassese, allora componente della Camera di appello del TPIY e Presidente di questo Tribunale, sia stato l'artefice principale di quella sentenza soprattutto con riguardo tanto ai diversi criteri di attribuzione quanto alla distinzione operata fra questi criteri – l'overall control e l'effective control - rispetto al tipo di privati i cui comportamenti siano sub iudice di attribuzione a uno Stato.

Non ricordo se nello stesso 2007 o l'anno successivo, Nino Cassese, che nel 2000 si era dimesso dal suo mandato al TPIY, vi era passato a salutare ex-colleghi e amici. Ebbi quindi l'opportunità di scambiare con lui alcune riflessioni sui due diversi criteri applicati dalla Camera di appello e sulle critiche rivoltele dalla CIG. Nino Cassese era molto amareggiato per tali critiche e non se ne dava una ragione, essendo stato sempre motivato nelle sue opinioni e decisioni dall'obiettivo della protezione delle vittime delle violazioni del diritto internazionale umanitario (DIU) e non già influenzato da ragioni esterne a tale missione, come invece talvolta occorre a studiosi del diritto e perfino a giudici "internazionali".

Durante il nostro incontro, egli manifestò soprattutto la sua sorpresa per avere la CIG ignorato la distinzione fatta nel caso Tadić fra i legami che sussistono fra uno Stato e chi operi in fatto per suo conto, e cioè vuoi singoli individui o bande armate disorganizzate, vuoi un gruppo armato organizzato e strutturato con una catena di comando, e avesse invece automaticamente applicato l'effective control. E ciò riferendosi in proposito al solo precedente del caso Nicaragua³, senza prendere in considerazione altra

² *Prosecutor v. Duško Tadić*, ICTY, Case IT-94-1-A, Appeal Judgement 15 July 1999.

³ *Nicaragua v. United States of America*, Judgment, Merits, 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986.

prassi e relativa opinio iuris, ormai arricchitesi e forse modificatesi dal 1986 anche in funzione dei grandi cambiamenti che si erano prodotti nella convivenza interna e internazionale, in particolare nella condotta delle guerre tramite milizie irregolari.

Non potevo che essere d'accordo con lui, tanto più, osservai, che la Corte affermava di applicare una norma consuetudinaria. Gli confessai però che la sentenza nel caso Nicaragua, di cui egli era pure piuttosto critico⁴, mi aveva invece favorevolmente impressionata per tutte le violazioni accertate a carico degli Stati Uniti, sebbene la mancata attribuzione a questo Stato di quelle del "diritto umanitario" mi fosse apparsa non sufficientemente e chiaramente motivata.

b) Passammo poi a parlare della responsabilità penale individuale nel contesto della *Joint criminal enterprise* (JCE): e lì ascoltai da lui una bellissima lezione dalla quale mi fu chiaro come mai un giurista di *civil law* si fosse così affezionato, se posso dire, a un istituto tipico della *common law* e oggetto di molte critiche soprattutto da parte di giuristi italiani e tedeschi, che mi avevano negativamente influenzata su quell'istituto.

Da quella lezione sono uscita pienamente convinta della coerente applicabilità della JCE nel contesto della repressione dei crimini di diritto internazionale proprio per le loro caratteristiche di sistematicità e/o estensione, che postulano la loro commissione soprattutto nel contesto di un "group of persons acting with a common purpose" (Art. 25(3d) dello Statuto di Roma). E sono uscita convinta anche del fatto che chi critica l'applicazione della JCE che ne hanno fatta i tribunali penali internazionali e quelli ibridi e condivide quella che ne viene fatta dalla Corte penale internazionale (CPI) non tiene conto di tali caratteristiche.

Successivamente, ho avuto occasione di riflettere su tali aspetti durante la preparazione di un mio breve scritto sulla responsabilità di comando quale principio del diritto internazionale penale (DIP) che si è imposto per l'appunto con riferimento alla responsabilità penale per crimini di diritto internazionale proprio in ragione della caratteristica della loro sistematicità e/o estensione. Tali riflessioni mi hanno portata a ipotizzare che anche la riferibilità allo Stato di quella tipologia di crimini commessi da suoi organi di fatto possa essere condizionata dalla loro sistematicità e/o estensione.

Su queste ulteriori riflessioni, oggetto del presente *paper*, mi sarebbe stato certamente utile un confronto con Nino Cassese.

⁴ Egli criticava in particolare che essa non avesse colto la distinzione fra fatti di individui e fatti di gruppi organizzati, critica che, dopo una lettura più approfondita della sentenza fatta in occasione di questo lavoro, io non mi sento di condividere, come cercherò di mostrare.

c) Qui mi occupo dunque dell'attribuzione a uno Stato dei crimini di diritto internazionale commessi da suoi organi di fatto consistenti, in particolare, in milizie irregolari.

Esamino preliminarmente i lavori in materia della Commissione del diritto internazionale (CDI) nel quadro del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Riprendo poi le rilevanti sentenze nel caso *Nicaragua*, nel caso *Tadić* e nel caso *Genocidio*, che più di altre utilizzano i criteri elaborati nel quadro di quel Progetto.

Molto utile nelle riflessioni mi è stata la lettura della dottrina numerosa che si è occupata in generale dell'attribuzione agli Stati dei fatti di privati, ma di cui, per ragioni di spazio, non posso qui dar conto. Le note saranno quindi essenzialmente dedicate alla documentazione.

2. *L'attribuzione a uno Stato del fatto di un privato nei lavori della CDI*

a) La questione dell'attribuzione a uno Stato del fatto di un privato, in particolare di un individuo o entità non qualificata dal diritto interno quale organo, è certamente complessa. Nel quadro del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, la CDI se n'è infatti occupata in modo non lineare, con proposte diverse, di cui una, la più coerente a mio avviso - arrivata all'approvazione provvisoria in prima lettura nel 1996 con la I parte del Progetto -, è stata poi abbandonata.

Non ha certamente giovato al lavoro della Commissione il mutamento dei Relatori su tale Progetto, ma ciò dimostra che gli "esperti del diritto internazionale" membri di quella Commissione non avevano idee chiare su questo aspetto, in ogni caso avevano opinioni diverse, alcune forse condizionate da interessi di potenza degli Stati di propria nazionalità, nonostante essi sedessero lì a titolo individuale e in ragione della loro competenza giuridico-internazionale.

Un elemento che a mio avviso ha reso intricata tale questione è rappresentato però anche dalla iniziale scelta del primo Relatore, il Prof. Roberto Ago, di trattare la detta operazione di attribuzione come una operazione normativa, piuttosto che come una operazione di fatto condizionata da varie circostanze rilevanti per ciascun caso di specie⁵. Capisco tale approccio dal

⁵ Nel commento al Progetto di Art. 8(a), così si afferma: "The operation that consists of "attributing", for this purpose, an act to the State as a subject of international law is clearly one which is based on criteria determined by international law and not on the mere recognition of a link of factual causality (*causalité naturelle*)", Draft Articles On State Responsibility

punto di vista del compito assegnato alla CDI, quello della codificazione e dello sviluppo progressivo del diritto internazionale, che l'ha portata a cercare le norme internazionali di diritto consuetudinario anche in materia di attribuzione del fatto illecito allo Stato. Rilevo però che molte affermazioni della stessa Commissione contraddicono la bontà di tale approccio.

Sta di fatto, che la Commissione ha respinto in modo categorico, senza neppure un loro esame, ma solo citandole⁶, le opinioni di chi, come Arangio-Ruiz e Quadri, con una analisi molto approfondita sullo Stato come soggetto del diritto internazionale, erano invece arrivati alla conclusione che l'attribuzione a esso del comportamento di una persona o di un gruppo è un'operazione di fatto e non giuridica: e ciò anche allorché si rinvii anzitutto alla organizzazione formale interna nell'accertare se un individuo o entità sia organo dello Stato, il diritto interno essendo per il diritto internazionale solo un fatto. Tanto più chiaramente ciò emerge allorché si affermi il rinvio non solo alla struttura interna formale dello Stato, ma anche alla sua c.d. organizzazione di fatto o organizzazione effettiva (Morelli).

Secondo Arangio-Ruiz, la CDI avrebbe dunque dovuto non già cercare nel diritto internazionale norme di attribuzione del fatto illecito allo Stato, ma lasciare agli interpreti l'operazione di accertamento delle varie circostanze dell'agire in fatto dei privati per conto di uno Stato. Ciò non avrebbe escluso la possibilità dell'indicazione, nel Progetto, senza alcun riferimento al diritto internazionale, di alcuni più rilevanti criteri applicabili in alcune situazioni tipiche, che la prassi ha delineato e che avrebbero potuto essere di ausilio agli interpreti.

b) La posizione di Arangio-Ruiz ha certamente ispirato la scelta della Commissione di lasciare intatto il primitivo articolo 8(a) del Progetto che era stato proposto da Ago e che era così formulato: "The conduct of a person or group of persons shall also be considered as an act of the State under international law if: (a) it is established that such person or group of persons **was in fact acting on behalf of that State...**" */enfasi aggiunta/*. Pur riferendosi al diritto internazionale – riferimento che Arangio-Ruiz avrebbe voluto eliminare –, questo testo rispecchiava un approccio più fattuale che normativo. Esso lasciava infatti all'interprete, sulla base di tutte le circostanze del caso di specie, il compito di accertare se il privato – individuo o entità collettiva – agisse o meno in fatto per suo conto, fosse cioè da considerarsi organo *de facto* dello Stato. Ciò avrebbe portato alla presa in

With Commentaries Thereto Adopted By The International Law Commission On First Reading, January 1997, pag. 17, par. (2). Si veda anche pag. 9, par. (6).

⁶ *Ibidem*, V. pag. 8, note 71 e 72.

considerazione di tutte le circostanze specifiche alla situazione *sub iudice*, compreso il comportamento della cui riferibilità allo Stato fosse questione, problema che invece la CDI, nell'elaborazione delle norme di attribuzione, ha solo sfiorato e che gli studiosi molto raramente si sono posto⁷.

L'approccio liberale, per così dire, del vecchio Art. 8, è stato stravolto dai Relatori succedutisi ad Arangio-Ruiz, per una scelta a mio avviso politica, quella di limitare, con la fissazione di criteri rigidi di attribuzione – e dunque vincolanti per gli interpreti –, la responsabilità degli Stati per fatti posti in essere da suoi organi di fatto. Questi criteri sono stati ripresi dalla cosiddetta “affermata” giurisprudenza della CIG, consistente in verità in un solo caso: quello del *Nicaragua*, oltre tutto non correttamente letto neppure dalla CDI, come cercherò di mostrare.

c) Sta di fatto che tale Commissione è arrivata, nel 2001, all'approvazione del Progetto di articoli completato in tutte le sue norme, ma notevolmente modificato nella Parte che era stata adottata in prima lettura nel 1996⁸.

Nel capitolo II del nuovo Progetto si dice anzitutto, all'Art. 4, par. (2), che “An organ **includes** *lenfasi aggiuntal* any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State”. Si tratta qui del c.d. organo *de iure* e con il verbo “includes” si presume l'esistenza di altri organi da prendere in considerazione, come infatti si è fatto con l'articolato successivo, tra cui il progetto di Art. 8 relativo all'organo di fatto.

Come sappiamo, ogni articolo del Progetto della CDI è accompagnato da commenti molto utili alla sua interpretazione, soprattutto allorché il testo lasci aperto qualche dubbio.

Il par. (1) del Commentario al Progetto di Art. 8, ricollegandosi a quanto detto in quello all'Art. 4 - e cioè che “As a general principle, the conduct of private persons or entities is not attributable to the State under international law” -, inizia con l'affermazione che “circumstances may arise, however, where such conduct is nevertheless attributable to the State because there exists a specific factual relationship between the person or entity engaging in the conduct and the State...”. E conclude sottolineando sia l'importanza del “role played by the principle of effectiveness in international law”, sia la necessità di tener conto dell'esistenza “of a real link between the person or group performing the act and the State machinery.”

⁷ Come Brownlie, Condorelli-Kress, tra cui però, a quanto mi risulta, nessuno si è posto il problema specifico dell'attribuzione a uno Stato di crimini di rilevanza internazionale.

⁸ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

Da queste affermazioni ci si poteva aspettare che il nuovo progetto di Art. 8 ricalcasse la formula di quello del 1996, lasciando all'interprete la determinazione della *factual relationship*. Invece, esso così recita: "The conduct of a person or 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" *lenfasi aggiuntel*.

Se il vecchio progetto di Art. 8 identificava l'organo di fatto in modo generico con il privato agente per conto dello Stato, nel 2001 la scelta è stata quella di specificare, fissare e tentare di universalizzare i criteri sulla base dei quali determinare il rapporto fra lo Stato e il privato che agisca in fatto per suo conto, rapporto espresso con le istruzioni, le direttive, il controllo.

Rilevo subito che il criterio delle istruzioni è problematico dal punto di vista della prova: non è infatti facile provare che un Capo di Stato, un Capo di governo o un Capo di stato maggiore o altro alto ufficiale di un Esercito ordini o dia specifiche istruzioni per la commissione di violazioni gravi del diritto internazionale a singoli individui, o a componenti di bande armate o anche di gruppi armati organizzati secondo una catena di comando. A parte il fatto che in quest'ultimo caso le istruzioni non possono che essere rivolte al vertice della catena e non ai singoli componenti del gruppo, a ogni buon conto è molto improbabile che un membro della *leadership* di uno Stato coinvolga apertamente se stesso e il proprio Stato in tali violazioni in modo tale che le istruzioni da lui date a singoli individui possano essere provate. Non è un caso, come vedremo, che allorché tale criterio è stato applicato, come nel caso *Nicaragua* e nel caso *Genocidio*, la CIG ha concluso per la non riferibilità delle violazioni ai relativi Stati in ragione dell'assenza di prove⁹.

Il criterio delle *istruzioni* a privati-individui, in particolare se componenti di gruppi organizzati con una struttura di comando, rischia quindi di diventare soltanto un alibi per dispensare lo Stato dalle sue responsabilità soprattutto per le più gravi violazioni del diritto internazionale, che solo tramite Eserciti statali o milizie irregolari organizzate, e cioè il privato-gruppo nel suo insieme, possono compiersi ed essere utilizzate come arma di guerra per arrivare alla vittoria a tutti i costi: è quanto, per l'appunto, è occorso nella Regione di Srebrenica nel 1995, dove ci fu naturalmente un coinvolgimento generale della VRS e degli Scorpions come tali e cioè di ciascuna entità nel suo insieme, e non solo quello di singoli militari e

⁹ Indirettamente significativa in questo senso è la seguente osservazione nel commento della CDI al progetto di Art. 8, par. (8): "In general a State, in giving lawful instructions to persons who are not its organs, does not assume the risk that the instructions will be carried out in an internationally unlawful way."

paramilitari.

La scelta di una forza paramilitare per raggiungere il detto obiettivo, piuttosto che l'utilizzo del proprio Esercito, è infatti nient'altro che il tentativo dello Stato di non rispondere sul piano internazionale di certi misfatti¹⁰. L'attribuzione allo Stato dei comportamenti delle milizie irregolari in quanto tali rappresenta dunque il contrasto più efficace a questo tentativo. Se però questo contrasto viene indebolito tanto con la pretesa che la questione di riferibilità si porrebbe rispetto agli individui componenti della milizia anche allorché le prove dimostrino che essa sia organizzata secondo una struttura di comando e che operi dunque come gruppo nel suo insieme, è pressoché pacifico che il contrasto sia destinato all'insuccesso soprattutto con riguardo a certe violazioni, come le c.d. *mass-crimes atrocities*.

Mi preme ricordare in proposito che nei lavori della CDI sul Progetto, il privato agente preso in considerazione è sempre stato non solo l'individuo, ma anche il gruppo agente come tale. E nel Commentario al Progetto del 2001 la Commissione ha tenuto a sottolineare questo aspetto¹¹.

Nel testo del nuovo Progetto di Art. 8, i tre diversi criteri non vengono però distinti rispetto alla categoria di privati cui si applichino, sebbene qualche indicazione in proposito ce la offra il commento. Esso distingue i tre criteri secondo due situazioni diverse rispetto alle attività dei privati agenti: la prima situazione che “involves private persons acting on the instructions of the State in carrying out the wrongful conduct”, e la seconda che “deals with **a more general situation** /*enfasi mia!* where private persons act under the State's direction or control”. La CDI precisa inoltre sulla seconda situazione che la “Wrongful conduct” “will be attributable to the State only if it directed or controlled the **specific operation** and the conduct complained of

¹⁰ È quanto ha tentato di fare anche il regime nazista affidando il lavoro più sporco alle SS, mentre i militari componenti dell'Esercito erano piuttosto disciplinati e in una certa misura rispettosi di noi civili, almeno secondo i racconti materni e i miei ricordi di quanto abbiamo vissuto durante l'occupazione nazista della Cecoslovacchia: ricordo in particolare anche uno sguardo di pietà da parte di un ufficiale e di un soldato verso tre bambine affamate (me e le mie cugine), quando, sull'uscio della cucina aspettavamo con ansia che non scoprissero la gallina nascosta nella credenza e che beccava il vetro dello sportello (l'hanno scoperta, ma, con un reciproco sguardo d'intesa, ce l'hanno lasciata).

¹¹ La CDI ha precisato che il termine *persons* è utilizzato nel Progetto come riferito tanto a individui quanto a gruppi (v. in proposito A/9610/Rev. 1 *Ann. ILC*, 1974, vol. II-1, p. 297, par. 13), e che “Article 8 uses the words ‘person or group of persons’, reflecting the fact that conduct covered by the article may be that of a group lacking separate legal personality but acting on a de facto basis” e ancor più chiaramente che “while a State may authorize conduct by a legal entity such as a corporation, it may also deal with aggregates of individuals or groups that do not have legal personality but are nonetheless acting as a collective” (par. (9) del Commentario all'Art. 8 del Progetto 2001).

was an integral part of that operation /*enfasi aggiuntal*”¹². Mentre cioè con le “istruzioni” si avrebbe come oggetto la specifica condotta illecita oggetto dell’attribuzione, con le direttive e il controllo l’oggetto sarebbe dato dalla specifica operazione nel corso della quale si sia realizzata quella condotta.

Da tali commenti, come dagli esempi ivi riportati, in particolare dal riferimento a una operazione, mi pare emergere, che la soglia elevata in sé del criterio delle istruzioni sia stata considerata più adeguata all’attività di singoli individui, mentre le direttive e il controllo più adeguati all’attività svolta da un’entità collettiva nel suo insieme che con essa – l’operazione – esprime per l’appunto la “more general situation” di cui parla il Commentario della CDI. Tale approccio sembra del resto confermato dalla prassi ed è stato seguito nel caso *Nicaragua*.

La distinzione fra atti di privati-individui e atti di privati-gruppi merita quindi una maggiore attenzione da parte della dottrina, che spesso evoca invece solo gli individui come possibili organi di fatto, piuttosto che gli individui e i gruppi o i privati *tout court*, come sarebbe corretto.

Il fatto di trascurare l’accrescersi del fenomeno delle guerre condotte da milizie irregolari organizzate secondo una struttura di comando, che operino nel loro insieme come organi di fatto degli Stati, porta la dottrina prevalente a ritenere che tutti e tre i criteri di attribuzione abbiano a oggetto la specifica “wrongful conduct” di cui all’ultima frase del progetto di Art. 8 – “in carrying out the wrongful conduct”. Tale opinione finisce con l’elevare sia le direttive che il controllo al livello alto della soglia delle istruzioni, ciò che contraddice quanto affermato dalla CDI nel commento che ho prima riportato.

Qui è infatti evidente che la CDI intendeva per le direttive e il controllo criteri flessibili, che potessero esprimere meglio il legame peculiare di uno Stato con un gruppo nel suo insieme, un legame cioè “meno ravvicinato”, per così dire, delle istruzioni rispetto alla “wrongful conduct”, perché avente a oggetto le operazioni complessive o l’operazione specifica del gruppo, teatro delle violazioni *sub iudice*. La menzione generale, nel testo del progetto di Art. 8, della “wrongful conduct” non intende dunque affatto significare che tutti e tre i criteri comportino un legame diretto e specifico fra lo Stato e la condotta *sub iudice*¹³. Siffatta menzione intende solo indicare che la questione di riferibilità a uno Stato del comportamento di un privato

¹² Commentario 2001, par. (3).

¹³ Anche Antonio Cassese ha avuto l’occasione di sottolineare in proposito che nella “state practice and case law... no control over each specific action or conduct was required for attribution of responsibility” (A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in «The European Journal of International Law», 2007, p. 665).

concerne pur sempre la condotta incriminata, che si tratti di condotta di un individuo realizzata sulla base di istruzioni dirette e specifiche o che si tratti di condotta del gruppo nel suo insieme realizzata sotto direttive e controllo della sua attività “più ampia”: naturalmente, in questo secondo caso, la “wrongful conduct” non può che far parte integrante di siffatta attività. Era questo l'intento perseguito dalla CDI soprattutto con la previsione del criterio del controllo senza l'indicazione di una soglia che invece per le istruzioni è *in re ipsa*.

3. *Il caso Nicaragua e la riferibilità a uno Stato dei fatti di privati*

In questo caso si poneva la questione della riferibilità agli Stati Uniti di attività allegate dal Nicaragua come violazioni del diritto internazionale poste in essere durante la c.d. controrivoluzione nicaraguense (scoppiata dopo la caduta del regime di Somoza, e ancora in corso durante la procedura davanti alla CIG) vuoi direttamente da personale statunitense, vuoi da civili statunitensi sotto contratto CIA, vuoi dagli *Unilaterally Controlled Latino Assets* (UCLAs) – cittadini latino-americani che spesso la CIA utilizzava per *covert operations* nei Paesi dell'America Latina –, vuoi da forze ribelli interne – le c.d. forze *contra* o i c.d. *contras* – che si opponevano militarmente al governo sandinista e godevano per la loro attività di un forte sostegno statunitense.

Le violazioni che il Nicaragua addebitava agli Stati Uniti direttamente o per il tramite di “civili statunitensi” o degli UCLAs o dei *contras* erano di vario genere. Si trattava di violazioni tanto dello *ius ad bellum*, in particolare del divieto di ricorso alla forza armata, che dello *ius in bello* (DIU) e del diritto internazionale dei diritti umani (2 settori del DI che la Corte indicherà, in modo generico e non tecnicamente preciso, “diritto umanitario”), come di altre violazioni del diritto internazionale, fra cui il principio di non intervento negli affari interni ed esterni altrui¹⁴, il principio

¹⁴ In verità, la questione della riferibilità agli Stati Uniti della violazione di tale principio non si è mai potuta porre, perché essa era *in re ipsa*, per via direttamente del sostegno quale oggetto dell'obbligo di non intervento: “the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife... in another State”, come recita la “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (Risoluzione Assemblea Generale 2625 (XXV)). E, infatti, nel punto 3 del dispositivo, la Corte così decideva: “the United States of America, by training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to intervene

di sovranità territoriale, l'attentato alla libertà delle comunicazioni e del commercio marittimo.

In questa parte oggetto della nostra analisi, la Corte trattava la questione della riferibilità agli Stati Uniti dei fatti allegati, e cioè dei comportamenti dei vari attori in campo. Essa non si poneva cioè la questione della liceità o meno di tali comportamenti, ciò che sarà invece oggetto della sua valutazione successivamente, nel contesto della determinazione della normativa applicabile.

A. La questione della riferibilità agli Stati Uniti delle attività di agenti CIA e di quelle degli UCLAs

Per quanto riguarda le attività che secondo il Nicaragua sarebbero state “more directly” riferibili agli Stati Uniti, si trattava in particolare della posa delle mine e degli attacchi a un aeroporto, a un oleodotto sottomarino, a installazioni e depositi di petrolio, a una base navale e di altre attività analoghe di condotta delle ostilità in territorio nicaraguense¹⁵. La Corte ha accertato che tali attività erano opera vuoi di militari statunitensi, vuoi di cittadini statunitensi, vuoi di cittadini di Paesi latino-americani, che operavano tutti “on the direct instructions of United States military or intelligence personnel” (par. 75).

Essa ha però tenuto a distinguere le due dette categorie - gli individui di cittadinanza statunitense e gli UCLAs -, indicando i primi vuoi come “agents” della CIA, vuoi come “agents” degli Stati Uniti, e i secondi, solo come “persone non identificate di cittadinanza di Paesi latino-americani”, “pagate dalla CIA” e che agivano “on the instructions of that agency, under the supervision and with the logistic support of United States agents” (par. 80).

La Corte non si è però posta la questione del legame fra Stati Uniti e UCLAs, che il Nicaragua allegava ai fini della riferibilità della loro attività agli Stati Uniti, non rispondendo così all'allegazione nicaraguense se non negando implicitamente tale riferibilità.

in the affairs of another State”. Ai fini dell'accertamento della violazione di tale obbligo la Corte si servirà di quel “degree of control” che essa accerterà come meno elevato del controllo necessario per l'attribuzione agli Stati Uniti delle attività del gruppo *contra* nel suo insieme.

¹⁵ E cioè quelle che sono sinteticamente indicate nel par. 4 del dispositivo come violazioni del divieto del ricorso alla forza armata attribuite agli Stati Uniti: “attacks on Puerto Sandino on 13 September and 14 October 1983; an attack on Corinto on 10 October 1983; an attack on Potosi Naval Base on 4/5 January 1984; an attack on San Juan del Sur on 7 March 1984; attacks on patrol boats at Puerto Sandino on 28 and 30 March 1984; and an attack on San Juan del Norte on 9 April 1984; and further... those acts of intervention referred to in subparagraph (3) hereof which involve the use of force”.

a) Riguardo alle attività di minamento di aree sotto sovranità nicaraguense, la Corte accertava che, a cavallo fra la fine del 1983 e l'inizio del 1984, il Presidente degli Stati Uniti aveva approvato un piano della CIA di minamento dei porti nicaraguensi, piano che fu in effetti messo in opera dagli *UCLAs* - e non solo nei porti - e in parte dai civili statunitensi legati alla CIA. Dalle prove è risultato infatti che la posa delle mine in loco era stata l'opera degli *UCLAs*, ma l'equipaggio delle navi che servivano da base per tale operazione era composto da cittadini statunitensi, che però si tenevano al di là del limite delle 12 miglia dalle acque territoriali del Nicaragua, come questo Stato riconosceva.

Come già accennato, la Corte non si è posta esplicitamente una questione di attribuzione agli Stati Uniti dell'attività operativa degli *UCLAs* in territorio nicaraguense, sebbene i paragrafi 6 e 8 del Dispositivo possano far propendere per tale attribuzione: vi si stabilisce infatti la responsabilità degli Stati Uniti sia per **"laying mines in the internal or territorial waters of the Republic of Nicaragua"**, sia per **"failing to make known the existence and location of the mines laid by it"** *lenfasi aggiuntel*¹⁶. Ma queste responsabilità potrebbero essere state fondate dalla Corte anche sul solo ruolo di supervisione affidato ai civili statunitensi, da essa qualificati come agenti CIA o come agenti degli Stati Uniti e cioè parte integrante del rapporto organico-formale della CIA con gli Stati Uniti. La loro attività di supervisione comportava infatti che essi conoscessero i luoghi di posa delle mine, avendoli forse essi stessi decisi.

Sebbene dunque alcune ambiguità permangano nell'interpretazione dell'operazione di attribuzione agli Stati delle attività di minamento fatta dalla Corte¹⁷, sembra che essa abbia attribuito direttamente agli Stati Uniti

¹⁶ V. anche par. 80 nel quale si era accertato il mancato "public and official warning to international shipping of the existence and location of the mines", nonché il fatto che "personal and material injury was caused by the explosion of the mines". Infine, anche i voli di ricognizione ad opera di piloti militari statunitensi nello spazio aereo del Nicaragua sono stati attribuiti agli Stati Uniti "direttamente" (par. 87).

¹⁷ La scarsa motivazione della Corte su queste attribuzioni agli Stati Uniti dell'attività di minamento è sottolineata anche dal giudice Roberto Ago nella sua opinione individuale, che peraltro prospetta una soluzione diversa da quella adottata dalla Corte sul legame con gli Stati Uniti delle diverse entità coinvolte in tale attività: "The Court was right to consider as acts of the United States of America the conduct of persons or groups that, without strictly being agents or organs of that State, belong nevertheless to public entities empowered within its domestic legal order to exercise certain elements of the government authority. Here I note conformity with the provisions of Article 7 (Attribution to the State of the conduct of other entities empowered to exercise elements of the government authority) of the International Law Commission's draft. The first of the two hypotheses here mentioned applied in particular to conduct by members of the government administration or armed

tanto l'attività preliminare e preparatoria al minamento, quanto quella di supervisione connessa a quella operativa degli *UCLAs*, e cioè tutte attività di loro organi *de iure*: da una parte la CIA con la proposta del piano, dall'altra il Presidente degli Stati Uniti con l'approvazione di tale piano e, infine, dai civili statunitensi legati alla CIA e con il compito di decidere e supervisionare da presso, ma non in territorio nicaraguense, l'attività di posa delle mine.

b) Alcune ambiguità permangono anche con riguardo agli attacchi armati a località e installazioni che sono stati anch'essi realizzati sul campo dagli *UCLAs* e attribuiti agli Stati Uniti senza una chiara motivazione.

La Corte accertava per tali operazioni il ruolo rispettivo dell'"amministrazione" statunitense, che aveva fornito "...speedboats, guns and ammunition", quello della CIA che aveva fornito una nave come base delle operazioni, e il solito ruolo "direttivo e di supporto" dei cittadini statunitensi - che però, in alcune occasioni, avrebbero svolto anche un ruolo operativo pilotando in territorio nicaraguense elicotteri funzionali agli attacchi - e infine il ruolo degli *UCLAs*, decisamente solo esecutivo sul campo (par. 86). E così osservava in proposito: "Although it is not proved that any United States military personnel took a direct part in the operations, agents of the United States participated in the planning, direction, support and execution of the operations", che sembra riferirsi all'attività preparatoria di organi statunitensi *de iure*, tra cui i civili statunitensi che però avrebbero partecipato parzialmente anche a un'attività esecutiva pilotando gli elicotteri. Ma subito dopo, cancellando il riferimento a tale attività esecutiva, la Corte precisava che "the execution was the task rather of the "UCLAs", mentre "United States nationals participated in the planning, direction and support". Essa concludeva poi affermando: "The imputability to the United States of these attacks appears... to the Court to be established" (ibidem). Non è però del tutto chiaro a che titolo secondo le diverse entità coinvolte negli attacchi¹⁸.

forces of the United States, and the second to activities of members of the CIA, or of UCLAs or of other bodies of this same kind. Although the Court has not outlined, as it would have been interesting to do, any theoretical justification of its findings with regard to these hypotheses, I entirely share the view that they are well founded" (par. 15).

¹⁸ Del resto, il giudice Ago ha così ancora sostenuto nella sua opinione individuale: "I feel obliged to point out that the Judgment exhibits some hesitancy, a few at least apparent contradictions and a certain paucity of legal reasoning in seeking to substantiate the position the Court takes on the points in question (par. 18).

B. *La riferibilità agli Stati Uniti delle attività poste in essere sul campo dal gruppo contra o dai componenti del gruppo*

a) Il gruppo dei *contra* era composto dalla *Fuerza Democrática Nicaragüense (FDN)* e dall'*Alianza Revolucionaria Democrática (ARDE)*, unite, dopo la caduta nel 1979 del governo Somoza, nell'opposizione armata al sandinismo, che inizialmente queste avevano invece sostenuto. Secondo le allegazioni del Nicaragua, il gruppo *contra* sarebbe stato creato dagli Stati Uniti e poi ampiamente e intensamente da tale Stato sostenuto nelle operazioni militari e paramilitari realizzate in Nicaragua (par. 93).

Il Nicaragua lamentava che tali operazioni fossero non solo contrarie al divieto del ricorso alla forza armata, al principio di non intervento negli affari altrui e al principio di sovranità territoriale, ma anche origine di "considerable material damage and widespread loss of life", conseguenze che sarebbero state altresì determinate dalla commissione, sempre da parte del gruppo *contra*, di atti quali "killing of prisoners, indiscriminate killing of civilians, torture, rape and kidnapping" (par. 20). Si trattava quindi di addebito a un gruppo di ribelli al loro Governo, sostenuti dagli Stati Uniti, di attività vietate dal diritto internazionale e riferibili, sempre secondo le allegazioni del ricorrente, allo Stato straniero per via del fatto che il suo Governo "devised their strategy and directed their tactics" al fine di "overthrow the Government of Nicaragua" (par. 20), avendoli così sotto il proprio controllo.

Nonostante il Nicaragua utilizzasse a volte il termine *contras* e a volte l'espressione di "*contra force*" o "*contra forces*", risulta chiaro dal contesto che anche con il primo esso si riferiva spesso a un controllo generale sul gruppo nel suo insieme. Tale approccio ha poi avuto la Corte stessa non indicando sempre con precisione il destinatario del controllo. Il termine *contras* sembrerebbe però indicare piuttosto i componenti del gruppo *contra*, mentre "*contra force*" o "*contra forces*" indicano chiaramente il gruppo nel suo insieme¹⁹.

Rileva però ai nostri fini, come vedremo, che essa intendeva in ogni caso riferirsi al gruppo nel suo insieme allorché erano in questione argomenti come la sua nascita, il finanziamento statunitense della iniziale complessiva *covert action*, l'ingrandimento del gruppo realizzatosi con il forte sostegno

¹⁹ Si veda così il seguente brano: "in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation..." (*enfasi aggiunte* per evidenziare che ci si riferisce alla forza del gruppo *contra* pur evocando i *contras*); nel seguente brano si dice invece più correttamente che "the *contra force* has, at least at one period, been so dependent on the United States that it could not conduct its crucial or most significant military and paramilitary activities without the multi-faceted support of the United States" (par. 111).

statunitense, le sue capacità militari determinate dagli Stati Uniti, la strategia e le tattiche da esso utilizzate nelle operazioni militari e determinate da quello Stato solo in parte, secondo la Corte, la politica dei leaders stabilita o condizionata sempre dagli Stati Uniti, insomma le modalità e il livello di controllo da parte degli Stati Uniti del gruppo nel suo insieme.

Ai componenti del gruppo la Corte si è invece espressamente e chiaramente riferita solo con riguardo agli addebiti da parte del Nicaragua di violazioni del “diritto umanitario” rivolte pur sempre al gruppo nel suo insieme.

b) Diversamente da quanto occorso con riguardo agli attori delle attività di minamento e degli attacchi ad alcune installazioni sul territorio nicaraguense, qui la Corte ha dedicato la sua indagine alla questione del legame fra Stati Uniti e gruppo *contra*, analizzando le prove sulla creazione del gruppo da parte di quello Stato – peraltro non provata a suo giudizio (par. 94 e par. 108) – e al multiforme sostegno da esso fornito al gruppo intensificatosi a partire dal 1981 (soprattutto rispetto alla FDN) – chiaramente provato (par. 94-102).

Essa precisava in proposito che “the support of the United States authorities for the activities of the contras took various forms over the years” e che “a number of military and paramilitary operations by this force were decided and planned, if not actually by United States advisers, then at least in close collaboration with them, and on the basis of the intelligence and logistic support which the United States was able to offer, particularly the supply aircraft provided to the contras by the United States” (par. 106). E su questo aspetto concludeva che “the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN” (par. 108).

Ma aggiungeva che “In the light of the evidence and material available to it, the Court is not satisfied that **all the operations launched** by the contra force, **at every stage** of the conflict, reflected strategy and tactics wholly devised by the United States” *lenfasi aggiuntel*, ritenendo dunque non provata l'allegazione nicaraguense che gli Stati Uniti determinassero la strategia complessiva del gruppo e tutte le tattiche da esso utilizzate nella condotta delle operazioni paramilitari (par. 106). Da tali affermazioni si evince chiaramente che, ad avviso della Corte, il sostegno/controllo statunitense era limitato a certe operazioni, mentre altre sarebbero state condotte dal gruppo senza tale sostegno; il controllo sarebbe quindi stato frammentario, in assenza di una strategia “wholly devised” dallo Stato.

In questa ottica di eventuale riferibilità agli Stati Uniti di certi comportamenti del gruppo *contra* se determinati da una specifica e provata tattica statunitense, la Corte si è chiesta se fosse fondata l'allegazione

nicaraguense secondo cui quello Stato aveva determinato nel gruppo *contra* la tattica dello “spreading of terror and danger to non-combatants as an end in itself with no attempt to observe humanitarian standards and no reference to the concept of military necessity” (par. 113). Essa ha escluso tale eventualità, ma in modo apodittico, senza cioè una motivazione basata sulle prove analizzate.

Quanto alla questione del contributo statunitense alla strategia e alle tattiche complessive del gruppo *contra*, la Corte ha così concluso: “Yet 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** */enfasi aggiunta/*” (par. 109): non sarebbe cioè stato provato che il gruppo avesse operato nel suo insieme come un organo *de facto* degli Stati Uniti ai fini della riferibilità della sua attività agli Stati Uniti. La Corte aggiungeva inoltre di essere “a fortiori unable to determine that the contra force may be equated for legal purposes with the forces of the United States” in ragione della loro autonomia che escludeva la totale dipendenza, soglia necessaria per tale equiparazione (par. 110) e per la conseguente riferibilità a questo titolo²⁰.

Alla fine di tale indagine sull’attribuzione agli Stati Uniti delle attività del gruppo *contra*, la Corte precisava che la conclusione negativa cui era pervenuta non risolveva “the entire question of the responsibility incurred by the United States through its assistance to the contras” (par. 110). L’indagine svolta che aveva purtuttavia permesso di accertare un certo livello di controllo degli Stati Uniti sul gruppo *contra* poteva cioè essere utilizzata ai fini dell’accertamento di una responsabilità ad altro titolo, su cui infatti essa tornerà. Nel frattempo, aggiungeva la Corte, “It will suffice the Court to stress that a degree of control by the United States Government, as described above, is inherent in the position in which the contra force finds itself in relation to that Government” (par. 111), posizione che verrà infatti utilizzata con riguardo all’allegazione nicaraguense della violazione sia del principio di

²⁰ Si è affermato dai più che la Corte sarebbe arrivata a tale conclusione perché avrebbe applicato uno *standard* di controllo molto elevato. Ebbene, io non concordo con tale lettura. E’ infatti naturale che per l’equiparazione del gruppo con un organo *de iure* dello Stato si richieda una dipendenza totale, come è naturale che si escluda per il gruppo nel suo insieme la qualificazione di organo *de facto* per tutte le attività da esso poste in essere se le prove mostrano la frammentarietà del controllo su di esso e, nel caso specifico del *Nicaragua*, attività del tutto separate, quelle del contesto del conflitto internazionale fra Stati Uniti e Nicaragua, e quelle del contesto del conflitto interno dei *contra* con il governo al potere, come la Corte rileverà (par. 219).

non intervento negli affari altrui che del divieto del ricorso alla forza armata, ma nel contesto dell'indagine sul diritto applicabile (determinazione che inizia al par. 183), non rilevante ai nostri fini.

c) Una volta chiusa, negativamente, la questione della riferibilità agli Stati Uniti dei comportamenti posti in essere sul campo dal gruppo *contra* nel suo insieme, la Corte è passata a chiedersi se a questo Stato fossero o meno riferibili le violazioni del “diritto umanitario” commesse da individui componenti il gruppo. La Corte non ha però motivato il perché di un'indagine concernente i componenti del gruppo piuttosto che il gruppo in quanto tale, come allegato dal Nicaragua.

L'unica ragione plausibile è che essa abbia dato rilevanza alla natura delle violazioni, da essa intuita, forse sulla base di alcune prove, come diversa dalle altre violazioni del diritto internazionale allegate dal Nicaragua a carico degli Stati Uniti tramite i comportamenti del gruppo come tale. Tra le righe della sua argomentazione a me sembra cioè di cogliere che essa abbia ritenuto - o forse pregiudizialmente ipotizzato - che le violazioni del diritto umanitario *sub iudice* fossero, nelle loro caratteristiche, diverse dalla violazione del divieto del ricorso alla forza armata, dall'attentato alla sovranità di uno Stato o dal principio di non intervento, tutte violazioni tipiche ed esclusive dell'agire “diretto” di uno Stato tramite i suoi organi *de iure* o i suoi organi *de facto* consistenti in gruppi sotto un comando unificato. Tali violazioni postulano infatti sempre una scelta, una *policy* di Stato, mentre quelle dei diritti umani postulano una siffatta *policy* solo quando vengano commesse in modo sistematico e/o su larga scala.

Credo cioè che la Corte, nella sua specifica indagine sulle allegazioni di violazioni del diritto umanitario, abbia colto questa diversità attraverso un percorso “circolare” - per riprendere un termine utilizzato da altri -, che l'ha portata a dare anzitutto rilevanza all'oggetto della riferibilità - il tipo di violazioni - e conseguentemente ai loro possibili autori, e cioè gli individui componenti il gruppo *contra*, i due elementi essendo collegati. È così che essa ha forse ritenuto che le violazioni allegate fossero state commesse in modo sporadico, accidentale, come qualche testimonianza poteva suggerire²¹, e quindi opera di singoli componenti il gruppo o non già del gruppo come tale.

²¹ Essa si riferiva infatti a “vari incidenti” o “eventi” di assassinii, torture ecc. (par. 113), come se le violazioni fossero state casuali. In verità, in alcune testimonianze si parlava anche di attacchi a interi villaggi, che potevano considerarsi piuttosto sistematici o su larga scala e quindi opera del gruppo *contra* come tale. Sarebbe dunque stata necessaria una indagine più approfondita sulla natura di tali violazioni, necessità che invece la Corte non ha avvertito.

A questo punto si poneva alla Corte la necessità di applicare lo *standard* specifico al legame eventuale fra uno Stato e gli individui componenti il gruppo *contra* ed eventualmente agenti per suo conto. Tale *standard*, molto elevato, è stato da essa individuato senza una motivazione né riferimento ad alcuna prassi. Essa ha avuto lo stesso approccio del prestigiatore che tira fuori il piccione dal suo cappello, affermando apoditticamente che mancava la prova che “the United States **directed or enforced** the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State” [*enfasi aggiunta*]. E poi, *ex post*, essa aggiungeva soltanto che “such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States” (par. 115), ciò che in astratto è lapalissiano, ma nel concreto va dimostrato.

Peraltro, la situazione accertata sul campo offriva una coerente dimostrazione: data la natura delle vittime evocate dalla Corte – non già cittadini statunitensi, ma cittadini nicaraguensi probabilmente favorevoli al governo sandinista –, le violazioni del “diritto umanitario” erano contestuali al conflitto interno in corso fra governo sandinista e ribelli e non già al conflitto internazionale in corso fra Stati Uniti e Nicaragua. Tale elemento verrà rilevato dalla Corte solo nel contesto della determinazione del diritto applicabile alla controversia *sub iudice*. Nel par. 219 essa affermerà infatti che “The conflict between the contras’ forces and those of the Government of Nicaragua is an armed conflict which is ‘not of an international character’. The acts of the contras towards the Nicaraguan Government are therefore governed by the law applicable to conflicts of that character; whereas the actions of the United States in and against Nicaragua fall under the legal rules relating to international conflicts”.

E’ dunque proprio la consapevolezza della situazione esistente sul campo, che escludeva il legame degli Stati Uniti con il gruppo *contra* allorché questo operava nel contesto del conflitto interno, ad aver portato la Corte ad escludere la “direction” e l’“enforcement” dell’attività dei componenti di tale gruppo ad opera di quello Stato, e quindi a concludere per la non riferibilità a esso delle dette violazioni di “diritto umanitario”. Purtroppo però, tale *standard* elevato di riferibilità applicato nel caso *Nicaragua* al rapporto fra Stato e individui ha finito con il condizionare i lavori della CDI sul nuovo progetto di Art. 8, che lo ha accolto con il riferimento alle istruzioni, *standard* che sarà poi applicato nel caso *Genocidio di Srebrenica*.

Forse preoccupata del fatto di non aver correttamente trattato l’allegazione nicaraguense, la Corte si è poi ulteriormente chiesta se alcune violazioni del “diritto umanitario” potessero riferirsi agli Stati Uniti nel caso in cui

esse fossero state commesse dal gruppo *contra* nel suo insieme nel corso di specifiche operazioni militari condotte sotto controllo statunitense. La Corte ha così concluso, di nuovo apoditticamente: “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” / *enfasi aggiunte*/ (par. 115).

L'espressione utilizzata per qualificare tale *standard* ha avuto il fine di marcare la differenza fra il controllo dello Stato sulle operazioni militari e paramilitari del gruppo *contra* complessivamente considerate e il controllo su sue specifiche operazioni. Se però era stato abbastanza facile per la Corte accertare la mancanza della prova di un siffatto controllo sul gruppo, meno facile si presentava la verifica della sussistenza o meno del controllo effettivo su una specifica operazione. E infatti, quel che nell'argomentazione della Corte fa qui difetto è proprio il riferimento a una siffatta verifica.

Come dunque ha potuto essa concludere che gli Stati Uniti non avevano avuto il controllo effettivo sul gruppo e sulla specifica operazione nel corso della quale le violazioni del “diritto umanitario” erano state commesse? Certamente la Corte ha di nuovo implicitamente dato rilevanza alla tipologia delle vittime di tali violazioni: membri della popolazione locale e quindi vittime di violazioni commesse nel contesto del conflitto interno fra governo al potere e ribelli e non già nel contesto del conflitto internazionale fra Stati Uniti e Nicaragua.

Dopo aver escluso la riferibilità agli Stati Uniti sia delle violazioni del “diritto umanitario” commesse dai componenti del gruppo *contra* non istruiti né diretti dagli Stati Uniti, sia di quelle commesse dal gruppo nel suo insieme durante operazioni non sotto controllo statunitense, la Corte rilevava anche qui che ciò non esauriva l'intera questione della eventuale responsabilità di questo Stato per violazioni del “diritto umanitario” poste in essere da suoi organi *de iure* in connessione con le violazioni commesse dai ribelli *contras* (par. 116). E, in effetti, essa individuava tali comportamenti nella pubblicazione e diffusione fra i componenti del gruppo *contra*, ad opera della solita Agenzia dei servizi di sicurezza statunitensi, di un “manual of psychological operations” [...], che conteneva incoraggiamenti generali a commettere atti contrari al “diritto umanitario”, riferibili dunque agli Stati Uniti *via* un loro organo *de iure*²², e non già tramite istruzioni specifiche

²² Essa accertava infatti che “in 1983 an agency of the United States Government supplied to the FDN a manual on psychological guerrilla warfare which, while expressly discouraging indiscriminate violence against civilians, considered the possible necessity of shooting civilians who were attempting to leave a town; and advised the ‘neutralization’ for propaganda

rivolte ai singoli componenti del gruppo.

A conclusione dell'esame degli aspetti per noi rilevanti di questa complessa sentenza della CIG, ecco una sintesi dei *test* di riferibilità allo Stato dei fatti di privati ivi applicati, secondo la mia lettura:

1. alla riferibilità allo Stato dei comportamenti di un gruppo gerarchicamente organizzato con una struttura di comando:

- sia il *test* del controllo consistente nella totale dipendenza dallo Stato del gruppo organizzato nel suo insieme, e quindi assimilabile a un organo *de iure*,
- sia il *test* del controllo rispetto alle attività del gruppo complessivamente considerate, consistente nello *status* del gruppo nel suo insieme quale organo di fatto dello Stato.

2. alla riferibilità allo Stato di certi comportamenti di individui:

- sia il *test* delle istruzioni o degli ordini specifici quanto ai comportamenti da tenere, sia il *test* del c.d. controllo effettivo sulla specifica operazione nel corso della quale vengano posti in essere certi comportamenti da singoli individui anche se componenti di gruppi organizzati.

Certo, la sentenza nel caso *Nicaragua* non è sempre né chiara né lineare ed è spesso apodittica, come si è visto. Per chi la legge e la commenti è quindi necessario un lavoro di interpretazione: di qui le interpretazioni contrastanti che di tale sentenza sono emerse in dottrina e la necessità che io ho avvertito di far parlare il più possibile la Corte stessa.

Tale sentenza non merita però tutte le critiche che ha ricevuto con riguardo ai *test* di attribuzione applicati. Le sue scelte in materia sono infatti sempre state guidate dalle specifiche circostanze di fatto che caratterizzavano la complessa situazione delle attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua, comprese tanto le caratteristiche dei comportamenti della cui attribuzione era questione quanto il loro contesto, quanto ancora la tipologia degli autori agenti.

purposes of local judges, officials or notables after the semblance of trial in the presence of the population. The text supplied to the contras also advised the use of professional criminals to perform unspecified 'jobs', and the use of provocation at mass demonstrations to produce violence on the part of the authorities so as to make 'martyrs'" (par. 122). E così concludeva: "The publication and dissemination of a manual in fact containing the advice quoted above must therefore be regarded as an encouragement, which was likely to be effective, to commit acts contrary to general principles of international humanitarian law [...]" (par. 255).

4. *Il caso Tadić davanti al TPIY e il criterio dell'overall control*

A. *Il contesto dei crimini addebitati a Duško Tadić*

Molto più chiara e lineare sulla problematica dell'attribuzione allo Stato dei fatti di privati è la sentenza della Camera di appello del TPIY del 15 luglio 1999, relativa ai crimini allegati dal Procuratore a carico di Duško Tadić, che erano stati commessi, come la Camera di 1a istanza di quel Tribunale aveva accertato, nel corso dei conflitti in corso in Bosnia-Erzegovina (B.-E.).

Vi si poneva naturalmente non già una questione di eventuale responsabilità di uno Stato per i comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti, ma quella di accertare se alcune vittime dei crimini in questione fossero o meno persone protette dalle disposizioni della III Convenzione di Ginevra del 1949 relative alle "infrazioni gravi", disposizioni del DIU applicabili al contesto del conflitto internazionale e non a quello del conflitto interno. Si poneva quindi il problema della natura internazionale o meno di un conflitto. Al tempo dei fatti del processo - la primavera del 1992 -, il territorio della B.-E. era infatti teatro di una situazione conflittuale particolarmente complessa.

Come la Camera di 1a istanza e quella di appello ebbero ad accertare, precedentemente ai fatti del processo si era passati da un conflitto interno alla Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia (RSFY) a un conflitto internazionale fra questa Federazione e la B.-E., che a cavallo fra il 1991 e l'inizio del 1992 si era incamminata verso l'indipendenza²³. Quel conflitto internazionale sarebbe cessato con l'abbandono del territorio bosniaco, il 19 maggio 1992, da parte di quel che restava della JNA - l'Esercito della RSFY.

Ma c'erano in B.-E., già dalla fine del 1991, le avvisaglie dello scoppio di conflitti interni proprio in ragione di quel cammino verso l'indipendenza non condiviso da una parte della comunità croato-bosniaca e dalla maggioranza della comunità serbo-bosniaca: l'odio interetnico, riemerso dalle ceneri dell'ideologia della fratellanza fra le "nazionalità iugoslave", dettava ormai le sue leggi.

Infatti, nel novembre 1991 una parte della comunità croata aveva costituito una entità ribelle al Governo in costruzione nella B.-E. – la

²³ La Repubblica di B.-E. è uno Stato federale composto di due repubbliche autonome – la Repubblica federale croato-musulmana e la Republika Srpska -, assetto frutto dell'Accordo di Dayton, mentre nel 2000 fu creato anche il Distretto di Brčko, a seguito di una contesa sui confini sorta fra le due entità per violazione di quell'Accordo, contesa risolta con l'attribuzione di quel Distretto a entrambe le entità autonome e la sottoposizione di tale assetto a una supervisione europea.

Hrvatska Republika Herceg-Bosna -, che ambiva all'annessione alla Croazia del territorio bosniaco-erzegovino preteso croato; un'analoga decisione è stata poi presa, nel gennaio del 1992, dalla grande maggioranza della comunità serba con la proclamazione della *Republika Srpska Bosne i Hercegovine*, entità che, in vista della ricostruzione della Grande Serbia (GS), ambiva all'annessione del territorio preteso serbo prima alla RSFY e poi al suo successore, la Repubblica Federale Yugoslava/Serbia-Montenegro/ (RFY)²⁴, Federazione ormai ridotta a due stati autonomi²⁵.

Dei due conflitti interni alla B.-E. furono protagoniste le rispettive forze armate, da una parte, la *Vojska Republike Srpske* (VRS), il c.d. Esercito della Repubblica Serba di B.-E., e, dall'altra, l'*Hrvatsko vijeće obrane* (HVO), il c.d. Consiglio di difesa della Repubblica croata di B.-E. Entrambe queste forze armate, che conducevano le ostilità contro l'Esercito bosniaco-musulmano, non erano altro che milizie irregolari, come infatti le NU le qualificavano. Esse erano sorte, con il rispettivo personale serbo e croato, dalla graduale disintegrazione dell'Esercito ex-iugoslavo, la *Jugoslovenska Narodna Armija* (JNA), che, nell'abbandonare il territorio bosniaco-erzegovino aveva lasciato lì buona parte del proprio personale ormai solo di etnia serba e permeato dell'ideologia della GS, oltre all'equipaggiamento da tale personale detenuto, armi comprese²⁶.

Le dette forze irregolari furono sostenute dall'esterno della B.-E.: l'una, dalla RSFY all'inizio della loro creazione e successivamente dalla RFY, e l'altra dalla Croazia già indipendente. Esse combattevano del resto per due obiettivi diversi: l'una per la costruzione della GS, ciò che porterà la VRS a combattere, per un certo periodo, anche contro l'HVO al fine di pervenire alla pulizia etnica da tutti i non-Serbi; l'altra combatteva invece per l'integrazione dei Bosniaci croati nella nuova Croazia.

Merita inoltre sottolineare, per una migliore comprensione del coinvolgimento della RFY nel conflitto, che anche la *Teritorijalna Odbrana* (TO) e cioè la c.d. Difesa territoriale-popolare, di titina memoria, ebbe un ruolo

²⁴ La prima entità fu dissolta nella primavera del 1994 grazie a un Accordo internazionale (la diplomazia a quei tempi riusciva ancora a fermare le guerre), la seconda, responsabile del genocidio di Srebrenica, esiste tuttora con persistenti istanze di indipendenza, che non le è stata mai riconosciuta; con l'Accordo di Dayton dell'autunno 1995, di cui non è parte (Karadzic, suo presidente al momento del genocidio e della Conferenza di Dayton, fu infatti ammesso a questi negoziati solo quale consulente di Milosevic, presidente della RFY), essa ha ricevuto lo *status* di entità autonoma della B.-E. ed è stata rinominata *Republika Srpska* (RS).

²⁵ E forse, provvisoriamente, essa ambiva solo alla indipendenza.

²⁶ La VRS era certamente molto simile a un esercito statale, avendo ereditato dalla JNA non solo il personale serbo e le armi, ma anche tutta la logistica, nonché il modello di organizzazione e di struttura di comando e avendo sempre mantenuto il supporto di quell'Esercito.

importante nella condotta delle ostilità fra la RSFY e la B.-E. autonoma e poi indipendente. All'inizio, la TO era naturalmente composta di tutte le nazionalità previste dalla Costituzione iugoslava ed era stata creata per il mantenimento non solo della integrità territoriale esterna della RSFY, ma anche per la difesa dalla secessione, che non era ammessa se tutte le nazionalità costituzionali non fossero state consenzienti. In guerra, tale forza di difesa territoriale era sotto il comando della JNA. All'inizio del processo di disintegrazione della ex-Iugoslavia, la TO, ormai essenzialmente a composizione serba, rappresentava la difesa da parte del popolo serbo di tutti i territori ex-iugoslavi dalla secessione delle sei Repubbliche autonome, difesa presente soprattutto sul territorio croato e su quello bosniaco-erzegovino; e questa presenza continuò in B.-E. anche dopo la dipartita della JNA dal suo territorio e lo scoppio dei successivi conflitti interni alla B.-E.: e ciò in ragione del fatto che, mentre i Bosniaci croati e i Bosniaci musulmani componenti della TO ex-iugoslava erano stati disarmati, le armi e l'equipaggiamento generale erano rimasti nelle mani dei componenti serbi di quella TO, "nazionalità" che era in larga maggioranza rispetto alle altre due.

Combattevano in B-E, oltre alla VRS e all'HVO e alla nuova TO di etnia serba integrata nella VRS, varie altre forze irregolari sostenute dalla RFY²⁷. La questione del coinvolgimento o meno della RFY nei conflitti di B.-E. tramite le forze armate che vi operavano assumeva dunque rilevanza nella determinazione della natura giuridica del conflitto.

La Camera di 1a istanza, in applicazione dello *standard* dell'*effective control* sulle operazioni militari della VRS da parte della RFY, aveva ritenuto a maggioranza, con il dissenso della Presidente, che "There is, in short, no evidence on which this Trial Chamber may confidently conclude that

²⁷ Così gli Scorpions, un gruppo armato che era stato creato nel 1991 dalla RSFY e integrato nella JNA, le Tigri di Arkan, un ex-agente dell'UDBA - la polizia segreta della RSFY, i Šešeleveci, un gruppo di volontari creato da Šešel' - uno stimato professore serbo dell'Università di Sarajevo e il più importante ideologo della Gande Serbia, condannato dal TPIY -, i Berretti rossi - ex membri delle "Unità delle Operazioni speciali" della polizia segreta serba, le Aquile bianche, gruppo fondato anch'esso nel 1991 da nazionalisti serbi (oltre a mercenari combattenti singolarmente o organizzati in gruppi, tra cui cecchini reclutati da agenzie di viaggio per gite avventurose nei week-end). Anche i Croati avevano altre forze irregolari oltre all'HVO, che venivano anch'esse sostenute dalla Croazia. La stessa B.-E. aveva reclutato gruppi di *Mujaeddin* dai Paesi di fede islamica, organizzando con essi battaglioni che mandava in prima linea a terrorizzare i Serbi e a far fuggire dal campo di battaglia i sopravvissuti al taglio della testa (come risulta dal procedimento del TPIY, a carico di Delić). La grande varietà di queste forze, alcune senza disciplina e controllo, e la conseguente irresponsabilità con cui esse combattevano, spiegano la violenza e le crudeltà di quel conflitto, che il diritto internazionale non si poteva permettere di lasciare impunito.

the armed forces of the Republika Srpska, and the Republika Srpska as a whole, were anything more than mere allies, albeit highly dependent allies, of the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) in its plan to achieve a Greater Serbia from out of the remains of the former Yugoslavia.”²⁸ Si trattava quindi per la Camera di un conflitto armato interno fra RS-VRS e B.-E., cui si applicava l’art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e non già “the grave breaches” di tali Convenzioni, per le quali Duško Tadić fu infatti assolto a quel livello.

B. La natura del conflitto davanti alla Camera di appello

a) Il Procuratore ricorse in appello su questa assoluzione e la relativa Camera si ritrovò nella necessità di accertare se il conflitto interno fra la RS e la B.-E. si fosse internazionalizzato a causa del sostegno della RFY e rendesse dunque applicabile la disciplina di Ginevra relativa al contesto dei conflitti internazionali.

La Camera di appello non si fermò all’accertamento del legame fra RFY/VJ e RS/VRS, ma cercò se nel DIU ci fossero norme specifiche alla situazione di ostilità condotte da milizie irregolari sostenute da uno Stato diverso da quello sul territorio del quale si combatteva e ne constatò la mancanza. Essa constatò tuttavia che nell’Art. 4 della III Convenzione di Ginevra, relativo alla definizione di combattente legittimo si trovava un elemento indiretto: anche i componenti delle milizie e dei gruppi paramilitari vi vengono considerati “legittimi combattenti” se essi fanno parte delle forze armate di uno Stato parte al conflitto o “appartengono a tale Stato”.

A suo dire, tale disposizione rifletterebbe sia l’esigenza che gli Stati rispondano anche dei comportamenti delle loro forze irregolari, sia la logica del DIU, che non sarebbe fondato “on formalistic postulates”, ma sarebbe “a realistic body of law, grounded on the notion of effectiveness and inspired by the aim of deterring deviation from its standards to the maximum extent possible.” E quindi da ciò conseguirebbe “that humanitarian law holds accountable not only those having formal positions of authority but also those who wield de facto power as well as those who exercise control over perpetrators of serious violations of international humanitarian law.” (par. 96).

Manca però, nell’Art. 4(2) della III Convenzione di Ginevra, la specificazione del significato dell’espressione “belonging to a Party to a conflict”, poiché non si è voluto irrigidire in una regola ciò che dipende da circostanze di fatto, come risulta anche dal commento a tale Articolo,

²⁸ *Prosecutor v. Dushko Tadić*, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 606.

a partire da quello redatto da Jean Pictet, che aveva partecipato molto attivamente alla Conferenza internazionale in cui si erano adottate le quattro Convenzioni di Ginevra²⁹. In tale commento si afferma infatti la necessità di un legame di fatto tra l'organizzazione di resistenza o la milizia o altro corpo di volontari e lo Stato coinvolto nel conflitto. Interessante in proposito è sia il frequente riferimento all'espressione "*on behalf of*" di cui al progetto di Art. 8(a) del 1996, sia il fatto che vi si riportino esempi del legame fra uno Stato e chi combatta "*on its behalf*": alcuni formali anche se taciti, come un'autorizzazione preventiva o un'approvazione o "*endorsement*" successivo, criteri che troviamo anche nella prassi relativa all'attribuzione a uno Stato dei fatti di privati; ma altri esempi che riflettono più decisamente circostanze fattuali espressione del legame di fatto³⁰.

La Camera riteneva così che "the Third Geneva Convention, by providing in Article 4 the requirement of "belonging to a Party to the conflict", implicitly refers to a test of control" (par. 95), che ben poteva accertarsi sulla base di tutte le circostanze di fatto che ruotavano attorno al conflitto in corso³¹. E, invece, condizionata a mio avviso dalla concezione giuridica della determinazione del legame fra uno Stato e un privato che agisce per suo conto, essa riteneva necessario individuare le regole che determinassero il grado di controllo necessario per poter considerare un gruppo armato appartenente a uno Stato parte a un conflitto e di dar loro una valenza di universalità.

b) Poiché nel commento all'Art. 4 non c'è traccia di una siffatta soglia, la Corte, con l'opinione contraria del giudice Shahabuddeen, ritenne di doverla cercare nella sola normativa internazionale che si occupasse allora dell'attribuzione allo Stato dei fatti dei suoi organi *de iure* e *de facto*, e cioè nella 1a Parte del vecchio Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato (il nuovo Progetto essendo ancora in corso di elaborazione alla data

²⁹ Io mi riferisco qui al Commentario aggiornato dalla CICR nel 2020, che su questo articolo ripete essenzialmente gli stessi commenti che si trovavano nel Commentario di Jean Pictet del 1960, citato dalla sentenza di appello *Tadić* nella ristampa del 1994, salvo, naturalmente, i riferimenti ai lavori della CDI sulla responsabilità degli Stati.

³⁰ E, cosa ancora più interessante ai nostri fini, è che il commento aggiornato del CICR all'Art. 4(2), citando peraltro il Progetto di Art. 8 del 2001, si riferisca anche al criterio dell'*overall control* fra i vari esempi del legame fra uno Stato e un gruppo irregolare ai fini dello *status* di 'combattente legittimo' dei suoi componenti (*Commentary on the Third Geneva Convention*, 2020, par. 1008, in <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>); e ciò certamente sulla scia della sentenza di appello nel caso *Tadić*.

³¹ Lo stesso Procuratore era stato di questa opinione. E io la condivido, anche alla luce di quanto ho rilevato a proposito della mancanza, nel Progetto di Art. 8 del 2001, di una soglia per il criterio del *control*.

della sentenza *Tadić*).

Sappiamo però che neppure qui erano previsti criteri che potessero guidare il giudice nella determinazione del grado di legame fra uno Stato e un individuo o un gruppo al fine della riferibilità dei relativi comportamenti: l'interpretazione dell'espressione "agente per conto dello Stato", come quella di "belonging to a Party to a conflict", rimaneva nelle mani del giudice, come, in verità, anche quella di "controllo". E, infatti, la Camera di appello del TPIY ha svolto tale compito interpretativo e lo ha fatto alla luce di una prassi uniforme quanto alla distinzione fra individuo e gruppo organizzato, ma molto varia rispetto alle circostanze di fatto rilevanti per l'accertamento della sussistenza di un legame adeguato alla riferibilità: ciò che conferma a mio avviso l'impossibilità di fissare tali circostanze in una norma, come aveva preteso la CIG nel caso *Nicaragua* e pretenderà la CDI con il nuovo progetto di Art. 8, del 2001.

Ma, purtroppo, anche la Camera di appello nel caso *Tadić* ha inteso fissare gli *standard* di attribuzione allo Stato dei fatti dei privati. Essa ha rilevato una prassi uniforme rispetto allo *standard* dell'*overall control* da applicarsi alle attività complessive di un gruppo organizzato nel suo insieme (par. 120, 137 e 145)³², applicandolo così al coinvolgimento della RFY tramite la VRS nel conflitto in corso in B.-E., da essa pertanto qualificato come internazionale (v. l'approfondita argomentazione nei par. 150-162). La Camera ha tenuto a sottolineare anche la differenza, rispetto alle prove, fra la situazione delle guerre civili in cui sia lo Stato territoriale ad avere il controllo del gruppo irregolare agente per suo conto e la situazione in cui ci sia uno Stato terzo a sostenere il gruppo irregolare: "Of course, if, as in Nicaragua, the controlling State is not the territorial State where the armed clashes occur or where at any rate the armed units perform their acts, more extensive and compelling evidence is required to show that the State is genuinely in control of the units or groups not merely by financing and equipping them, but also by generally directing or helping plan their actions" (par. 138). Tale situazione – Stato territoriale o Stato terzo – è risultata dunque essere un'altra circostanza di fatto che condiziona l'operazione di attribuzione.

Essa ha inoltre rilevato dalla prassi lo *standard* molto stretto delle istruzioni applicato agli individui nel caso *Nicaragua*, concependolo però solo rispetto ai comportamenti degli individui come tali o come componenti di un gruppo non organizzato (par. 124 e par. 137). Tale *standard* è stato

³² L'espressione *overall control* indica meglio dell'espressione *general control* il controllo della globalità delle operazioni del gruppo e potrebbe dunque meglio tradursi in italiano come controllo globale, come del resto espresso in francese: *contrôle global*.

indicato come *effective control*, creando così una confusione con il diverso *effective control* della CIG nel caso *Nicaragua*³³.

Nel suo tentativo di universalizzare questi *standard* e le situazioni cui essi si applicherebbero, la Camera ha però trascurato una situazione e uno *standard* ulteriore che invece la CIG, in quel caso, aveva applicato: la situazione nella quale l'individuo agisca nel quadro di un'operazione specifica di un gruppo organizzato e strutturato con una catena di comando, quello che per l'appunto si era indicato *effective control* sulla specifica operazione. Anche ciò prova che non è possibile fissare in norme tutte le situazioni che possano crearsi in un rapporto fra uno Stato e un privato agente per suo conto, soprattutto in situazioni come quelle create dai conflitti armati, che, sappiamo bene, ci riservano sempre molte sorprese nel modo in cui vengono condotti, nelle armi e in generale nei mezzi che vengono utilizzati per condurre le ostilità, nonché nei rapporti con gli Stati, che pressoché mai sono trasparenti.

C. Le caratteristiche dei crimini di diritto internazionale come elementi rilevanti nell'applicazione del criterio dell'overall control

Secondo le prove emerse nel procedimento di prima istanza in questo caso³⁴, la VRS era un gruppo organizzato e strutturato secondo una catena di comando. Nell'indagine condotta su tali prove erano inoltre ben emerse le caratteristiche dei crimini per i quali *Tadić* fu poi condannato: si trattava di crimini che non potevano essere commessi al di fuori di un contesto esteso e/o sistematico di pianificazione generale dal punto di vista sia strategico che tattico.

Su questo aspetto così si esprime la sentenza di 1a istanza: “[a] prohibited act committed as part of a crime against humanity, that is with an awareness that the act formed part of a widespread or systematic attack on a civilian population, is, all else being equal, a more serious offence than an ordinary war crime. This follows from the requirement that crimes against humanity be committed on a widespread or systematic scale, the quantity of the crimes having a qualitative impact on the nature of the offence which is seen as a crime against more than just the victims themselves but against

³³ Nel caso *Tadić* il criterio delle istruzioni è stato qualificato come *standard* dell'*effective control*, mentre questa espressione era stata utilizzata nel caso *Nicaragua*, come si è visto, per qualificare un ulteriore, diverso *standard* e cioè quello del legame fra lo Stato e il gruppo armato rispetto a una specifica operazione militare di un gruppo nel suo insieme, nel corso della quale fatti illeciti fossero commessi dagli individui componenti il gruppo.

³⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić*, ICTY, Case IT-94-1-A, Sentencing Judgment, 14 July 1997.

humanity as a whole” (par. 73).

La Camera di appello, che nei TPI rappresenta tanto una Camera di 2a istanza che, soprattutto, una Camera che dice il diritto – come le Corti di cassazione nei sistemi interni – e che ha corretto la sentenza di 1a istanza che aveva escluso il coinvolgimento della RFY nel conflitto – ha però trascurato di sottolineare la rilevanza, nell’accertamento di tale coinvolgimento, della tipologia di tali crimini: si trattava di violazioni gravi, ma anche sistematiche ed estese, accertate come tali anche in 1a istanza, come si è visto.

L'imputato, cittadino serbo della ex Jugoslavia, ma residente in B.-E., nella cittadina di Kosarac del Distretto di Prijedor, era un fervente ammiratore di Milosevic e militava nel Partito democratico serbo di B.-E. presieduto a quel tempo da Radovan Karadzic, il Presidente della RS, che già nel 1989 ne era stato uno dei fondatori. Tale Partito si era posto il compito di diffondere l'ideologia della GS e contribuire alla costruzione del relativo Stato (non è un caso che esso sia stato fondato proprio nel 1989, dopo il discorso di Milosevic alla Piana dei merli). Duško Tadić era stato eletto a Kosarac Presidente del relativo Consiglio locale e fu purtroppo molto attivo nel Distretto di Prijedor nella pulizia etnica dai non-Serbi, soprattutto dai Musulmani.

In quest'area tale pulizia fu infatti realizzata in modo ancora più feroce rispetto ad altre zone della B.-E., essendo essa strategica, in generale, per la realizzazione proprio della GS e, in particolare in quel periodo, come ci dice la sentenza di 1a istanza, per i rifornimenti in armi che arrivavano dalla Serbia e dal Montenegro: “Opstina Prijedor was significant to the Serbs because of its location as part of the land corridor that linked the Serb-dominated area in the Croatian Krajina to the west with Serbia and Montenegro to the east and south”³⁵. Ritengo, dunque, che, nel correggere l'errore della sentenza di 1a istanza, la Camera di appello fosse ben consapevole di tali circostanze e quindi del fatto che solo un gruppo organizzato secondo una struttura di comando potesse aver realizzato sul campo quei crimini e solo grazie al sostegno di quello Stato nel quale l'ideologia della GS era nata, era stata diffusa in tutte le sue ex-repubbliche autonome, era stata realizzata anzitutto dal suo Esercito, la JNA, con la pulizia etnica dai non Serbi di tutti i suoi territori, impresa criminale che era continuata con il sostegno dato dalla RFY alla RS e alla sua forza armata, la VJ succeduta alla JNA.

Si trattava dunque di un conflitto internazionale.

³⁵ *Prosecutor v. Duško Tadić*, ICTY, Case IT-94-1-A, *Opinion And Judgment*, 7 May 1997.

D. *La differenza fra general control e overall control*

L'overall control della RFY sulla VRS, come il controllo generale degli Stati Uniti sul gruppo *contra* di cui al caso *Nicaragua*, possono apparire, in una lettura superficiale delle argomentazioni della CIG e della Camera di appello del TPIY, espressione dello stesso tipo di sostegno da parte dei relativi Stati, e cioè due *standard* coincidenti di controllo. Ma così non è.

E' vero che in entrambi i casi si è provato che lo Stato aveva finanziato, equipaggiato, fornito la logistica, e contribuito all'organizzazione del gruppo agente – i *contra* e la VRS. Nel caso *Nicaragua* si è però ritenuto non provato che la strategia e le tattiche del gruppo fossero state complessivamente determinate dagli Stati Uniti, ciò che ha escluso per la CIG la possibilità di considerare il gruppo *contra* nel suo insieme come assimilabile a un organo statunitense *de iure* o come un organo *de facto*. Nel caso *Tadić*, invece, si è posto un accento particolare sulle prove relative tanto alla preparazione, pianificazione e organizzazione delle complessive operazioni militari della RFY quanto all'obiettivo comune perseguito da tale Federazione insieme alla RS e tramite la VJ, la VRS e gli Scorpions (la costruzione della GS). Quindi, in sostanza, si è posto un accento particolare sulla strategia e le tattiche di una pulizia etnica genocidiaria, originate nella RSFY e che la sua erede ha continuato a perseguire e realizzare sul territorio della B.-E. anche con forze irregolari.

Ciò significa che dunque, nel caso *Nicaragua*, sebbene sia risultato provato il controllo generale sul gruppo *contra* - ritenuto però insufficiente per la riferibilità -, non si è provato l'*overall control*, quale inteso e accertato nel caso *Tadić*, e cioè come comprensivo di un controllo generale ma più stretto.

Le due conclusioni diverse cui si è arrivati nei due casi a proposito del coinvolgimento dello Stato nei comportamenti del gruppo armato è stato dunque determinato dalle prove che mostravano situazioni e circostanze diverse: insomma, il general control è risultato espressione di una maggiore autonomia della forza *contra* dagli Stati Uniti rispetto all'*overall control* quale espressione di una minore autonomia della VRS e degli Scorpions dalla RFY. E ciò in ragione del fatto che mentre gli Stati Uniti, pur avendo finanziato e rifornito in armi il gruppo *contra*, non avrebbero avuto il controllo della pianificazione e strategia delle attività complessive del gruppo, invece il controllo della RFY "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" (par. 145).

5. *Il caso Genocidio di Srebrenica davanti alla Corte Internazionale di Giustizia e i criteri di riferibilità alla RFY dei crimini internazionali di milizie irregolari*

Per la conclusione accolta sulla non attribuzione alla RFY della commissione del genocidio di Srebrenica, questa sentenza era certamente di difficile comprensione soprattutto per chi, come il giudice Nino Cassese, ben conosceva le ragioni e le dinamiche del conflitto interno in B.-E., internazionalizzatosi a partire dal maggio 1992 (il genocidio è del luglio 1995). Fra tante questioni ivi affrontate, di cui alcune interessanti anche dal punto di vista delle soluzioni accolte dalla Corte, rilevano per l'appunto ai nostri fini gli *standard* applicati nell'operazione di attribuzione.

E' stato abbastanza facile per la CIG accertare le prove di crimini commessi dai militari o paramilitari serbi e serbo-bosniaci operanti in B.-E. dal maggio 1992 al luglio 1995 e verificare quali di questi crimini potessero qualificarsi come atti di genocidio, poiché il ricorso della B.-E. contro la RFY, succeduta alla ex-Iugoslavia su una parte del suo territorio e composta delle sole repubbliche autonome di Serbia e Montenegro, era per l'appunto fondato sulla Convenzione contro il genocidio del 1948.

La questione centrale e più complessa per la Corte era però certamente quella della riferibilità del crimine di genocidio alla RFY, allegata dallo Stato ricorrente. Secondo la B.-E. si trattava infatti di atti di genocidio riferibili alla RFY vuoi "direttamente" tramite i suoi militari, vuoi tramite la VRS – a noi già nota come forza armata della autoproclamatasi Repubblica serba di Bosnia-Erzegovina e, lo ricordo, indicata dalle Nazioni Unite come milizia irregolare –, vuoi tramite gli Scorpions – il gruppo armato di volontari serbi che pure conosciamo dal caso Tadic.

Sotto l'aspetto dei fatti a base di questa riferibilità, lo Stato ricorrente faceva valere che il legame fra la RFY e queste milizie era molto stretto sul piano politico, finanziario, come della gestione amministrativa e del controllo della RS e della VRS³⁶. Quanto al legame militare e finanziario la Corte osservava che "insofar as the political sympathies of the Respondent lay with the Bosnian Serbs, this is not contrary to any legal rule". Come

³⁶ In particolare sul piano finanziario, sia la Federazione iugoslava che le due suddette entità, nonché la Republika Srpska Krajina (RSK), sarebbero state integrate attraverso la creazione di un'unica entità che permetteva la fornitura di armi alle due milizie e il loro finanziamento insieme a quello della VJ, l'Esercito della Federazione. Ciò sarebbe stato reso possibile anche grazie al fatto che le Banche delle due entità ribelli al governo della B.-E. erano sotto il controllo della Banca nazionale della RFY, che era una istituzione governativa (allegazioni sintetizzate dalla Corte nei parr. 240 e 241).

però essa stessa ha poi sottolineato, lo Stato ricorrente allegava altresì, relativamente al piano politico, che “the Respondent, under the guise of protecting the Serb population of Bosnia and Herzegovina, in fact conceived and shared with them the vision of a ‘Greater Serbia’, in pursuit of which it gave its support to those persons and groups responsible for the activities which allegedly constitute the genocidal acts complained of” (par. 237). E tale visione sarebbe risultata anzitutto dagli “Strategic Goals” articulated by President Karadžić’ at the 16th Session of the FRY Assembly on 12 May 1992, and subsequently published in the Official Gazette of the Republika Srpska” e, in secondo luogo, dalla “consistent conduct of the Serb military and paramilitary forces vis-à-vis the non-Serb Bosnians showing, it is suggested, an overall specific intent (*dolus specialis*)” (*ibidem*).

L'aspetto della ricostruzione della GS era dunque centrale rispetto alla riferibilità alla RFY delle condotte delle varie milizie, ma purtroppo, come vedremo, la Corte non ne ha affatto tenuto conto. Essa però ha dovuto riconoscere che quanto al supporto militare e finanziario della RFY alla RS, se esso fosse stato ritirato “this would have greatly constrained the options that were available to the Republika Srpska authorities” (par. 241). Con questa affermazione essa si è però apoditticamente liberata di questa prova osservando che questa situazione era certamente esistita all'inizio del conflitto, ma non più durante gli eventi di Srebrenica.

Con riguardo al periodo nel quale essa aveva invece accertato che si erano svolti i drammatici eventi del genocidio di Srebrenica, la Corte ha esplicitato nei seguenti termini i suoi compiti sulla riferibilità: “First, it needs to be determined whether the acts of genocide could be attributed to the Respondent under the rules of customary international law of State responsibility”. Ciò significava, precisava la Corte, accertare se “the acts were committed by persons or organs whose conduct is attributable, specifically in the case of the events at Srebrenica, to the Respondent” (par. 379).

In secondo luogo bisognava anche accertare “whether acts of the kind referred to in Article III of the Convention, other than genocide itself, were committed by persons or organs whose conduct is attributable to the Respondent under those same rules of State responsibility: that is to say, the acts referred to in Article III, paragraphs (b) to (e), one of these being complicity in genocide” (*ibidem*). La Convenzione del 1948 contempla infatti la responsabilità penale degli individui e la responsabilità internazionale degli Stati, oltre che per gli atti di genocidio elencati nell'Art. II, anche per la “Conspiracy to commit genocide”, il “Direct and public incitement to commit genocide”, l’“Attempt to commit genocide”, la “Complicity in genocide”. Quest'ultima fattispecie corrisponde, rispetto alla responsabilità degli

Stati, nell'aiuto e nell'assistenza forniti agli autori individui o gruppi degli atti di genocidio, come la Corte stessa ha avuto modo di precisare (par. 419).

A. *La questione di riferibilità tramite organi de iure*

La Corte si è dunque anzitutto dedicata a verificare se gli atti di genocidio e quelli di assistenza a tali atti fossero stati commessi “by persons, group of persons, entities” qualificati come organi *de iure* dal diritto interno della RFY, in particolare suoi militari o politici di alto livello.

A suo avviso, da nessuna prova risultava che militari della RFY avessero partecipato ai massacri, né che i *leaders* politici di tale Stato “had a hand in preparing, planning or carrying out the massacres” (par. 386).

Lo Stato ricorrente faceva però valere che alcuni componenti della VRS fossero da considerarsi organi della RFY perché, provenienti dalla ex JNA e poi dalla successiva VJ, e fossero ancora pagati da questa Forza armata e ricevessero da essa i benefici previsti per i militari, oltre a fare ancora parte del suo 30esimo Centro di Belgrado che gestiva il personale della VJ.

La Corte osservava in proposito che “There is no doubt that the FRY was providing substantial support, inter alia, financial support, to the Republika Srpska and that one of the forms that support took was payment of salaries and other benefits to some officers of the VRS, but this did not automatically make them organs of the FRY” (par. 388). Essa così motivava tale conclusione: “Those officers were appointed to their commands by the President of the Republika Srpska, and were subordinated to the political leadership of the Republika Srpska. In the absence of evidence to the contrary, those officers must be taken to have received their orders from the Republika Srpska or the VRS, not from the FRY” (*ibidem*).

Pertanto, tale motivazione è una supposizione piuttosto che la dimostrazione di un fatto. Inoltre, il seguito del ragionamento della Corte non riflette affatto la situazione sul campo. Essa sosteneva che ai sensi dell'Art. 4 del Progetto della CDI e del relativo commento (par. 1) le funzioni degli ufficiali delle VRS, compreso Mladic, si sarebbero svolte “on behalf of the Bosnian Serb authorities, in particular the Republika Srpska, not on behalf of the FRY” (par. 388): gli ufficiali avrebbero cioè “exercised elements of the public authority of the Republika Srpska” (*ibidem*). Su questa affermazione merita osservare che, essendosi la RS costituita come entità ribelle al Governo bosniaco-erzegovino e non essendo stata riconosciuta dalla comunità internazionale come Stato indipendente³⁷, essa

³⁷ La Corte ha in verità affermato che la RS era “parzialmente indipendente”, ma ciò è una contraddizione *in terminis*, perché a livello internazionale l'indipendenza è una situazione

non poteva considerarsi una pubblica autorità e gli ufficiali della VRS non potevano esercitare pubbliche funzioni per suo conto, ma potevano solo operare come privati. Inoltre, il commento della CDI all'Art. 4(1) si riferisce all'autorità pubblica come parte dello Stato destinatario dell'operazione di attribuzione, mentre la Corte evocava una entità pubblica la cui attività era oggetto di tale attribuzione; come entità pubblica questa poteva infatti esserlo solo nel quadro della B.-E. quale sua repubblica autonoma, *status* che la RS aveva rifiutato con la ribellione e acquisirà con l'Accordo di Dayton.

Ma soprattutto alla Corte è sfuggito l'ulteriore rilevante stato dei fatti: il generale Mladic, per l'appunto il Capo della VRS pagato dalla VJ e registrato tra il suo personale e che era stato per una vita ufficiale della JNA e delle Forze armate iugoslave a essa succedute, dichiarava sempre di dover conquistare la Regione di Srebrenica, compresa l'enclave demilitarizzata e "protetta" dalle NU – si fa per dire³⁸ –, per poterla liberare dagli invasori musulmani - vittoriosi nel 1389 nella battaglia della Piana dei Merli - e poterla restituire ai Serbi tutti in funzione della ricostruzione della gloriosa GS! Egli e i suoi ufficiali operavano dunque "on behalf" dello Stato erede di quello dove l'ideologia di tale ricostruzione era sorta e che per l'appunto, per raggiungere questo obiettivo si serviva della RS e della VRS, costituitesi nel complesso e vasto territorio ex-iugoslavo dello Stato indipendente di B.-E. per poterne "riconquistare" la più parte.

Se la Corte avesse svolto un'indagine più approfondita dei fatti legati alla conquista e al genocidio di Srebrenica, tutto ciò non le sarebbe sfuggito³⁹.

Nel caso *Tadic*, invece, i due elementi del pagamento dei salari e della registrazione nella lista del personale della VJ, che sussistevano nel 1992 – l'anno dei fatti di quel caso - e dalle prove nel caso *genocidio* non risultavano affatto mutati nel 1995, erano stati considerati rilevanti nella determinazione dell'*overall control* esercitato dalla RFY sulla RS e sulla VRS quale espressione del coinvolgimento della RFY nel conflitto e quindi

di fatto nella sua integrità senza la quale lo Stato non esiste, ma gode solo di un'autonomia a livello interno.

³⁸ Certamente i *peace-keepers* ai vertici della Forza di pace delle NU presenti a Srebrenica sono stati ingenui e superficiali a non capire l'inganno di Mladic e a brindare con lo champagne da lui offerto per plaudire, con i vertici serbi, all'accordo "fasullo" cui erano arrivati sulla liberazione di tutta la popolazione dell'enclave, civili e militari, mentre era già in corso sia la caccia agli uomini e adolescenti musulmani fuggiti per i boschi e destinati alla morte, sia il raggruppamento di donne, bambini e vecchi, per il loro trasferimento forzato nel territorio sotto controllo musulmano e lontano dall'enclave.

³⁹ Ma forse si potrebbe dire in proposito, parafrasando una frase del giudice Cassese sulla CIG del caso *Nicaragua*, che "practical wisdom and judicial restraint prompted the Court from not making" the RFY accountable for the commission of genocide".

della natura internazionale dello stesso. E nella decisione *Tadic* si è anche dato rilevanza a quanto era emerso nei negoziati di Dayton, dove i politici della RS erano stati ammessi non già a rappresentare la RS, ma solo come consulenti di Milosevic, che quindi rappresentava anche la RS oltre che la RFY. Il Presidente e il Ministro degli Esteri della RFY hanno del resto firmato gli Accordi finali prendendo impegni anche per conto della RS. Nella sentenza sul Genocidio di Srebrenica non si è invece data alcuna rilevanza neppure a quanto era occorso a Dayton nei rapporti fra RFY e RS e che rappresentava la presa d'atto internazionale della dipendenza della RS e della sua forza militare dalla RFY e dalla VJ.

Lo Stato ricorrente faceva inoltre valere che nel 1991 gli Scorpions erano stati incorporati con un decreto nelle Forze armate della ex-Iugoslavia come componenti delle Forze di sicurezza e che dopo la disintegrazione di quello Stato quella milizia aveva continuato a essere legata al Ministero degli interni (MUP) degli Stati eredi, compresa la RFY. Secondo la B.-E., tale milizia si sarebbe dunque dovuta considerare organo *de iure* di tale Stato.

La Corte, dopo aver sottolineato che la questione della natura della milizia Scorpions si poneva nel caso in questione con riguardo al 1995 e non agli anni precedenti, rilevava che in due documenti presentati dal ricorrente e relativi a questo periodo ci si riferiva agli "Scorpions" come "MUP of Serbia" e "a unit of Ministry of Interiors of Serbia". Ma l'autenticità di tali documenti era messa in dubbio dal convenuto. La Corte concludeva dunque di essere "unable to find that the 'Scorpions' were, in mid-1995, *de jure* organs of the Respondent" e aggiungeva che "in any event the act of an organ placed by a State at the disposal of another public authority shall not be considered an act of that State if the organ was acting on behalf of the public authority at whose disposal it had been placed" (par. 389). Anche qui è tornata la confusione relativa alla RS come pubblica autorità cui, ipotizzava la Corte, gli Scorpions potrebbero essere stati prestati dalla RFY per operare a suo nome.

Con una indagine più approfondita e coerente, la Corte avrebbe forse potuto scoprire che fra RFY e Scorpions – cittadini serbi che portavano berretti con la bandiera serba e che erano certamente ancora molto fortemente legati ai servizi di sicurezza serba, anche se forse nel 1995 non più dipendenti del MUP serbo - esisteva un legame come quello che era stato accertato nel caso Nicaragua fra USA e cittadini statunitensi agenti CIA, che erano stati indicati dalla Corte del 1986 come agenti degli Stati Uniti e cioè come loro organi *de iure* al pari della stessa CIA.

B. *La questione di riferibilità tramite privati totalmente dipendenti dallo Stato*

Lo Stato ricorrente aveva però anche allegato che “Republika Srpska and the VRS, as well as the paramilitary militias known as the “Scorpions”, the “Red Berets”, the “Tigers” and the “White Eagles” must be deemed, notwithstanding their apparent status, to have been “de facto organs” of the FRY, in particular at the time in question, so that all of their acts, and specifically the massacres at Srebrenica, must be considered attributable to the FRY/.../” (par. 390).

E nell'esame di questa allegazione la CIG del 2007 ha di nuovo confuso le acque. Infatti, riferendosi a sproposito a quella che essa indicava come la sua “giurisprudenza” - relativa però al solo caso *Nicaragua* e peraltro difforme da quanto essa avrebbe sostenuto – la Corte ha fatto una incomprensibile confusione fra lo *status* di un “individuo, un gruppo o un'entità” quale organo statale equiparabile a quello *de iure* sulla base del legame della “complete dependance” dallo Stato, e quello di organo *de facto*.

Preferisco far parlare sul punto solo e direttamente la Corte: “The first issue raised by this argument /ci si riferisce alla suddetta allegazione/ is whether it is possible in principle to attribute to a State conduct of persons — or groups of persons — who, while they do not have the legal status of State organs, in fact act under such strict control by the State that they must be treated as its organs for purposes of the necessary attribution leading to the State's responsibility for an internationally wrongful act/.../(par. 391). E fin qui era tutto corretto, perchè sebbene la Corte non avesse evocato la condizione di organo di fatto, essa però, riferendosi a tali organi come agenti in fact e sotto il controllo dello Stato, sembrava voler indicare tale condizione, quale ritenuta nella sentenza *Nicaragua*⁴⁰ e nel Progetto della CDI.

Ma poi, invece, essa ha così specificato: “However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's Judgment

⁴⁰ Ricordo che, nel 1986, a conclusione di due indagini separate sui due *status*, la Corte aveva sostenuto: da una parte, “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”, cioè come organi di fatto dello Stato sulla base del vecchio Art. 8 del Progetto della CDI; e, dall'altra, che la Corte era “a fortiori unable to determine that the contra force may be equated for legal purposes with the forces of the United States” in ragione di una pretesa totale dipendenza: quindi due *status* diversi (forse è meglio dire uno *status* e una condizione) sulla base di due *standard* di riferibilità diversi, che invece la Corte del 2007 ha unificato nel legame della “complete dependance”, dimenticando del tutto di porsi la questione della condizione di organo di fatto.

quoted above/quello nel caso *Nicaragua*/ expressly described as “complete dependence”. It remains to be determined in the present case whether, at the time in question, the persons or entities that committed the acts of genocide at Srebrenica had such ties with the FRY that they can be deemed to have been completely dependent on it; it is only if this condition is met that they can be equated with organs of the Respondent for the purposes of its international responsibility” (par. 393). E la Corte concludeva: “the acts of genocide at Srebrenica cannot be attributed to the Respondent as having been committed by its organs or by persons or entities wholly dependent upon it”, poichè, mentre i rapporti politici e militari fra le autorità federali di Belgrado e quelle di Pale erano stati molto stretti negli anni precedenti, “they were, at least at the relevant time, not such that the Bosnian Serbs’ political and military organizations should be equated with organs of the FRY”. E qui essa dava anche una motivazione: “It is even true that differences over strategic options emerged at the time between Yugoslav authorities and Bosnian Serb leaders; at the very least, these are evidence that the latter had some qualified, but real, margin of independence” (par. 394).

E’ soprattutto la confusione fra i due *status* e il loro trattamento secondo solo quello dell’equiparazione a organi *de iure* in ragione della totale dipendenza, ad aver portato la Corte a non porsi affatto la questione dell’attribuzione alla RFY dei comportamenti della RS, della VRS e degli Scorpions quali organi di fatto (par. 397).

C. La riferibilità diretta tramite istruzioni o controllo da parte di organi de iure

Inoltre, la Corte non si è neppure posta la questione dell’attribuzione alla RFY dei comportamenti della RS, della VRS e degli Scorpions quali organi di fatto di quello Stato allorché ha inteso applicare l’Art. 8 del Progetto della Commissione del 2001 e, in particolare i criteri in esso previsti “delle istruzioni, delle direttive e del controllo”, che la CDI, come sappiamo, ha considerato come criteri di riferibilità allo Stato dei fatti di privati suoi organi di fatto.

Citando anche qui a sproposito il caso *Nicaragua*, e lo stesso Progetto di Articoli della CDI, essa non ha infatti applicato i detti criteri come espressione del legame fra lo Stato e il privato, ma li ha applicati al di fuori del contesto dello *status* di organo di fatto, precisando cioè che una eventuale risposta positiva alla questione della riferibilità allo Stato di fatti che erano stati posti in essere su istruzioni, direttive o sotto il controllo dello Stato “would in no way imply that the perpetrators should be characterized as organs of the FRY, or equated with such organs” (par. 397).

Secondo la Corte, in questi casi la responsabilità della RFY “would be incurred owing to the conduct of those of its own organs which gave the instructions or exercised the control resulting in the commission of acts in breach of its international obligations” e ancora: “In other words, it is no longer a question of ascertaining whether the persons who directly committed the genocide were acting as organs of the FRY, or could be equated with those organs — this question having already been answered in the negative. What must be determined is whether FRY organs — incontestably having that status under the FRY’s internal law — originated the genocide by issuing instructions to the perpetrators or exercising direction or control, and whether, as a result, the conduct of organs of the Respondent, having been the cause of the commission of acts in breach of its international obligations, constituted a violation of those obligations” (par. 398)

In tal modo essa ha dato una interpretazione del nuovo Art. 8 del Progetto della CDI che non corrisponde affatto all’intento con cui esso era stato elaborato e adottato e che appare ben chiaro dal Commentario⁴¹.

A questo punto, la Corte si è dedicata alla critica apodittica, già da me evocata, al test dell’*overall control*, critica che così chiuderà in modo fallimentare la questione della riferibilità alla RFY del genocidio di Srebrenica.

D. La rilevanza per la riferibilità della natura dei comportamenti

Chiuse con confusioni evidenti le questioni di attribuzione allo Stato dei comportamenti di privati, emergeva davanti alla CIG l’aspetto della rilevanza della natura dei comportamenti *sub iudice*, oggetto fondamentale di questo *paper*.

La Corte ha dovuto cioè esaminare anche l’allegazione dello Stato ricorrente secondo cui “the crime of genocide has a particular nature, in that it may be composed of a considerable number of specific acts separate, to a greater or lesser extent, in time and space” e che “this particular nature would justify, among other consequences, assessing the “effective control” of

⁴¹ In ogni caso, merita anche qui rilevare, come già per la CIG nel caso *Nicaragua* e per la Camera di appello del TPIY nel caso *Tadić*, che neppure in questo caso la Corte ha tenuto conto di come sia pressoché impossibile provare, in qualsiasi situazione e non solo in quella della RFY rispetto al conflitto in corso in B.-E., che un Capo di Stato o un Capo di stato maggiore o altro alto ufficiale delle Forze armate dia istruzioni specifiche alla commissione di un genocidio, un crimine che nasce da una *policy* di governo che non si inventa dall’oggi al domani. Ma nel caso specifico, era ancor più difficile ipotizzare che una *leadership* guidata da Milosevic, un politico di lungo corso, potesse esporsi dando direttive o ordini specifici alla distruzione presente e futura della comunità musulmana di Srebrenica; peraltro, nessun membro di quella *leadership* avrebbe osato prendere tale iniziativa senza il consenso del “grande capo”.

the State allegedly responsible, not in relation to each of these specific acts, but in relation to the whole body of operations carried out by the direct perpetrators of the genocide” (par. 401).

Ma la Corte ha respinto tale allegazione sostenendo apoditticamente “that the particular characteristics of genocide do not justify the Court in departing from the criterion elaborated in the Judgment in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua /.../. The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*/.../This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility”.

E invece, come ho cercato qui di dimostrare, non è necessaria alcuna *lex specialis*, poiché i criteri di riferibilità dipendono dalle circostanze specifiche del caso *sub iudice*, tra cui la natura dei crimini, e certamente l'*overall control* è il criterio più adeguato all'operazione di riferibilità a uno Stato di crimini gravi ed estesi “in time and space”, quali lo sono i crimini di rilevanza internazionale, in particolare il genocidio di cui in questo caso era questione.

6. Breve conclusione

Il genocidio di Srebrenica fu eseguito in meno di una settimana, come mai accaduto in così poco tempo nella storia dei genocidi, sia con l'uccisione di 7000-8000 musulmani di sesso maschile, in età di procreazione⁴² e idonei alle armi – perfino giovanissimi adolescenti -, i cui corpi furono a lungo nascosti alla comunità internazionale in centinaia di fosse comuni sparse sulle colline e sui monti della Regione, sia con l'ulteriore trasferimento forzato, organizzato con decine e decine di autobus e camion, di altre migliaia di bambini, donne e anziani sopravvissuti alla conquista serba dell'enclave di Srebrenica⁴³. E fu poi realizzata un'ulteriore immensa impresa nefanda

⁴² La motivazione che più spesso viene data dei 7000/8000 assassinii è che le vittime fossero dei militari pronti a riprendere in quell'area i combattimenti contro i Serbi, ciò che non è affatto tipico del crimine di genocidio e non spiegherebbe l'assassinio anche di molti maschi adolescenti. E' quanto si dimostrerà nel 2016 nella sentenza di 1a istanza nel caso *Karadzic*, in particolare con la prova dell'ossessione dell'imputato per il problema demografico: a suo dire, “i Musulmani facevano troppi figli”, invadendo così i territori non solo della ex-Iugoslavia, ma anche “di tutta l'Europa, la quale sarebbe stata incapace di arginare l'invasione”!

⁴³ E non è assolutamente vero che, come si diceva negli *Strategic Goals*, la distruzione dei Musulmani non sarebbe stata contemplata essendosi lì menzionata solo “their departure” e

per continuare a tenere nascosto il genocidio alla comunità internazionale, quella di rendere molto difficili o perfino impossibili i riconoscimenti dei corpi che, nel passaggio da fosse primarie a fosse secondarie, venivano frammentati e buttati in ordine sparso.

Tutto ciò fu realizzato in modo così rapido, proprio perché pianificato e preparato da tempo secondo una *policy* di governo. Sappiamo infatti che il regime di Tito aveva solo buttato un po' di cenere su un odio che veniva da lontano – pressoché due secoli – e che si era riacceso con le vicende drammatiche della II guerra mondiale, allorché i Cetnici, e cioè i combattenti dell'ideologia della Grande Serbia, erano riusciti a sterminare decine di migliaia di Musulmani e Croati, mentre gli Ustascia sterminavano migliaia di Serbi.

E dopo la scomparsa di Tito, Milosevic provvide a togliere questa cenere già nel 1989, come anche le prove davanti alla CIG nel caso *Genocidio di Srebrenica* mostravano, con il discorso di commemorazione della sconfitta serba nella Piana dei Merli, in Kosovo, sei secoli prima!, ad opera dei conquistatori ottomano-musulmani. Da quel momento ricominciò la diffusione dell'odio interetnico che pose fine all'ideologia, artificiosa, della fratellanza iugoslava e portò alla resurrezione dell'ideologia della Grande Serbia. In B.-E. fu anche fondato, come abbiamo visto, un partito ispirato a tale ideologia, che iniziò la pianificazione della pulizia etnica ad opera dei Serbi da Croati e soprattutto da Musulmani in tutto il territorio della ex-Iugoslavia, ciò che provocò anche una pulizia etnica dai Serbi in Croazia e nelle zone della B.-E. sotto controllo musulmano.

L'apice della pulizia etnica realizzata dai Serbi fu rappresentato dal genocidio di una comunità musulmana da secoli stanziata nella Regione di Srebrenica – si trattava del 70% della sua popolazione⁴⁴ –, di cui bisognava distruggere il presente e il futuro sia per non lasciare più tracce della conquista ottomana della Serbia, di cui quella Regione rappresentava il simbolo per eccellenza, sia per poter “ricquistare” un'area che era la più ricca dell'ex-Iugoslavia, soprattutto in risorse minerarie.

Ed è soprattutto l'accertamento di questa *policy* e della relativa pianificazione del genocidio ad aver portato la Camera di appello del TPIY ad applicare l'overall control della RFY sulla VRS quale *standard* per ritenere

non le uccisioni (par. 279). Anche il trattamento inflitto con i trasferimenti forzati e le espulsioni di massa distruggono la vita comunitaria di un gruppo come tale. Gli atti di genocidio contemplati nella Convenzione del 1948 sono infatti alternativi e non cumulativi!

⁴⁴ Va però ricordato in proposito che quando l'enclave venne conquistata vi si trovavano non solo i suoi abituali residenti, ma anche migliaia di Musulmani dei dintorni, rifugiati in cerca di protezione internazionale!

il coinvolgimento di questo Stato nel conflitto in corso in B.-E.: era infatti proprio quella *policy* comune alla RFY e alla RS ad aver determinato la pianificazione del genocidio, la strategia e le tattiche delle milizie paramilitari che hanno reso possibile la sua commissione ad opera della *leadership* serba rappresentativa di tutto il mondo serbo dell'ex-Iugoslavia.

Del resto, le prove che si trovavano anche davanti alla CIG offrivano, a mio avviso, vari elementi che dimostravano come, nell'organizzazione ed esecuzione del genocidio, la VRS avesse agito nel suo insieme in modo molto ben coordinato, efficiente ed efficace, nonché secondo una *policy* da tempo predeterminata anzitutto dalla RSFY e presa poi in eredità dalla RFY.

Per ritenere coinvolta la RFY nella pianificazione, preparazione, ideazione della strategia e delle tattiche, nell'organizzazione, nella fornitura dei mezzi di trasporto non solo dei vivi, e cioè per il trasferimento forzato di anziani, donne e bambini, ma anche per l'occultamento dei corpi dei maschi musulmani assassinati soprattutto perché atti alla procreazione, non era certamente necessaria la verifica dell'esistenza di specifiche istruzioni o di un *effective control* sui singoli atti di genocidio posti in essere dagli ufficiali e dai paramilitari componenti le due milizie, come la CIG ha preteso.

Insomma, il genocidio è un crimine che solo un gruppo organizzato in modo efficiente è in grado di realizzare nel suo insieme. Inoltre, una operazione come il genocidio di Srebrenica, con le proporzioni e la rapidità con cui esso è stato realizzato, non avrebbe potuto compiersi senza il decisivo coinvolgimento di un'entità, che, dotata di proprie risorse e forte anche del suo Esercito, sostenesse le milizie incaricate dell'esecuzione del genocidio sotto l'aspetto non solo finanziario e logistico, ma anche della ideazione, pianificazione, organizzazione e della realizzazione del nefando obiettivo da perseguire e realizzare.

E non si poteva certo ritenere che un'entità del genere potesse essere solo la RS, un gruppo di insorti contro il governo bosniaco-erzegovino, seppure ben organizzato perché in verità costola della RFY. Tale entità si trovava peraltro sotto le sanzioni della comunità internazionale, per cui i mezzi per un conflitto feroce come esso è stato venivano forniti in continuità da quella che poteva dirsi la sua "madrepatria", e cioè la Serbia parte della RFY. Del resto, la RS, che si pretendeva indipendente ma non era stata riconosciuta come tale, non aveva propri confini internazionali, poiché il confine della Drina, che formalmente era il confine internazionale della B.-E. con la RFY, era per la RS quello "interno" che in fatto la univa alla Serbia, nella logica per l'appunto dell'obiettivo della ricostruzione della GS.

Il mancato accertamento della responsabilità della RFY per il genocidio

di Srebrenica, per via della mancata presa in considerazione, nella logica della riferibilità quale operazione di fatto, delle circostanze particolari del caso di specie - oppure, se preferite, per via di un errore nell'applicazione delle "norme" rilevanti in materia di riferibilità - ha contribuito, a mio avviso, alla crescita esponenziale del fenomeno dell'utilizzo delle criminali milizie irregolari come arma di guerra per vincere a tutti i costi. Tale crescita si è cioè realizzata anche per la consapevolezza degli Stati della propria "impunità", di cui la sentenza della CIG nel caso *Genocidio di Srebrenica* è l'emblema. Di tale genocidio nessuno Stato è infatti risultato giudiziariamente responsabile.

Ne sono risultati responsabili solo gli individui condannati dal TPIY, ma questa giustizia, che, come quella del TPIR, ha colpito numeri esigui di criminali, è riuscita a operare molto modestamente quale deterrenza per il futuro, e solo a livello locale della ex-Iugoslavia e del Ruanda, come le attuali guerre in corso in varie parti del mondo, ma in particolare quelle di Ucraina e di Gaza ci mostrano.

Né l'attività della CPI, creata con un accordo internazionale a vocazione universale, ratificato finora da 125 Stati, ma alla cui elaborazione ha attivamente partecipato tutta la comunità internazionale - in particolare le ex Grandi Potenze che ora combattono la Corte - rappresenta un rimedio alla impunità e quindi una efficace deterrenza per il futuro, poiché anche alcuni Stati parti, tra cui purtroppo l'Italia - che tanto ha fatto e dato per la creazione di tale Corte -, rifiutano la cooperazione con essa, non solo facendo valere l'immunità dei "grandi responsabili dei crimini", anche se destinatari di un mandato di arresto da parte della CPI, ma facendo altresì prevalere interessi politico-economici nazionali alla consegna dei destinatari di un siffatto mandato. Mancano ormai gli "Stati di buona volontà", che facciano prevalere gli interessi umanitari, come la vicenda Almasri ci ha ben mostrato.

Rendere responsabili gli Stati che utilizzino direttamente le milizie irregolari - o le c.d. milizie *proxy* - per poter vincere le guerre può forse rappresentare un qualche rimedio a un fenomeno che ha portato a una crescita esponenziale negli ultimi due decenni tanto del ricorso a tali milizie quanto dei conseguenti crimini e della loro gravità, come lo vediamo in Siria, in Iraq, in Ucraina, come nei vari conflitti del continente africano dove imperversa la Wagner che si appropria delle locali risorse naturali, commettendo gravi crimini anche contro i civili.

Tale rimedio potrebbe in una certa misura funzionare poiché esso si trova soprattutto nelle mani dei tanti strumenti di soluzione delle controversie creati dagli Stati in tempi di vita migliore per il diritto internazionale e che

bene o male continuano a funzionare. Il corretto accertamento ad opera di tali strumenti delle responsabilità statali per l'attività criminale delle milizie irregolari potrebbe infatti gradualmente contribuire all'emergere fra gli Stati di una consapevolezza dei rischi cui essi e i loro vertici vanno incontro servendosi di esse. E' quanto almeno sperano alcuni Stati con i loro ricorsi davanti alla CIG, che rappresenta lo strumento per eccellenza per l'accertamento delle responsabilità statali. Speriamo che nei ricorsi pendenti e futuri essa non si conformi alla decisione del 2007.

Ma forse, con quello che stiamo vivendo attualmente, queste riflessioni finali sono soltanto frutto di pure illusioni di chi ha vissuto in un mondo che certamente dava molte speranze per il futuro e di chi non sa quindi adattarsi a quello che sembra piuttosto il suo crollo in atto.

Maurizio Arcari

*Alla ricerca di gravità:
le conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La «gravità» come elemento caratterizzante le violazioni di obblighi di importanza fondamentale del diritto internazionale e le relative conseguenze giuridiche – 3. Alla ricerca di un «aggravamento» delle conseguenze di gravi violazioni del diritto internazionale: indicazioni dai lavori della CDI – 3.1. Le proposte di Arangio-Ruiz e gli artt. 52-53 della prima lettura del progetto adottato nel 1996 – 3.2. Le soluzioni relative alle conseguenze di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative nella seconda lettura degli Articoli adottati nel 2001 – 4. Il regime attuale delle conseguenze di gravi violazioni di norme imperative del diritto internazionale (*ius cogens*): la portata degli obblighi di non-riconoscimento, di non-assistenza e di cooperazione per porre fine alla grave violazione – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il titolo del presente contributo invita a concentrarsi su quello che G. Arangio-Ruiz, nella sistematizzazione operata nel settimo rapporto sulla responsabilità degli Stati presentato alla Commissione del Diritto Internazionale (CDI) nel 1995, aveva definito come l'aspetto «normativo» delle conseguenze dei crimini internazionali dello Stato: ovvero la questione dell'identificazione delle conseguenze «speciali» o «supplementari» derivanti dalla commissione di gravi violazioni di obblighi di importanza fondamentale del diritto internazionale¹. A questo profilo «normativo» si contrappone – sempre secondo la sistematizzazione di Arangio-Ruiz – l'aspetto «istituzionale», che consiste nel determinare gli organi internazionali competenti ad accertare l'esistenza della grave violazione e a garantire la «messa in opera» delle conseguenze speciali o supplementari applicabili².

¹ Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report on State responsibility*, UN doc. A/CN.4/469 and Add.1-2, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/1, 1995, p. 7, par. 2.

² *Ibidem*.

Occorre sottolineare subito che una netta separazione tra le due dimensioni, normativa e istituzionale, non è sempre facile da mantenere. Inevitabilmente, il fatto che una grave violazione del diritto internazionale sia per sua natura idonea a interessare tutti gli Stati della comunità internazionale e legittimi tutti gli Stati a invocare la relativa responsabilità, pone il problema del coordinamento delle reazioni degli *omnes*, soprattutto quando tali risposte consistano in contromisure «strumentali» alla realizzazione degli obblighi di cessazione/riparazione derivanti dalla violazione. In altre parole, il problema c.d. istituzionale è suscettibile di presentarsi e condizionare, oltre che la fase del puro accertamento, anche il momento della messa in opera e della gestione delle conseguenze derivanti dalla grave violazione³.

Fatta questa premessa, lo scritto sarà articolato come segue. In primo luogo ci si soffermerà su alcune osservazioni di carattere generale relative alla nozione di «gravità», ritenuta essenziale per identificare il regime speciale o differenziato delle conseguenze derivanti da una violazione particolarmente qualificata del diritto internazionale (sezione 2). In secondo luogo, si riassumerà brevemente l'evoluzione del regime giuridico delle gravi violazioni del diritto internazionale nel passaggio tra la prima e la seconda lettura degli Articoli sulla responsabilità degli Stati adottati dalla CDI: ciò servirà a mettere in evidenza come, nell'articolazione delle diverse soluzioni, tale regime sia stato costantemente caratterizzato dalla ricerca, peraltro mai compiutamente realizzata, di un margine di «aggravamento» delle conseguenze derivanti dalla commissione dell'illecito (sezione 3). In terzo luogo, ci si concentrerà sugli aspetti controversi dell'attuale regime delle conseguenze derivanti da gravi violazioni del diritto internazionale, facendo in particolare riferimento al quadro delineato nelle *Conclusioni sull'identificazione e conseguenze giuridiche delle norme imperative del diritto internazionale* (*ius cogens*), adottate dalla CDI nel 2022⁴, e ad alcuni corrispondenti spunti della prassi internazionale (sezione 4). Seguiranno alcune brevi conclusioni sul tema (sezione 5).

³ Sui termini della stretta relazione tra momento «normativo» e momento «istituzionale» nella messa in opera del regime delle conseguenze di gravi violazioni cfr. *ibidem*, par. 5.

⁴ Cfr. *Text of the draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (ius cogens)*, in *Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022)*, UN doc. A/77/10, 2022, p. 11 ss. (d'ora in avanti «conclusioni sullo *ius cogens*»).

2. La «gravità» come elemento caratterizzante le violazioni di obblighi di importanza fondamentale del diritto internazionale e le relative conseguenze giuridiche

Il tema delle conseguenze di gravi violazioni del diritto internazionale è logicamente legato alla possibilità di configurare categorie differenziate di illeciti, che si distinguerebbero (specialmente) in ragione della particolare importanza del valore tutelato dalla norma internazionale violata e del conseguente «disvalore» collegato dalla comunità degli Stati alla relativa violazione. L'idea era particolarmente chiara nella proposta della CDI di configurare, nella prima stesura del progetto sulla responsabilità internazionale, la categoria del «crimine internazionale dello Stato», caratterizzato dal fatto di rappresentare una «violazione da parte di uno Stato di un obbligo essenziale per la protezione di interessi fondamentali della comunità internazionale»; come tale, il crimine internazionale si contrapponeva al c.d. «delitto», corrispondente alla figura dell'illecito ordinario⁵. Logicamente, dunque, nella visione del relatore speciale Roberto Ago che aveva elaborato la figura del crimine internazionale, e nella prospettiva della CDI che nel 1976 ne aveva accettato le proposte, alla maggiore gravità sostanziale della violazione avrebbe dovuto seguire un regime di conseguenze «speciali» o «addizionali», che si dovevano aggiungere a quelle normalmente collegate alle forme ordinarie di illecito internazionale⁶. Proprio questo regime di conseguenze «aggravate» avrebbe fornito un riscontro – e pertanto giustificato – alla distinzione teorica tra diverse categorie di illeciti effettuata in ragione di una loro diversa gravità. L'estremo della «gravità» proposto da Ago e accettato dalla Commissione come tratto giustificante la differenziazione tra categorie diverse di illeciti si è però dimostrato di difficile gestione tanto dal punto di vista della

⁵ Cfr. in particolare i paragrafi 2 e 4 dell'art. 19 del progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato in prima lettura dalla CDI nel 1976, *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session 3 May-23 July 1976*, UN doc. A/31/10, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II, 1976, pp. 95-96. Nella letteratura giuridica, sulle origini e l'elaborazione della distinzione cfr. specialmente M. SPINEDI, *International Crimes of State: The Legislative History*, in J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1989, pp. 7-138.

⁶ Cfr. R. AGO, *Fifth report on State responsibility*, UN doc. A/CN.4/291 and Add. 1 and 2, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I/2, 1976, p. 53, par. 150; e il commento della CDI all'art. 19 del progetto adottato in prima lettura, *Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session*, cit. [nota 5], ad esempio p. 109, par. 33 e p. 117, par. 52.

definizione concettuale di una classe di illeciti particolarmente qualificati, tanto dal punto di vista della definizione delle relative conseguenze giuridiche addizionali o speciali.

Già a livello di definizione della categoria, un'ambiguità dell'art. 19 adottato in prima lettura nel 1976 derivava dal fatto che, dopo aver definito al secondo paragrafo in termini generali il crimine internazionale come un'infrazione di un obbligo essenziale per la protezione di interessi fondamentali della comunità internazionale, la disposizione forniva nel suo terzo paragrafo una serie di esempi caratterizzati in virtù del livello serio o massiccio della violazione dell'obbligo rilevante⁷. In altre parole, a una gravità «oggettiva» derivante dall'importanza del valore attaccato dalla violazione, pareva affiancarsi una gravità «circostanziale», derivante dalle particolari modalità di perpetrazione della violazione o dall'intensità della stessa⁸. Il medesimo problema si è riproposto in termini anche più acuti, dopo che la figura del crimine internazionale è stata abbandonata e di fatto sostituita da quella di «grave violazione di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale», codificata all'art. 40, par. 1, degli Articoli sulla responsabilità internazionale adottati in seconda lettura nel 2001: il secondo paragrafo della disposizione in parola definisce come grave la violazione che comporti il flagrante e sistematico inadempimento dell'obbligo derivante da una norma imperativa da parte dello Stato responsabile⁹. La soluzione è stata in seguito sostanzialmente recepita nella conclusione 19 del progetto di conclusioni sullo *ius cogens* adottato in seconda lettura nel 2022¹⁰. Proprio in sede di commenti a quest'ultimo progetto, alcuni Stati hanno sottolineato che l'idea stessa di una violazione «grave» dello *ius cogens* sembra sminuire l'importanza della categoria di riferimento, poiché si presta a suggerire che possano configurarsi anche infrazioni meno gravi o minori di norme imperative, senza che a ciò si accompagni l'applicazione di un regime di conseguenze speciali¹¹.

⁷ Cfr. ad esempio le critiche espresse sul punto da Francia, Regno Unito e Stati Uniti, *Comments and observations received by Governments*, UN doc. A/CN.4/488 and Add. 1-3, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I/2, 1998, pp. 120-123.

⁸ Sul tema cfr. G. PALMISANO, *Les causes d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre «crimes» et «délits» internationaux*, in «Revue Générale de Droit International Public», 1994, p. 629 ss., spec. pp. 636-643.

⁹ Per il testo dell'art. 40 e relativo commento cfr. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, UN doc. A/56/10, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/2, 2001, pp. 112-113.

¹⁰ Per il testo della conclusione 19 e relativo commento cfr. UN doc. A/77/10, cit. [*supra*, nota 4], pp. 70-79.

¹¹ Cfr. i commenti di Colombia e Polonia, *Peremptory norms of general international*

Difficoltà analoghe sussistono riguardo al contenuto delle conseguenze da collegare alle gravi violazioni del diritto internazionale. Come accennato, queste conseguenze dovrebbero a loro volta contraddistinguersi in virtù di una maggiore severità o gravità rispetto alle conseguenze normalmente derivanti dalle forme «ordinarie» di illecito internazionale. Tuttavia, è il caso di notare che, tra i fattori determinanti l'abbandono della figura del crimine internazionale nel passaggio dalla prima alla seconda lettura degli Articoli sulla responsabilità¹², vi sia stata proprio la difficoltà di individuare un regime autonomo di conseguenze speciali derivanti dai crimini. Infatti, come rilevato dall'ultimo relatore speciale J. Crawford e da diversi Stati nelle fasi finali di elaborazione degli Articoli, le conseguenze dei crimini internazionali finivano per non distinguersi chiaramente sul piano normativo da quelle associate agli ordinari delitti¹³. Alla luce di tali considerazioni, varrà la pena di soffermarsi sui principali passaggi attraverso i quali la CDI ha cercato (senza apparentemente riuscirci appieno) di mettere a punto un regime giudico «differenziato» delle conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale.

3. *Alla ricerca di un «aggravamento» delle conseguenze di gravi violazioni del diritto internazionali: indicazioni dai lavori della CDI*

3.1. *Le proposte di Arangio-Ruiz e gli artt. 52-53 della prima lettura del progetto adottato nel 1996*

La questione di un regime speciale per i crimini internazionali dello Stato, solo prospettata dalla CDI nel 1976 al momento dell'adozione dell'art. 19 della prima parte del progetto, verrà in seguito sviluppata in maniera non sempre coerente dal relatore speciale W. Riphagen tra il 1982

law (Jus cogens). Comments and observations received from Governments, UN doc. A/CN.4/748, 9 March 2022, rispettivamente pp. 84 e 88.

¹² Cfr. sul tale passaggio G. PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M.L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 203-243.

¹³ Cfr. J. CRAWFORD, *First report on State responsibility*, UN doc. A/CN.4/490 and Add. 1-7, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/1, 1998, p. 9, par. 43: «There is a marked contrast between the gravity of an international crime of a State, as expressed in article 19, on the one hand, and the rather limited consequences drawn from such a crime in articles 51 to 53, on the other». Cfr. inoltre i commenti di Repubblica Ceca, Regno Unito e Svizzera, *Comments and observations*, cit. [nota 7], pp. 166-167.

e il 1984¹⁴, poi compiutamente delineata e definita da Arangio-Ruiz nel menzionato settimo rapporto sulla responsabilità internazionale del 1995¹⁵. Le proposte di Arangio-Ruiz partono dall'assunto del valore «normativo» della distinzione tra delitti e crimini internazionali dello Stato, distinzione che è accolta nel progetto di articoli proprio per il fatto di comportare una differenziazione dei regimi di responsabilità: «Responsibility for 'crimes' would entail legal consequences different (at least in part) from, and more severe than, those entailed by responsibility for 'delicts'»¹⁶. Sul piano operativo, la differente o maggiore gravità si declina tanto sul piano delle conseguenze «sostanziali» (riparazione e soddisfazione), quanto sul piano delle conseguenze «strumentali» (contromisure).

Sul versante delle conseguenze sostanziali – e fermo restando che nessuna differenziazione si produce per l'obbligo di cessazione, logicamente invariato per delitti e crimini¹⁷ – Arangio-Ruiz individua un margine di possibile aggravamento nella rimozione dei limiti già stabiliti in via generale nella parte seconda del progetto per gli obblighi secondari di restituzione e di soddisfazione incombenti sullo Stato autore di un illecito internazionale. In particolare, per quanto riguarda la *restitutio in integrum*, il relatore speciale configura la possibilità di dar seguito a tale obbligo anche laddove esso comporti oneri sproporzionati o eccessivi per lo Stato autore dell'illecito, sempre che tale onerosità non arrivi a comprometterne l'esistenza come ente indipendente, l'integrità territoriale oppure vada a incidere sui bisogni vitali della sua popolazione¹⁸. Sempre subordinatamente al fatto che esse non si traducano in attentati all'indipendenza politica dello Stato responsabile o ai bisogni vitali della sua popolazione, anche le domande di soddisfazione e le richieste di garanzie di non-ripetizione conseguenti alla commissione di un crimine internazionale sarebbero sottratte al limite generale derivante dal

¹⁴ Cfr. in particolare W. RIPAGHEN, *Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles)*, UN doc. A/CN.4/366 and Add. 1, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I/2, 1983, pp. 8-24; ID., *Fifth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles)*, UN doc. A/CN.4/380, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I/2, 1984, p. 4; ID., *Sixth Report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles); and "Implementation" (mise en oeuvre) of international responsibility and the settlement of disputes (part 3 of the draft articles)*, UN doc. A/CN.4/389, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I/2, 1985, pp. 13-14.

¹⁵ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report*, cit., in particolare pp. 8-17 e p. 29 per gli articoli proposti dal relatore speciale.

¹⁶ Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Fifth report on State responsibility*, UN doc. A/CN.4/453 and Add. 1-3, in YILC, vol. II/1, 1993, p. 31, par. 114.

¹⁷ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report*, cit., p. 8, par. 17.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 9-10, parr. 18-27 e la proposta di art. 16, par. 2, *ibidem*, p. 29.

rispetto della dignità dello Stato, previsto nelle disposizioni della seconda parte del progetto¹⁹. È appena il caso di notare come queste forme di possibile aggravamento delle conseguenze sostanziali di un crimine siano disegnate da Arangio-Ruiz sul modello della prassi sviluppata pochi anni prima dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nelle risoluzioni relative all'Iraq e alla Libia per la gestione delle crisi seguenti l'invasione del Kuwait e l'attentato terroristico di Lockerbie²⁰.

Per quanto riguarda il regime delle conseguenze «strumentali», ovvero il possibile ricorso a contromisure, Arangio-Ruiz non propone in realtà modifiche di merito al regime già delineato in via generale per le contromisure in caso di delitti. In particolare, il relatore speciale suggerisce di tener fermi i limiti generali derivanti dal divieto di reazioni implicanti l'uso della forza e dal rispetto dello *ius cogens*, così come non propone alterazioni significative del criterio della proporzionalità delle contromisure – proporzionalità che andrebbe comunque commisurata, tanto per i delitti come per i crimini, alla gravità dell'atto illecito in questione²¹. Per Arangio-Ruiz, tuttavia, il margine di aggravamento delle contromisure seguenti la commissione di un crimine è insito nell'allargamento della cerchia dei soggetti legittimati al loro ricorso. Infatti, per effetto della definizione fornita dall'art. 40 incluso nella prima lettura del progetto sulla responsabilità, nel caso di crimine internazionale «tutti gli altri Stati» risulterebbero avere la qualità di Stato leso²². La conseguenza è che, nel caso di crimine internazionale, tutti gli Stati sarebbero legittimati a rivolgere allo Stato responsabile richieste di cessazione e richieste di non-ripetizione, restituzione e soddisfazione aggravate nel senso descritto, nonché legittimati a ricorrere a contromisure in caso di mancata risposta a siffatte richieste. Secondo Arangio-Ruiz, «taken by a number of States, which may amount to the totality of the members of the international community, measures such as these (which, it is true, also encompass measures of mere retortion) would – combined with moral condemnation – constitute a far more effective reaction and deterrent than any similar measures taken by one or a few States injured by a delict»²³.

¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 10-11, parr. 29-33 e la proposta di art. 16, par. 3, *ibidem*, p. 29.

²⁰ Cfr. in particolare tale prassi citata *ibidem*, p. 11, note 8-10, con riferimento alle risoluzioni 687 (1991) e 748 (1992) del Consiglio di Sicurezza.

²¹ Cfr. *ibidem*, pp. 11-16, parr. 34-60, e la proposta di art. 17, *ibidem*, p. 29.

²² Per il testo e commento all'art. 40 (precedentemente numerato art. 5) della prima lettura del progetto sulla responsabilità internazionale v. *Report of the International Law Commission on the work of its thirty-seventh session (6 May-26 July 1985)*, UN doc. A/40/10, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/2, 1985, pp. 25-27.

²³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report*, cit., in particolare p. 15, par. 59; anche pp. 11-12, par. 35.

Il relatore speciale non era inconsapevole dei problemi che l'allargamento del diritto di ricorso a contromisure agli *omnes* lesi dal crimine internazionale avrebbe comportato in termini di coordinamento delle reazioni, nonché dei rischi di possibili eccessi e abusi. Tuttavia, tali problemi dovevano trovare un adeguato inquadramento, da un lato, soprattutto nella dimensione *istituzionale* dell'accertamento del crimine che lo stesso relatore stava proponendo alla CDI²⁴; dall'altro, in una serie aggiuntiva di obblighi formulati in termini di «altre conseguenze dei crimini» che avrebbero dovuto completare il regime delle conseguenze speciali o addizionali derivanti da un crimine internazionale. In particolare, Arangio-Ruiz proponeva di includere nel progetto un'apposita disposizione nella quale, oltre a dar corpo agli «obblighi di solidarietà» a suo tempo delineati dal precedente relatore speciale Ripaghen, consistenti nel dovere di non riconoscere la situazione creata dal crimine e di non prestare assistenza al suo mantenimento, si stabilivano anche ulteriori obblighi di reciproca assistenza e di coordinamento della reazione gravanti sugli Stati lesi dalla commissione del crimine internazionale²⁵.

L'esito delle proposte appena illustrate doveva peraltro essere fortemente condizionato dalle brusche reazioni suscitate alla CDI, durante la sessione del 1995, dalle proposte di Arangio-Ruiz sull'apparato istituzionale di accertamento del crimine dello Stato²⁶. Alla sessione del 1996, il Comitato di redazione proponeva di escludere la parte istituzionale dalle disposizioni riguardanti le conseguenze dei crimini internazionali e la Commissione aderiva a tale soluzione²⁷. Nella complessiva prima lettura dell'articolato sulla responsabilità adottata nel 1996, da un lato l'art. 19 e la figura del crimine dello Stato venivano (provvisoriamente) mantenuti; d'altro lato, nella parte seconda relativa al contenuto della responsabilità internazionale, figurava un capitolo IV relativo alle conseguenze dei crimini internazionali, strutturato in tre disposizioni dal contenuto minimalista, in particolare riguardanti le «conseguenze specifiche» (art.

²⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 17-26 e p. 30 per la proposta di art. 19, relativo al meccanismo di previo accertamento istituzionale di un crimine. L'art. 17 proposto da Arangio-Ruiz, in particolare, subordinava il ricorso a contromisure da parte di tutti gli Stati lesi alla previa determinazione da parte della Corte Internazionale di Giustizia che un crimine era stato commesso (*ibidem*, p. 29).

²⁵ Cfr. l'art. 18 proposto dal relatore speciale, *ibidem*, pp. 29-30.

²⁶ Cfr. per il sunto del dibattito svolto alla CDI sulla questione, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session (2 May-21 July 1995)*, UN doc. A/50/10, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/2, 1995, pp. 47-61.

²⁷ Cfr. per tale esito *Summary records of the meetings of the forty-eighth session 6 May-26 July 1996*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. I, 1996, pp. 22-31, 46-47, 171-180, 182-184 e 191-192.

52, che manteneva le soluzioni relative al venir meno dei limiti generali alla restituzione in forma specifica e alla soddisfazione) e gli obblighi nascenti in capo a tutti gli Stati (art. 53, relativo agli obblighi di non-riconoscimento, di non-assistenza e di cooperazione nell'adozione di misure per porre fine alla situazione creata dal crimine)²⁸.

3.2. Le soluzioni relative alle conseguenze di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative adottate dalla CDI nella seconda lettura degli Articoli del 2001

Il quadro delle difficoltà sollevate tanto sul piano normativo quanto sul piano istituzionale dalla nozione del crimine internazionale dello Stato inducevano il nuovo relatore speciale della materia, J. Crawford, a proporre la rimozione della nozione stessa dal progetto²⁹. Centrale, ai fini di questa scelta, era la (già menzionata) constatazione secondo cui «the draft articles as they stand fail to do what the Commission set out to do in 1976, that is to say, to elaborate a distinct and specific regime for international crimes»³⁰. Correlativamente alla rimozione della figura del crimine internazionale dello Stato, il relatore proponeva di dar riscontro nel progetto a due nozioni consolidate nella prassi internazionale, ovvero quelle di diritto cogente (*ius cogens*) e di obblighi *erga omnes*. Come notato dallo stesso Crawford in altro contesto, tale suggerimento ha portato a spezzare in due distinte componenti la nozione unitaria di crimine, per considerarne separatamente le implicazioni sostanziali e procedurali³¹. Sulla scorta di tale approccio, la CDI ha, da un lato, elaborato il regime delle conseguenze specifiche derivanti da una violazione grave di un obbligo posto da norme imperative del diritto internazionale, ovvero di norme poste a tutela di interessi fondamentali della comunità internazionale (gli attuali artt. 40 e 41 degli Articoli adottati nel 2001)³²; d'altro lato, ha affrontato il tema dello

²⁸ Per il testo degli artt. 51 (disposizione di carattere introduttivo al capitolo IV sui crimini internazionali), 52 e 53 della prima lettura del progetto sulla responsabilità internazionale cfr. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May-26 July 1996)*, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/2, 1996, pp. 70-73.

²⁹ Cfr. CRAWFORD, *First report cit.*, p. 23, par. 95.

³⁰ *Ibidem*, p. 20, par. 80.

³¹ Cfr. J. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 394.

³² Cfr. il testo degli artt. 42 e 48 e relativi commenti in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, cit. [nota 9], rispettivamente pp. 117-119

«Stato leso» e degli Stati legittimati a invocare la responsabilità nel caso di violazione di obblighi dovuti alla comunità internazionale nel suo insieme (*erga omnes*) differenziando le posizioni e collegando alle stesse la possibilità di far valere diverse pretese nei confronti dello Stato autore dell'illecito (artt. 42 e 48 dell'articolato del 2001)³³.

Benché sia possibile presumere un certo intreccio tra le figure giuridiche delineate, resta il fatto che manca l'affermazione di una assoluta coincidenza tra violazioni dello *ius cogens* e la violazione di obblighi *erga omnes*, cosicché il regime delle conseguenze «particolari» o «addizionali» resta limitato al caso delle violazioni gravi del diritto cogente, senza necessariamente estendersi al caso degli obblighi *erga omnes*. Inoltre, se si guarda alla sostanza delle conseguenze di tali gravi violazioni, si nota come essa sia alquanto modesta e non si sottragga, pertanto, alle stesse critiche che già erano state formulate riguardo al regime delle conseguenze dei crimini individuate dalla CDI durante la prima lettura del progetto. L'art. 41 della seconda lettura, infatti, insiste sugli «obblighi di solidarietà» nascenti in capo a tutti gli Stati per effetto della commissione di una grave violazione di norme imperative, prevedendo che essi debbano cooperare tramite mezzi leciti per porre fine alla grave violazione (par. 1); non debbano riconoscere la liceità della situazione creata dalla grave violazione e non debbano prestare aiuto o assistenza al suo mantenimento (par. 2)³⁴. Non sembra aggiungere granché a tale regime minimalista (nel senso che meglio vedremo in seguito) il terzo paragrafo della disposizione, che fa salve ulteriori conseguenze che possano essere previste in base al diritto internazionale (ovvero, in base agli sviluppi futuri dello stesso)³⁵.

Sul piano normativo, la conseguenza forse più spiazzante della diluizione della nozione di crimine internazionale, e dell'approccio volto a separare il tema delle conseguenze delle gravi violazioni da quello della titolarità a chiedere la messa in opera delle conseguenze dell'illecito, riguarda il regime delle contromisure. Da un lato, infatti, il ricorso a contromisure non è incluso tra le conseguenze specifiche della grave violazione di obblighi derivanti da norme imperative. D'altro lato, la facoltà di ricorso a contromisure non rientra espressamente tra le prerogative che gli Stati

e 126-128.

³³ *Ibidem*, pp. 112-116.

³⁴ Per il testo dell'art. 41 e relativo commento cfr. UN doc. A/56/10, cit. [*supra*, nota 9], pp. 113-116.

³⁵ Cfr. però, per una diversa lettura di quest'ultima disposizione, P. PICONE, *Obblighi «erga omnes» e codificazione della responsabilità degli Stati*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2005, pp. 558-563.

«diversi da quello direttamente leso» possono far valere nei confronti dell'autore della violazione di un obbligo *erga omnes*. Un tentativo in tal senso era in effetti stato sviluppato nelle ultime fasi di elaborazione della seconda lettura dell'articolato: un progetto di art. 54 provvisoriamente adottato nel 2000 dal Comitato di redazione della CDI prevedeva la facoltà di ricorso a contromisure da parte di Stati non direttamente lesi e interessati a far valere la violazione di obblighi *erga omnes*, ma lo circondava di alcune cautele, imponendo in particolare agli Stati che esercitassero una tale facoltà l'obbligo di cooperare e coordinare la loro azione affinché i requisiti di legalità delle contromisure fossero rispettati³⁶. Tale testo si scontrò tuttavia con l'opposizione di un certo numero di Stati alla Sesta Commissione dell'Assemblea Generale il medesimo anno³⁷ e la CDI decise di riformularlo alla successiva sessione del 2001. L'art. 54 adottato in via definitiva nel 2001 non intende pregiudicare il problema dell'ammissibilità delle c.d. «contromisure collettive», facendo salvo il diritto degli Stati indirettamente lesi da una violazione di obblighi *erga omnes* di adottare «misure lecite» nei confronti dello Stato responsabile, volte ad assicurare l'adempimento dei suoi obblighi di cessazione e riparazione³⁸. Data l'ambiguità che condiziona l'interpretazione di questa disposizione, il ruolo del ricorso a contromisure quale fattore di aggravamento delle conseguenze derivanti da una violazione di obblighi di importanza fondamentale del diritto internazionale si trova, di fatto, grandemente ridimensionato³⁹.

³⁶ Il testo dell'art 54 provvisoriamente adottato dalla CDI nel 2000 recitava: «1. Any State entitled under Article 49, paragraph 1, to invoke the responsibility of a State may take countermeasures at the request and on behalf of any State injured by the breach, to the extent that that State may itself take countermeasures under this chapter; 2. In the cases referred to in Article 41, any State may take countermeasures, in accordance with the present chapter in the interest of the beneficiaries of the obligation breached; 3. Where more than one State takes countermeasures, the States concerned shall cooperate in order to ensure that the conditions laid down in this chapter for the taking of countermeasures are fulfilled», in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/2, 2000, pp. 70-71.

³⁷ Cfr. J. CRAWFORD, *Fourth report on State responsibility*, UN doc. A/CN.4/517 and Add. 1, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, vol. II/1, 2001, pp. 17-18, parr. 70-74.

³⁸ Cfr. il testo dell'art. 54 e relativo commento in A/56/10 cit., [supra, nota 9], pp. 137-139.

³⁹ Sul tema dell'interpretazione dell'art. 54 e dell'ammissibilità o meno del ricorso alle c.d. contromisure collettive cfr. tra i tanti contributi della dottrina M. KOSKENNIEMI, *Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?*, in «British Yearbook of International Law», 72, 2001, p. 337 ss.; C. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 198-251; L.-A. SICILIANOS, *Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 1137

Resta ora da verificare se le soluzioni delineate dalla CDI nel 2001 in sede di seconda lettura degli Articoli sulla responsabilità internazionale trovino un riscontro nel diritto internazionale consuetudinario a oltre vent'anni dalla loro adozione.

4. Il regime attuale delle conseguenze di gravi violazioni di norme imperative del diritto internazionale (ius cogens): la portata degli obblighi di non-riconoscimento, di non-assistenza e di cooperazione per porre fine alla grave violazione

Come noto, gli Articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato adottati in seconda lettura dalla CDI sono stati avallati dall'Assemblea Generale con la risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001⁴⁰ e hanno, da allora, mantenuto il formato di strumento non vincolante. A intervalli divenuti ormai regolari di tre anni, l'Assemblea adotta una risoluzione sul tema, con la quale prende atto dell'importanza degli Articoli ma rinvia la decisione circa la convocazione di una conferenza diplomatica di Stati incaricata di elaborare, sulla base del testo della CDI, una convenzione sulla responsabilità internazionale⁴¹. Tale espediente è andato di pari passo con la scelta di chiedere al Segretario generale delle Nazioni Unite la preparazione di una rassegna della prassi giudiziaria internazionale, nella quale si fa stato dell'applicazione degli Articoli sulla responsabilità da parte di tribunali internazionali⁴². Tale documento, redatto per la prima volta dal Segretario Generale nel 2004 e periodicamente aggiornato, rappresenta quindi un utile punto di riferimento per capire se le soluzioni accolte dalla CDI corrispondano o meno a norme generali del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati⁴³.

ss.; M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, spec. pp. 239 ss.; D. ALLAND, *Les mesures de reaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 2022, p. 369 ss.

⁴⁰ Cfr. UN doc. A/RES/56/83, 28 January 2002, par. 3.

⁴¹ La più recente di tali risoluzioni è la 77/97 del 7 dicembre 2022, che decide di iscrivere nell'agenda provvisoria dell'ottantesima sessione del 2025 la questione di una convenzione sulla responsabilità internazionale degli Stati «o altra appropriata azione sulla base degli Articoli»: cfr. UN doc. A/RES/77/97, 19 December 2022, in particolare il par. 9 del dispositivo.

⁴² Cfr. i parr. 4-5 della risoluzione 77/97, cit.

⁴³ Cfr. *Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies. Report of the Secretary-General*, UN doc. A/62/62, 1 February 2007, and Add. 1, 17 April 2007; UN doc. A/65/76, 30 April 2010; UN doc. A/68/72, 30 April 2013; UN doc. A/71/80,

Per quanto riguarda in particolare le disposizioni che qui interessano, occorre notare che uno sguardo alla rassegna compilata dal Segretario Generale rivela dati a dir poco modesti. L'edizione del 2007 individua un paio di decisioni giudiziarie (dell'organo di appello OMC e del Tribunale per la ex-Iugoslavia) che fanno riferimento alle disposizioni relative allo Stato leso e all'invocazione della responsabilità, ma nella versione (art. 40) inserita nella prima lettura del progetto di articoli della CDI⁴⁴. La rassegna del 2010 cita un precedente giudiziario in tema di conseguenze di gravi violazioni (la Corte di Giustizia dei Caraibi), rilevante solo per escludere che tra tali conseguenze rientrino i danni punitivi⁴⁵. Nel repertorio del 2013 vengono citate rispettivamente la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012 nel caso delle immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia), volta a escludere che l'applicazione delle regole consuetudinarie sull'immunità statale, dato il loro carattere procedurale, possa rappresentare un'infrazione dell'obbligo di cooperare per porre termine a una grave violazione dello *ius cogens*, previsto all'41 del testo della CDI; nonché il parere consultivo reso dalla Camera del Tribunale del diritto del mare sulle responsabilità degli Stati che sponsorizzano attività nell'Area, ove si menziona l'art. 48 del testo CDI per rafforzare l'idea del carattere *erga omnes* degli obblighi contenuti nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare relativi alla preservazione dell'ambiente marino dell'alto mare e dell'Area⁴⁶. Nessun precedente per le due disposizioni viene repertoriato nella rassegna del 2016, mentre nel documento del 2019 si fa riferimento a due precedenti di applicazione giudiziaria degli artt. 40 e 41 (la Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Guzelyurtlu c. Cipro* del 2019 e la decisione della Camera di primo grado della Corte Penale Internazionale nel caso *Bosco Ntaganda* del 4 gennaio 2017), nonché alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso degli obblighi di negoziato in tema di disarmo nucleare (*Isole Marshall c. Regno Unito e India*) del 5 ottobre 2016 che menziona l'art. 48 della CDI per un profilo

21 April 2016, and Add.1, 20 June 2017; UN doc. A/74/83, 23 April 2019; e da ultimo UN doc. A/77/74, 29 April 2022. Sul ruolo della prassi giudiziaria nella conferma del carattere consuetudinario degli Articoli sulla responsabilità internazionale del 2001 cfr. M. ARCARI, *Le juge et la codification du droit de la responsabilité. Quelques remarques concernant l'application judiciaire des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, in N. BOSCHIERO ET AL. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013, p. 19 ss.

⁴⁴ Cfr. UN doc. A/62/62, cit., pp. 77-79.

⁴⁵ Cfr. UN doc. A/65/76, cit., p. 18.

⁴⁶ Cfr. UN doc. A/68/72, cit., rispettivamente pp. 36 e 37.

marginale⁴⁷. Infine, nella rassegna della prassi giudiziaria del 2022 vengono menzionati due precedenti riguardanti gli artt. 40 e 41 degli Articoli sulla responsabilità internazionale (rispettivamente il parere consultivo della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 9 novembre 2020 in tema di obblighi in materia di diritti umani degli Stati che hanno denunciato la Convenzione americana dei diritti umani, e la sentenza sulle obiezioni preliminari resa il 21 febbraio 2020 dal Tribunale arbitrale nella controversia tra Ucraina e Russia sui diritti dello Stato costiero nel Mar Nero, Mare d'Azov e nello Stretto di Kerch)⁴⁸. Non sorprende che nessuna delle rassegne citate contenga riferimenti al tema delle c.d. contromisure collettive, oggetto dell'art. 54 dell'articolo 2001 del 2001.

Un altro strumento che rappresenta un riferimento importante per saggiare la corrispondenza al diritto consuetudinario delle soluzioni raggiunte sul tema delle conseguenze di gravi violazioni è rappresentato dal già citato progetto di conclusioni sullo *ius cogens*, adottato in seconda lettura dalla CDI nel 2022⁴⁹. Questo strumento contiene una conclusione 19, intitolata «Gravi conseguenze delle violazioni serie di norme imperative del diritto internazionale generale (*ius cogens*)» che combina e riproduce con variazioni minime il testo degli artt. 40 e 41 degli Articoli sulla responsabilità internazionale⁵⁰. L'assunto, espresso o inespresso, della soluzione così adottata dalla CDI è che la conclusione 19 e i corrispondenti artt. 40 e 41 del testo sulla responsabilità internazionale rispecchino il diritto internazionale positivo. Ciò è ad esempio affermato in termini espressi con riferimento alla particolare conseguenza rappresentata dall'obbligo di (tutti) gli Stati di cooperare attraverso mezzi leciti per porre termine a qualsiasi violazione grave del diritto imperativo. Se nel commento all'art. 41 del testo sulla responsabilità internazionale del 2001 la CDI presentava tale obbligo come un qualcosa che «may reflect the progressive development of international law»⁵¹, nel commento del 2022 si afferma senza apparente esitazione che l'obbligo «is now recognized under international law»⁵².

In realtà, se si leggono i commenti formulati dagli Stati al corrispondente testo della conclusione 19 adottata in prima lettura dalla CDI nel 2019, tale esito non pare così scontato. In particolare, diversi Stati hanno chiesto alla

⁴⁷ Cfr. UN doc. A/74/83 cit., rispettivamente pp. 40 e 42.

⁴⁸ Cfr. UN doc. A/77/74 cit., rispettivamente pp. 36 e 37.

⁴⁹ Cfr. UN doc. A/77/10, cit., [*supra* nota 4].

⁵⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 70-79 per la conclusione 19 e relativo commento della CDI.

⁵¹ Cfr. il par. 3 del commento all'art. 41 degli Articoli del 2001 in UN doc. A/50/10 cit., [*supra*, nota 9], p. 114.

⁵² UN doc. A/77/10 cit., p. 71, il par. 2 del commento alla conclusione 19.

Commissione di fornire ulteriori prove della prassi a sostegno dell'esistenza di un obbligo di cooperazione per porre fine alla gravi violazioni tramite «mezzi leciti», previsto dal primo paragrafo della conclusione 19 (corrispondente all'art. 41, par. 1, degli Articoli sulla responsabilità del 2001)⁵³. La richiesta di verificare nella prassi l'intero impianto della conclusione 19 (e dunque del complesso di obblighi posti dall'art. 41 degli Articoli sulla responsabilità) è stata più in generale affermata da uno Stato⁵⁴. Più radicalmente ancora, taluni commenti mettono in discussione la conformità della conclusione 19 al diritto internazionale generale⁵⁵.

E' interessante vedere come la CDI abbia risposto alle sopra indicate critiche – formulate, è bene ricordarlo, nella fase del passaggio dalla prima alla seconda lettura del progetto di conclusioni sullo *ius cogens*. Sul fronte della prassi a sostegno dell'obbligo di cooperare per porre fine alla grave violazione, occorre segnalare che nel commento alla conclusione 19 è stato aggiunto un apposito paragrafo, accompagnato da una lunga nota a piè di pagina che raccoglie un elenco delle risoluzioni dell'Assemblea Generale ove si condannano casi specifici di violazioni di gravi violazioni di norme internazionali⁵⁶. Sul punto, la Commissione cita a supporto l'orientamento dottrinale secondo cui il sostegno prestato da uno Stato a una risoluzione di un organo internazionale riguardante la condanna di una grave violazione del diritto internazionale rappresenterebbe una modalità di adempimento dell'obbligo generale previsto dal primo paragrafo della conclusione 19 sullo *ius cogens* (e dalla corrispondente clausola dell'art. 41 del testo sulla responsabilità degli Stati)⁵⁷.

Al di là della questione se l'obbligo di cooperare per porre fine a una grave violazione sia o meno imposto dal diritto internazionale consuetudinario, il punto problematico riguarda il contenuto e le modalità della cooperazione richiesta agli Stati da un simile obbligo. Si tratta, in altre parole, di capire se i «mezzi leciti» attraverso i quali si deve articolare la cooperazione tra gli Stati

⁵³ Cfr. *Comments and observations*, cit., in particolare con riguardo al par. 1 della conclusione 19, il commento dell'Australia, p. 84 e dei Paesi Bassi, p. 87.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, il commento del Giappone, p. 87.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, i commenti di Israele (pp. 85-86), Regno Unito e Stati Uniti (pp. 89-90).

⁵⁶ Cfr. UN doc. A/77/10, cit., pp. 73-74, in particolare nota 250 ove tra le altre si trova citata la risoluzione ES-11/1 del 2 marzo 2022, adottata dall'undicesima sessione speciale di emergenza dell'Assemblea Generale, che condanna l'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 75-76, il par. 11 del commento alla conclusione 19. Sul punto, la CDI si riferisce alla tesi espressa da R.J. BARBER, *Cooperating through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 71, 2022, pp. 25-28.

imposta dalla conclusione 19 del progetto di conclusioni sullo *ius cogens* (e dell'art. 41 degli Articoli sulla responsabilità internazionale) possano o meno coincidere con quelle «misure lecite» la cui adozione da parte di Stati diversi da quello direttamente leso era fatta salva dall'art. 54 dell'articolo sulla responsabilità per il caso di violazione di obblighi di importanza fondamentale per la comunità internazionale⁵⁸. Se una tale equazione fosse stabilita, l'effetto della conclusione 19 del progetto di conclusioni sullo *ius cogens* (e dell'art. 41 dell'articolo sulla responsabilità internazionale) potrebbe essere di impegnare gli Stati interessati a coordinare le azioni (eventualmente adottate a titolo di contromisure) prese in risposta a una grave violazione del diritto internazionale⁵⁹. In ultima analisi, si tratterebbe di un effetto non molto diverso da quello che la proposta di art. 54 abbozzata dalla CDI nel 2000 avrebbe voluto ottenere⁶⁰. Ma, in mancanza di riscontri precisi provenienti dai lavori di codificazione della CDI, la questione resta ancora largamente oggetto di congettura.

Al di là della portata dell'obbligo di cooperazione per porre termine a una grave violazione, resta da dire degli «obblighi di solidarietà» previsti dal secondo paragrafo della conclusione 19 del progetto di conclusioni sullo *ius cogens* e dal corrispondente secondo paragrafo dell'art. 41 del testo sulla responsabilità internazionale. Se la natura consuetudinaria dell'obbligo di non riconoscimento della liceità della situazione creata da una grave violazione (e del corollario obbligo di non prestare assistenza al mantenimento della stessa) è acquisita⁶¹, meno chiara è la precisa portata di tali obblighi e le loro implicazioni giuridiche. A tal riguardo bisogna in primo luogo osservare che, fin dai primi momenti della loro articolazione

⁵⁸ Cfr. *supra*, testo relativo a nota 34.

⁵⁹ Per uno spunto in questa direzione cfr. M. ARCARI, *International Reactions to the Crimea Annexation under the Law of State Responsibility: "Collective Countermeasures" and Beyond?*, in W. CZAPLINSKI ET AL. (eds.), *The Case of Crimea's Annexations under International Law*, Scholar Publishing, Warsaw, 2017, pp. 232-233. Il tema del collegamento tra gli artt. 41 e 54 del testo sulla responsabilità internazionale non è esplorato nel saggio recente di M. JACKSON, F.I. PADDEU, *The Countermeasures of Others: When Can States Collaborate in the Taking of Countermeasures?*, in «American Journal of International Law», vol. 118, 2024, p. 231 ss.

⁶⁰ Cfr. *supra*, testo relativo a nota 33. Sul punto, si noti il commento scritto dell'Italia alle conclusioni sullo *ius cogens* adottate in prima lettura dalla CDI nel 2019, ove pare criticarsi l'esclusione delle contromisure collettive dall'ambito di applicazione dell'obbligo di cooperazione previsto al paragrafo primo della conclusione 19: *Comments and observations*, cit., p. 86.

⁶¹ Cfr. in dottrina per tutti M. DAWIDOWICZ, *The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. ØLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 677-686.

nel contesto del progetto sulla responsabilità internazionale, gli obblighi in questione sono stati identificati come la «soglia minima» della reazione attesa dagli Stati diversi da quello direttamente leso a fronte di una grave violazione del diritto internazionale⁶². Lo stesso relatore Arangio-Ruiz aveva classificato, nella sua ricostruzione di un regime speciale delle conseguenze dei crimini, siffatti obblighi sotto la rubrica delle «altre conseguenze»⁶³.

In secondo luogo, permane una notevole incertezza nella prassi circa i precisi contorni ed effetti dell'obbligo di non riconoscimento. Al di là della frequente affermazione «vocale» del principio, occorre sottolineare che nell'applicazione pratica il disconoscimento della situazione creata con la grave violazione è frequentemente sottoposto a eccezioni e limitazioni, che paiono estendersi ben oltre la famosa «eccezione umanitaria» elaborata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere del 1971 relativo alla *Namibia*⁶⁴. Basta citare a tal riguardo la prassi giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla situazione della Repubblica Turca di Cipro del Nord (RTCN), che ha portato ad attribuire rilievo all'apparato giudiziario della RTCN ai fini del rispetto del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni⁶⁵, ad ammettere l'effetto giuridico di singoli atti delle autorità della RTCN⁶⁶ o ad escludere che forme di occasionale o parziale cooperazione con le medesime autorità in materia di polizia e giudiziaria integrino una violazione dell'obbligo di non riconoscimento⁶⁷. C'è insomma margine per chiedersi quanto un credibile regime di conseguenze «aggravate» o «speciali»

⁶² Cfr. RIPAGHEN, *Sixth report*, cit., p. 14, par. 6.

⁶³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report*, cit., p. 16, parr. 61-63.

⁶⁴ Cfr. ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, in «I.C.J. Reports», 1971, p. 56, par. 125: «In general, the non-recognition of South Africa's administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international co-operation».

⁶⁵ Cfr. ad esempio ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, App. no. 25781/94, Judgment 10 May 2001 [Grand Chamber], parr. 98 e 236-238; *Demopoulos and others v. Turkey*, App. no. 46113/99, Decision as to the Admissibility 1 March 2010 [Grand Chamber], parr. 95-96.

⁶⁶ Cfr. ECtHR, *Foka v. Turkey*, App. no. 28940/95, Judgment 24 June 2008, parr. 83-89.

⁶⁷ Cfr. ECtHR, *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*, App. no. 36925/07, Judgment 29 January 2019 [Grand Chamber], par. 250-255; nel caso di specie, la Corte ha però considerato che la cooperazione giudiziaria non potesse arrivare fino a un totale rinuncia dell'esercizio della giurisdizione penale da parte di uno Stato, e che il rifiuto di Cipro di trasferire delle autorità della RTCN un dossier probatorio in materia penale, motivato dal rispetto dell'obbligo consuetudinario di non-riconoscimento, fosse giustificato.

delle gravi violazioni del diritto internazionale possa essere costruito intorno a un obbligo dalla portata così minimale.

5. Conclusioni

Uno degli effetti dell'abbandono della nozione del crimine internazionale è stata la compromissione di un regime coerente delle conseguenze aggravate derivanti da violazioni di obblighi di importanza fondamentale per la comunità internazionale. Di fatto, tale regime è risultato «spezzato» in due diversi tronconi, uno dal contenuto riduttivo e concernente la violazione di una ristretta categoria di obblighi particolarmente qualificati (obblighi derivanti dallo *ius cogens*); l'altro focalizzato sul tema della legittimazione a reagire alla violazione di obblighi dovuti all'intera comunità internazionale (obblighi *erga omnes*). Come ulteriore conseguenza, è risultato del tutto opaco quale ruolo le contromisure, come forma decentralizzata di reazione all'illecito, fossero chiamate a svolgere nell'una e nell'altra dimensione.

Alcuni anni dopo il completamento della seconda lettura del progetto del 2001, Crawford sottolineava nei seguenti termini un portato positivo di tale nuova impostazione:

«States do not seem inclined to bring international legal proceedings without good reasons. If they choose to do so nevertheless, acting (or purporting to act) in the common interest of the international community, they should not be hindered by procedural technicalities. Better to give States standing in court to protect what they perceive as global values than to leave them only with non-judicial means of dispute settlement, whether in the guise of countermeasures or under the rubric of 'responsibility to protect'»⁶⁸.

Gli sviluppi della prassi giurisprudenziale recente che riguardano casi concernenti gravi violazioni del diritto internazionale portati davanti alla Corte Internazionale di Giustizia da Stati non direttamente lesi dalle medesime violazioni paiono andare nella direzione presagita da Crawford: è indubbio che l'espansione del diritto a far valere la responsabilità prefigurato negli Articoli del 2001 abbia fornito un contributo importante a sostegno dei recenti casi proposti di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia dal Gambia contro il Myanmar relativamente a violazioni della Convenzione

⁶⁸ Cfr. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, cit., p. 368.

genocidio⁶⁹, dal Canada e dai Paesi Bassi contro la Siria per violazioni della Convenzione sulla tortura⁷⁰ e, da ultimo, dal Sud Africa contro Israele per violazioni della Convenzione genocidio nel territorio di Gaza⁷¹.

C'è però da chiedersi, una volta affermato lo *ius standi* degli Stati ricorrenti e la propria giurisdizione nel caso, quale diritto sostanziale la Corte applicherà per trarre le opportune conseguenze giuridiche dalle gravi violazioni del diritto internazionale da essa eventualmente accertate.

⁶⁹ Cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment 22 July 2022, in «I.C.J. Reports», 2022, p. 477, spec. parr. 106-114.

⁷⁰ Cfr. ICJ, *Application of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Request for the indication of provisional measures, Order 16 November 2023, parr. 48-51, disponibile al sito <www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-00-en.pdf>.

⁷¹ Cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for the indication of provisional measures, Order 26 January 2024, parr. 33-34, disponibile al sito <www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>.

Markus G. Puder

*Adding the Environmental Piece to the Puzzle of
Serious Violations of International Law:
From “No Harm” to “Rights of Nature” and “Ecocide”*

SUMMARY: Overture – SECTION I. No-Harm Principle – 1. The Procedural Background – 2. The Contents of the No-Harm Rule – 3. The Arbitration Panel’s Methodology for Arriving at Its No-Harm Rule – 4. The Alternatives to State-to-State Arbitration – 5. The Post-Trail Developments at the International Plane – 6. The Ripple into the Law of State Responsibility – SECTION II. Rights of Nature. – 1. The Beginnings of a Legal Movement – 2. The Principal Regulatory Models. – a. Nature Rights Model. – b. Legal Personhood Model – 3. The Perspectives. – SECTION III. Ecocide – 1. The Trajectory – a. Track One: International Criminal Law – b. Track Two: International Law of State Responsibility – 2. The Debate over Adding a Fifth Crime – a. Pros – b. Cons – 3. The Perspectives – SECTION IV. Finale.

Overture

This Paper endeavors to take a step back from the abstract theories and intellectual constructs that have dominated the discussion of grave violations of international law. Instead, the Paper selects the “environment” as a case study for tracing and assessing its international trajectory in that context. In addition to having given rise to the dedicated subdiscipline of international environmental law, environmental considerations also permeate international human rights law, international humanitarian law, and international criminal law. More specifically, the triadic arc charted by the no-harm principle, rights of nature, and ecocide offers rich opportunities for discussing the road covered thus far and the horizons ahead when it comes to the environment in international law.

I. NO-HARM PRINCIPLE

As perhaps the most influential concept in international environmental law, the no-harm principle may be encapsulated by the commandment of “thou shalt not pollute thy neighbor.” The no-harm conception made its debut more than eight decades ago under the auspices of the Trail Smelter Arbitration.¹

1. *The Procedural Background*

In the famous dossier, which covered a period of thirteen years from 1928 until 1941,² the Trail smelter—a gigantic zinc-and-lead facility³ owned by Consolidated Mining and Smelting Company of Canada and located in Trail, British Columbia, Dominion of Canada—took center stage. Its booming operations in the business of extractive metallurgy,⁴ which consisted in roasting sulfur-bearing ores to remove valuable metals, resulted in the release of large quantities of sulfur dioxide and particulate matter.⁵ Fumes and smoke clouds wafted southward into the State of Washington in the United States, with the Columbia River frequently acting as a flume.⁶ The pollutants, which were picked up in Washington State through rain deposits, were assessed to have caused considerable damage to local communities, farms, fields, orchards and timber lands.⁷

Washington DC and Ottawa agreed to refer the dispute to the International Joint Commission (IJC) established under their bilateral Boundary Waters Treaty (BWT).⁸ Pursuant to the reference provision of

¹ Trail Smelter Case (U.S. v. Can.), Arbitral Trib., U.N. Rep. Int’l Arb. Awards, 1938 & 1941, vol. 3, p. 1905.

² J.E. READ, *The Trail Smelter Dispute*, in *Can. Y.B. Intl L.*, 1963, vol. 1, p. 213.

³ Arbitral Trib., cit., p. 1917 (two stacks of 409 feet in height erected in 1925 and 1927).

⁴ *Ibid.*

⁵ C. PRUNELLA, *An International Environmental Law Case Study: The Trail Smelter Arbitration*, in *Intl. Poll. Issues*, 2014, <https://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/>

⁶ C. PRUNELLA, cit. (referring to a U.S. Dept. of Agriculture Bulletin from 1955).

⁷ *Ibid.*

⁸ Treaty Between the United States and Great Britain Relating to Boundary Waters between the United States and Canada, United Kingdom-U.S., Jan. 11, 1909, Stat., 1909, vol. 36, p. 2448, T.S. p. 548 [BWT].

the BWT invoked by the United States and the Dominion of Canada,⁹ the IJC was to conduct investigations and make recommendations. Both parties did not invoke a separate provision, which would have allowed the IJC to issue binding decisions.¹⁰ At the conclusion of the reference process, the compromise report issued by the IJC, however, did not satisfy the United States, which demanded a better settlement.¹¹

After a couple of years of back-and-forth at the top executive levels, the Canadians acceded to the wishes of the Americans and agreed to binding arbitration outside the BWT and the IJC; and accordingly, the Dominion of Canada and the United States negotiated, signed and ratified a separate bilateral agreement (*compromis*) to constitute the arbitral panel, formulate the questions in dispute, identify the standard of review, and address various procedural matters of importance.¹²

2. *The Contents of the No-Harm Rule*

The three-member panel¹³ issued its final decision in 1941, enunciating what has come to be known as the no-harm rule: “[n]o state has the right to permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.”¹⁴ In addition to the contents of the no-harm rule, the panel’s methodology deserves a closer look.

⁹ BWT, art. 9.

¹⁰ BWT, art. 10.

¹¹ Arbitral Trib., cit., p. 1918-19.

¹² Convention of Settlement of Difficulties Arising from Operation of Smelter at Trail, B.C., Apr. 15, 1935 (ratified June 5, 1935, entered into force Aug. 3, 1935), 4 U.S.T. 4009, T.S. No. 893, 49 Stat. 3245, 162 L.N.T.S. 73 [Ottawa Convention]. Cfr. Arbitral Trib., cit., p. 1907-1910.

¹³ Arbitral Trib., cit., p. 1911 (Charles Warren of Massachusetts who was chosen by the United States; Robert A.E. Greenshields of the Province of Quebec was chosen by the Dominion of Canada; and Jan Frans Hostie of Belgium was chosen by the United States and the Dominion of Canada jointly).

¹⁴ Arbitral Trib., cit., p. 1965.

3. *The Arbitration Panel's Methodology for Arriving at Its No-Harm Rule*

The panel arrived at the no-harm rule in conformance with the instruction to “apply the law and practice followed in dealing with cognate questions in the United States of America as well as international law and practice, and... reach a solution just to all parties concerned.”¹⁵ In all likelihood, the parties agreed to national law and practice, alongside international law and practice, because they already expected a scarcity of international decisions on point, and therefore, added an alternative measuring rod to avoid a *non liquet*.¹⁶ The parties, who above all sought an equitable outcome, ultimately chose U.S. law and practice because court decisions appeared more balanced in their effect on industry and agriculture than the nuisance precedents in Canadian courts, which tended to be quite unfavorable to industry.¹⁷

In pursuance of the second prong in its instruction, the panel first perused the international realm for cases addressing the availability of monetary and injunctive relief for wrongs in general. The panel identified one international judicial decision and one foreign domestic decision.¹⁸ For the country-to-country realm, the panel reviewed a ground-breaking arbitration award for a dispute between the United States and Great Britain from the time of the American Civil War. The award had declared that a reparation claim had accrued for the United States because of the wrongs associated with the depredations a confederate cruiser—the “Alabama”—had been able to inflict on the Union due to Britain’s acts and omissions.¹⁹ Not being able to extract much guidance for the dispute at hand, the panel sought wisdom from a case decided in Switzerland. But the yield from that canton-to-canton dispute over straying bullets from a shooting installation between Solothurn and Aargau was similarly negligit. All the panel could report was that the Federal Court in Switzerland had declined to order a complete shutdown through an injunction ordering the total curtailment of all and any endangerment.²⁰

Absent international cases on point and pursuant to the first prong in its instruction, the panel turned to the law and practice prevailing in the

¹⁵ Ottawa Convention, art IV. Cfr. Arbitral Trib., cit., p. 1908.

¹⁶ J.E. READ, cit., p. 227.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Arbitral Trib., cit., p. 1963.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

United States.²¹ The panel identified several interstate disputes before the U.S. Supreme Court over transboundary water and air pollution²² and observed that the quasi-sovereign rights of states within the United States were amenable to being harnessed for rule extraction in the arbitration at hand.²³ In support of its diagnosis, the panel quoted from one of those U.S. Supreme Court decisions, which had declared that “if the health and comfort of the inhabitants of a State are threatened the State is the proper party to represent and defend them.”²⁴ Moreover, said the panel, the U.S. Supreme Court’s subsequent case law with regard to the federal common law of interstate nuisance had added that a state did not have to prove injury to state property when the state was suing “for an injury to it in its capacity of quasi-sovereign [with] an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain.”²⁵ Incidentally, this formulation would be powerfully echoed many decades later in U.S. Supreme Court Justice Stevens’s famous locution of states deserving “special solicitude” when protecting their quasi-sovereign interests—here, to avoid harm associated with climate change in a case involving the question of whether the U.S. Environmental Protection Agency had the authority to regulate carbon dioxide and other greenhouse gases as air pollutants.²⁶

Synthesizing the U.S. Supreme Court’s topical case law in interstate disputes over transboundary air and water pollution, the panel determined that the high court’s probative factors for judicial inquiry and equitable relief included the magnitude of the pollution problem, the conduct by the litigant states, and the discharge of a heightened burden of proof—clear and convincing evidence.²⁷ With the no-harm rule of decision having been distilled, the panel found that the Dominion of Canada was accountable, in international law, for the smelter.²⁸ Although the Canadian government

²¹ *Ibid.*, p. 1963-64.

²² *Ibid.*, p. 1964-65.

²³ *Ibid.*, p. 1963.

²⁴ *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208, 241 (1901).

²⁵ *Arbitral Trib.*, cit., p. 1965.

²⁶ *Massachusetts v. EPA*, 594 U.S. 497, 520 (2007) (defending, in footnote 17, its reliance on *Tennessee Copper*, a case crucial for the panel’s development of the *Trail* principle, against Chief Justice Roberts’s assertion the Court misread *Tennessee Copper*). Cfr. R.V. Percival, *Massachusetts v. EPA: Escaping the Common Law’s Growing Shadow*, in *The Supr. Ct. Rev.* 2007, vol. 3 p. 11, 128-29 (“At oral argument Justice Kennedy had surprised counsel for Massachusetts by mentioning the case and describing it as ‘your best case’ for establishing standing.”).

²⁷ *Arbitral Trib.*, cit., p. 1964-65.

²⁸ *Ibid.*, p. 1965.

did not itself run the facility, its operations were authorized by Canadian agencies under Canadian laws and procedures. The panel, however, refrained from ordering the Dominion to shut down the smelter.²⁹ Rather, according to the panel, the Dominion's primary obligation consisted in bringing the smelter in compliance with the law. If, however, the Dominion failed to do so, it would incur exposure to liability for damages of the type and extent typically recovered in private nuisance lawsuits in the United States, with considerable latitude in place for ascertaining the amount of damages.³⁰

4. *The Alternatives to State-to-State Arbitration*

At the time, state-to-state proceedings were a rarity. The essentially private nature of the dispute, which did not directly touch the two governments and which did not involve claims by U.S. citizens against the Canadian government, did not make the Trail Smelter dossier an obvious candidate for arbitration. Yet, agreeing to arbitration offered the Dominion of Canada the unique opportunity to control international arbitration from cradle to grave.³¹ In turn, the United States impressed on its neighbor that it was not interested in having the pollution dispute spill into other areas in their relationship.³² There were also political exigencies in play, as the cloud of war enveloped the world, giving rise to strong concerns over strategic metals. Also, American smelters might very well have feared the specter of similar lawsuits within the United States as well as from across the border with Mexico.

Ultimately, and in more modern parlance, both the United States and the Dominion of Canada exercised their prerogatives of diplomatic protection, albeit without insisting on a domestic exhaustion of remedies by the claimants.³³ Indeed, private parties could in theory have taken their grievances to the national courts. But in practice, there were significant deterrents

²⁹ Cfr. J.E. READ, cit., p. 223.

³⁰ *Ibid.*, p. 1966.

³¹ J.E. READ, cit., p. 222.

³² Cfr. H.H. THOMPSON & S.J. RANDALL, *Canada and the United States: Ambivalent Allies*, Athens, 2008, p. 134; J.R. ENGLISH, *Canadian-American Relations*, in *The Can. Enc.*, 2009, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/canadian-american-relations>.

³³ Cfr. J.E. READ, cit., p. 223; International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (New Application, 1962)*, *Belgium v Spain*, Judgment, Merits, Second Phase, *I.C.J. Reports* 1970, p. 3.

to private litigation. Thus, the stakeholders in Washington State would have been rightly concerned not only over a British Columbia court declining jurisdiction in nuisance lawsuits for damages to property located outside the province, but also over potentially lengthy, and most likely fruitless, appeals all the way up to the United Kingdom's Privy Council.³⁴ At the time, local action rules required the filing of property complaints at the place where the harm was incurred, and courts in Washington State did not exercise personal jurisdiction over out-of-state corporations.³⁵ Obviously, the U.S. Supreme Court's seminal decision in *International Shoe* with its "minimum contacts" testing framework had not yet arrived.³⁶ Also, from the Canadian company's perspective, there was no legal possibility for it to acquire smoke easements, which operate as servitudes to pollute, because, at the time, the Washington State Constitution barred land interests of alien corporations.³⁷

5. *The Post-Trail Developments at the International Plane*

In essence, the *Trail* arbitral tribunal's formulation that "[n]o State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury ... in or to the territory of another or the properties or persons therein (emphasis added)" echoes *sic utere ut alienum non laedas* (use your own property so as not to harm that of another).³⁸ This locution has been characterized as "the other face of the coin" or "the logical corollary" of state sovereignty. We find it in the Common Law's nuisance tort³⁹ and the Civil Law's legal servitude of the vicinity.⁴⁰ The *Trail* arbitration over smoke and

³⁴ J.E. READ, cit., p. 222.

³⁵ C. PRUNELLA, *An International Environmental Law Case Study: The Trail Smelter Arbitration*, in *Intl. Poll. Issues*, 2014, <https://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/>

³⁶ *Int'l Shoe Co. v. Wash.*, 326 U.S. 310 (1945). Since then, the U.S. Supreme Court has continued to fine-tune what constitutes "minimum contacts". Cfr. C.F. ABERNATHY & M.G. PUDER, *Law in the United States*, Eaton, 2021, p. 638.

³⁷ C. PRUNELLA, cit.

³⁸ F.A. MATHYS, *International Environmental Law: A Canadian Perspective*, in *Pace Y.B. Intl'l L.* 91, 1991, vol. 3, p. 91.

³⁹ Cfr. D.R. COQUILLETTE, *Mosses from an Old Manse: Another Look at Some Historic Property Cases about the Environment*, in *Cornell L. Rev.* 1979, vol. 64, p. 761.

⁴⁰ F.F. STONE, *Servitudes of Good Neighborhood in Louisiana Law*, in *Tul. L. Rev.* 1975-76, vol. 50, p. 621.

fumes travelling from British Columbia to Washington State,⁴¹ together with the World Court's *Corfu Channel* decision with regard to mine explosions that had damaged British warships⁴² and the *Lake Lanoux* arbitration over water usage,⁴³ established that victim states have the legal right to demand the prevention and abatement of wrongful harm accruing from states flaunting their obligation to avoid transboundary environmental impurity.⁴⁴

As a "direct descendant"⁴⁵ of this trilogy, Principle 21 of the Stockholm Declaration⁴⁶ offers that "States have...the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage *to the environment* of other States or of areas *beyond the limits of national jurisdiction* (emphasis added)."⁴⁷ Principle 21 extends *Trail* in that it refers to activities not only in the national territory of a state, but also within the state's "jurisdiction or control."⁴⁸ Could this then be capacious enough to sweep-in activities such as offshore corporate operations and state participation in project financing?⁴⁹ Moreover, Principle 21 speaks of "damage to the environment"⁵⁰ which appears wider than proprietary and economic interests. Could it be broad enough to envelop the global commons?

Principle 21 can be said to reflect state practice.⁵¹ But it is formulated as part of a merely persuasive, non-binding conference document. Even though, literature has offered that "[i]f soft law is a Trojan horse, Principle 21...is akin to Odysseus: the most effective weapon it contains."⁵² Indeed, the "normative character"⁵³ of Principle 21, which reflected long and hard negotiations, soon found acceptance in a string of "soft law" instruments, such as Principle 2 of the Rio Declaration,⁵⁴ which is almost identical, as

⁴¹ Arbitral Trib., cit., p. 1905.

⁴² International Court of Justice, *Corfu Channel Case* (U.K. v. Alb.), *I.C.J. Reports* 1949, p. 4.

⁴³ *Lake Lanoux Arbitration* (Fr. v. Spain), *I.L.R.*, 1957, vol. 24, p. 101 (English), *Rep. Int'l Arb. Awards*, 1957, vol. 12, p. 281 (French).

⁴⁴ Cfr. F.A. MATHYS, cit., p. 92.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, U.N. Doc. A/CONF.48/14 & Corr. 1, reprinted in *I.L.M.* 1972, vol. 11, p. 1416 [Stockholm Declaration].

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1420.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ M.A. GRAY, *The International Crime of Ecocide*, in *Cal. West. Int'l L. Rev.*, 1996, vol., p. 215, 248.

⁵⁰ Stockholm Declaration, p. 1420.

⁵¹ M.A. GRAY, cit., p. 238

⁵² *Ibid.*, p. 248.

⁵³ *Ibid.*, p. 248-49.

⁵⁴ Rio Declaration on Environment and Development, June 14, 1992, *I.L.M.* 1992, vol.

well as “hard” treaty law, such as the London Dumping Convention,⁵⁵ which protects the marine environment from human activities, and the United Nations Convention on the Law of the Sea,⁵⁶ which offers a global constitution for the oceans.

If the no-harm principle has attained the status of an international norm, the next question then is whether, by now, the no-harm principle might have ripened into a rule of customary international law. The World Court’s jurisprudence has exhibited a cautious trajectory. Five decades ago, only Judge Petrén, in his separate opinion, seized on Australia’s invocation of *Trail* in their nuclear test dispute with France, when he offered that the admissibility of the cases hinged upon “the existence of a rule of customary international law whereby States are prohibited from causing, through atmospheric nuclear tests, the deposit of radio-active fall-out on the territory of other States.”⁵⁷

Twenty years later, in advising the United Nations General Assembly as to the legality of the threat or use of nuclear weapons, the World Court stopped short of placing the no-harm principle into the bins of customary international law or general principles of international law. Rather, in somewhat non-contoured language, the World Court declared: “[t]he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the *corpus of international law relating to the environment* (emphasis added).”⁵⁸

Shortly thereafter, in a contentious case between Slovakia and Hungary over a stretch of the Danube River, a shared watercourse, the World Court reproduced verbatim what it had said earlier—this time to bolster the existence of an “ecological” necessity as a circumstance that may operate to preclude wrongfulness in the realm of state responsibility.⁵⁹ In addition, the majority observed that, in the absence of the parties having raised the question, there was no need for a determination as to whether novel

31, p. 874, 876

⁵⁵ Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Dec. 29, 1972, U.N.T.S. 1972, vol. 1042, p. 120, I.L.M. 1972, vol. 11, p. 1291.

⁵⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, I.L.M. 1982, vol. 21, p. 1261.

⁵⁷ International Court of Justice, *Nuclear Test Case* (Austl. v. Fr.), *I.C.J. Reports* 1974, p. 253, 298, 304.

⁵⁸ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, 242.

⁵⁹ International Court of Justice, *The Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymoros Project* (Hung. v. Slov.), *I.C.J. Reports* 1997, p. 7, 41.

peremptory norms of environmental law had emerged.⁶⁰ Yet, the majority hastened to pronounce that newly developed norms of environmental law may be relevant for the interpretation and implementation of treaties that implicate the environment.⁶¹ In his separate opinion, Vice President Christopher Weeramantry spoke of the need to distinguish between litigation that resolves questions as between specific parties, or *inter partes*, and litigation that raises *erga omnes* obligations in connection with “momentous environmental issues.”⁶² This distinction, said the Vice President, was especially important when a “serious or catastrophic environmental danger” was imminent.⁶³

Contemporary literature has answered the question as to whether the no-harm principle has matured into customary international law in the affirmative.⁶⁴ Some authors, however, have offered that the no-harm principle has not attained *jus cogens* status absent a second acceptance with regard to the criterion that no derogation is permitted.⁶⁵ Also, based on the observation that there was no litigation in the wake of the Chernobyl nuclear accident and the Sandoz spill of toxic chemicals, literature of an earlier vintage had suggested much skepticism with regard to the existence of the no-harm rule in customary international law.⁶⁶

6. *The Ripple into the Law of State Responsibility*

The international responsibility of states for damage caused by a wrongful act has been addressed and recognized long before the International Law Commission started its work in this field. In the *Chorzów Factory* case, which involved a reparation claim by German companies in the wake of the Polish government taking possession of a facility in contravention of a bilateral treaty, the World Court’s judicial predecessor had already elaborated that “[t]he essential principle contained in the actual notion

⁶⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, p. 88, 117-18.

⁶³ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁴ Cfr. A. BOYLE & C. REDGWELL, *Birnie, Boyle & Redgwell’s International Law and the Environment*, Oxford, 2021; p. 152.

⁶⁵ L.J. Kotzé & W. Muzangaza, *Constitutional Environmental Law for the Anthropocene*, in *Rev. Eur., Comp. & Int’l Envtl. L.*, vol. 27, p. 278, 290.

⁶⁶ Harvard Law Association, *Developments in the Law: International Environmental Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1991, vol. 104, p. 1484, 1499.

of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.”⁶⁷ In other words, approximating as best as possible the return to the *status quo ante* is at the core of making amends for an international wrong.

Fast-forwarding to our time, the World Court has recognized the obligation to make full reparation for the damage caused by a wrongful act in a string of other cases.⁶⁸ According to the ICJ, compensation could be an appropriate form of reparation, particularly in those cases where restitution is materially impossible or unduly burdensome, but such compensation could not exhibit a punitive or exemplary character.⁶⁹ More recently, the ICJ took “the view that damage to the environment, and the consequent impairment or loss of the ability of the environment to provide goods and services, is compensable under international law [and that s]uch compensation may include indemnification for the impairment or loss of environmental goods and services in the period prior to recovery and payment for the restoration of the damaged environment.”⁷⁰ This language is auspicious in designating the environment as a productive force beyond a static resource that deserves a tailored framework in the law of damages.

Finally, the work of international drafting bodies appears to reflect a change from focusing on international responsibility only. Mindful of the need to harness the nascent stage of international environmental law, the Brundtland Commission Experts Group developed a principle espousing state responsibility for breaches of international obligations “relating to the use of a natural resource or the prevention or abatement of an environmental

⁶⁷ Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzów (Merits)* (Ger. v. Pol.), P.C.I.J. Ser. A, No. 17, 1928, Judgment No. 13, p. 47 (English). *Ibid.*, p. 46 (French) (“[l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d’acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et rétablir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pas été commis”).

⁶⁸ International Court of Justice, *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea v. Dem. Rep. Congo), *I.C.J. Reports* 2012, p. 324; International Court of Justice, *Avena and Other Mexican Nationals* (Mex. v. U.S.), *I.C.J. Reports* 2004, p. 12; International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slov.), *I.C.J. Reports* 1997, p. 7.

⁶⁹ International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Arg. v. Uru.), *I.C.J. Reports* 2010, p. 14.

⁷⁰ International Court of Justice, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicar.), *I.C.J. Reports* 2018, p. 15, 28.

interference.”⁷¹ Notably, the International Law Commission’s two topical draft documents on hazardous activities and cross-border harm, which were finalized in the first decade of the new millennium, appear to shift the visor to prevention and cooperation⁷² and, for situations when nonetheless accidents and incidents occur and in the context of domestic civil liability regimes, to operators rather than States.⁷³

II. RIGHTS OF NATURE

A system of “rights” is an inherently Western construct developed for an anthropocentric world.⁷⁴ Rather than considering nature the indispensable enabler of life on the planet we need to protect, conserve and recover, anthropocentrism sees nature merely as the object of human exploitation for the benefit of humanity’s economic development and technological progress. The ethical belief that humans alone embody intrinsic value has rippled into the law in general and individual property rights, tort law, and public trust in particular.⁷⁵

Property rights, which grant individuals exclusive, direct and immediate real rights with regard to a particular property, have been said to lead to the effective allocation of economic resources and avoid negative externalities that could harm individuals and businesses.⁷⁶ Torts, which are defined as civil wrongs that cause the victims to suffer loss or harms are predicated on the enlightened idea of individual responsibility in life.⁷⁷ Under the public trust doctrine, the sovereign holds certain resource commons in

⁷¹ G. BRUNDTLAND, *Report of the World Commission on Environment and Development: Or Common Future*, U.N.G.A. Doc. A/42/427, 1987, p. 342 (Principle 21).

⁷² International Law Commission, Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, Rep. Int’l L. Com’n, Gen. Ass., Official Records, 2001, 56th Sess., Suppl. No. 10 (A/56/10), p. 370 (text of draft articles, along with commentaries).

⁷³ International Law Commission, Draft Principles on the Allocation of Loss in Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities, Rep. Int’l L. Com’n, Gen. Ass. Official Records, 2006, 58th Sess., Suppl. No. 10 (A/61/10), p. 59 (text of draft articles, along with commentaries).

⁷⁴ L.J. Kotzé & W. Muzangaza, cit., p. 678.

⁷⁵ S. FRANKS, *The Trees Speak for Themselves: Nature’s Rights under International Law*, in *Mich. J. Int’l L.*, 2021, vol. 42, p. 633, 644.

⁷⁶ L.J. ALSTON & BERNARDO MUELLER, *Property Rights and the State*, in C. MÉNARD & M.M. SHIRLEY (a cura di), *Handbook of New Institutional Economics*, Berlin/Heidelberg, 2008, p. 573

⁷⁷ M.S. SHAPO, *An Essay on Torts: States of Argument*, in *Pepp. L. Rev.*, 2011, vol. 38, p. 579.

trust for the public use and to the benefit of current and future generations.⁷⁸ Property rights, tort law and public trust share that they operate to the benefit of human individuals, with property rights typically looking to injunctory relief and torts working through monetary relief.

The thrust of the modern countermovement in the 21st century away from human-nature binaries⁷⁹ and towards rights of nature pursuant to a more eco-centric world picture has been associated with indigenous peoples' concepts⁸⁰ designed for nature-rich locales. For example, in the Americas, there is the all-enveloping notion of a self-ordering universe under the moniker of cosmovision.⁸¹

Compared to the nature-object approach suggested by the preposition "to" in the rights-to-nature world under a broadened human rights rubric, the new nature-subject posture signaled by the preposition "of" embodies a qualitative leap forward towards ecocentricity in the law. To be sure, the notion of rights to nature, which was first articulated by the Supreme Court of the Philippines,⁸² has proven a significant innovation over merely programmatic clauses added to the fundamental rights canons in national constitutions. In this regard, the jurisprudence developed by the Inter-American Court of Human Rights stands out, as the court declares that the right to a healthy environment does not only protect individual people's interests in ecosystems, but also envelops nature and all its components for their intrinsic value—even absent evidence of damage to individuals.⁸³

⁷⁸ E. RYAN, *The Public Trust Doctrine, Property and Society*, in N. GRAHAM, M. DAVIES & L. GODDEN (a cura di), *The Routledge Handbook of Law and Society*, London/New York, 2022, p. 240.

⁷⁹ J. DARPÓ, *Can Nature Get It Right? A Study on Rights of Nature in the European Context*, 2021, PE 689.328, p. 15, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU\(2021\)689328_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/689328/IPOL_STU(2021)689328_EN.pdf).

⁸⁰ Cfr. S. FRANKS, cit., p. 634.

⁸¹ Cfr. R. ARRUDA, *Cosmovision and Realities: To Each One's Philosophy*, Indep. Pub., 2023, 1 ss; Juan Illicachi Guzmán, *Desarrollo, Educación y Cosmovisión: Una Mirada desde la Cosmovisión Andina (Development, education, and cosmovision: An Andean Cosmovision Outlook)*, in *Universitas Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, 2014, no. 21, p. 17.

⁸² Cfr. Supreme Court of the Philippines, *Oposa v. Factoran*, 1993, G.R. No. 101083, S.C.R.A. vol. 224, p. 792 (petitioners properly before court in representation of their generations as well as generations yet unborn; rights to a healthy environment are "basic rights" that predate all governments and constitutions and that have existed from the inception of humankind).

⁸³ Inter-American Court of Human Rights, *Advisory Opinion OC-23/17 Requested by the Republic of Colombia*, Inter-Am. Ct. H.R., 2017, Ser. A, No. 23, ¶ 1, 62 (right to a healthy environment as an autonomous human right, which is fully judiciable); Int

1. *The Beginnings of a Legal Movement*

In the early 1970s, Professor Christopher D. Stone published an evocative law review article, arguing that nature and ecosystems should enjoy recognized rights susceptible of being vindicated in courts of law.⁸⁴ The piece was later quoted in a famous lawsuit decided by the U.S. Supreme Court.⁸⁵ In that case, Sierra Club, a membership corporation with “a special interest in the conservation and sound maintenance of the national parks, game refuges, and forests of the country,” had sued for a declaratory judgment and injunctive relief to restrain federal officials from approving an extensive skiing development in the Mineral King Valley in the Sequoia National Forest.⁸⁶ Disagreeing with a plurality of his colleagues on the U.S. Supreme Court who dismissed the case because the club had not alleged an injury and therefore, lacked the requisite standing to be in the courtroom, Associate Justice William O. Douglas wrote:

“The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled. That does not mean that the judiciary takes over the managerial functions from the federal agency. It merely means that, before these priceless bits of Americana (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost..., the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard [and that the] environmental issues should be tendered by the inanimate object itself.”⁸⁷

2. *The Principal Regulatory Models*

Over time and across the globe, two basic regulatory models for bringing “earth jurisprudence”⁸⁸ or “wild law”⁸⁹ into the legal fold have emerged.

Inter-American Court of Human Rights, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, Inter-Am. Ct. H.R., 2020, ¶ 1, 203, 370 (Argentina violated an autonomous right to a healthy environment, to indigenous community property, cultural identity, food, and water).

⁸⁴ C.D. STONE, *Should Trees Have Standing? — Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1972, vol 45, p. 450 (1972).

⁸⁵ U.S. Supreme Court, *Sierra Club v. Morton*, *U.S. Reports* 1972, vol. 405, p. 727.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 727.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 749-51 (J. Douglas, dissenting).

⁸⁸ S. FRANKS, *cit.*, p. 634.

⁸⁹ C. CULLINAN, *A History of Wild Law*, in P. BURDON (a cura di), *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Mile End, 2011, p. 12, 13.

These include the nature rights model and the legal personhood model.⁹⁰

a. *Nature Rights Model*

Pursuant to the Nature Rights model, nature at large is conceived as the amorphous and all-encompassing environment, with the right to bring a case on behalf of nature being available to all citizens.⁹¹ The Nature Rights model is prevalent in the Americas.⁹² In 2008, for example, Ecuador became the first country to recognize the Rights of Nature⁹³ by consecrating in their new political constitution a highly innovative form of harmonious citizen coexistence with nature (Pacha Mama) so as to ultimately achieve “the good way of living”—*el buen vivir* or, as the historically Andean principle goes, *el sumac kawsay*.⁹⁴

The core design features of the right of nature, which include broad conceptions as to what nature encompasses and as to who is equipped with *locus standi*, are established by constitutional law. Nature is conceived as the enabler of all life and therefore, “has the right to full respect for its existence and the maintenance and regeneration of its vital cycles, structure, functions and evolutionary processes” (*tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*).⁹⁵ Similarly wide is the circle of entrusted actors; “[a]ny person, community, people or nationality may demand from the governing authorities the fulfillment of the rights of nature” (*[t]oda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*).⁹⁶

Since their constitutional debut, rights of nature have been litigated in Ecuador. While the record at the provincial level may be considered somewhat mixed, two decisions handed down by the Constitutional Court of Ecuador have indeed moved the needle. In 2021, the Constitutional Court of Ecuador decided a case, which had been initiated by local communities, in favor of the protected cloud forest in Los Cedros, reasoning that a corporate project to mine for copper and gold would run

⁹⁰ M. DONCEL, *The Rights of Nature: Developments and Implications for the Governance of Nature Market*, in *Taskforce on Nature Markets*, 2022, p. 9.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Cfr. *ibid.* (Ecuador, Bolivia, Panama, United States, Uganda).

⁹³ *Ibid.*, p.10.

⁹⁴ Const. Ecua., pmbl.

⁹⁵ Const. Ecua., art. 71(cl. 1).

⁹⁶ Const. Ecua., art. 71(cl. 1).

afoul of Los Cedros' rights of nature.⁹⁷

A separate landmark decision—"Mona Estrellita"—arrived in 2022⁹⁸ with regard to a woolly monkey named Estrellita who had forcibly been seized from her owner by the authorities on the grounds that the possession of wild animals was prohibited by law.⁹⁹ Estrellita passed shortly after she was relocated to a zoo.¹⁰⁰ Her "mother and "caretaker" brought a habeas action on behalf of Estrellita—a legal mechanism available in Ecuador to determine the validity of an individual's detention. The Constitutional Court of Ecuador found that the rights of nature had been violated in the course of the events that led to the death of Estrellita.¹⁰¹ In addition, the Constitutional Court of Ecuador emphasized that Estrellita's rights had also previously been violated when, at the age of one month, she was removed from her natural habitat.¹⁰² The decision not only elevates the legal status of nonhuman animals under Ecuador's constitutional rights of nature, but may further require new legislation tailored to protecting the rights of animals.¹⁰³

b. *Legal Personhood Model*

The Legal Personhood model enables nature to interact with the legal system.¹⁰⁴ Just as juridical persons such as corporate actors engage with the legal system, specifically designated natural features and ecosystems can see their rights enforced before the law.¹⁰⁵ But only certain communities and government agencies may serve as fiduciary guardians and take up cases on behalf of a natural resource or feature.¹⁰⁶ The Legal Personhood model is prevalent in South Asia and Oceania.¹⁰⁷

In New Zealand, for example, the rights of nature have been consecrated in two settlement treaties with two separate Māori communities. The Māori

⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1149-19-JP/20 (Juez Ponente: Agustín Grijalva Jiménez). Cfr. M. DONCEL, cit., p. 11, 13.

⁹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 253-20-JH/2w (Juez Ponente: Teresa Nuñez Martínez).

⁹⁹ Cfr. M. DONCEL, cit., p. 11.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰² *Ibid.*, p. 11.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁴ M. DONCEL, cit., p. 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Cfr. *ibid.* (India, New Zealand, Colombia, Bangladesh).

are indigenous Polynesian peoples of mainland New Zealand. In 2014, the New Zealand Parliament passed the Te Urewera Act.¹⁰⁸ Other than finalizing a settlement between the Tūhoe people and the government over a land sovereignty dispute, the law recognized the Te Urewera—a former national park measuring more than 2,000 square kilometers—as an actor with “legal recognition in its own right.”¹⁰⁹ Later, in 2017, the New Zealand Parliament passed the Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act,¹¹⁰ which declared the Whanganui River to be “a legal person.”¹¹¹

Both statutes exhibit New Zealand’s approach to rights of nature, with the entrustment of designated representatives for the protected natural feature at its core.¹¹² This design is based on the premise that those fiduciaries are best suited to protect particular natural features owing to their spiritual connection and deep understanding of nature.¹¹³

3. *The Perspectives*

In the United States, local and tribal rights of nature movements have seen initial successes. Examples include Toledo, Ohio, which added to its municipal charter the “Lake Erie Bill of Rights” (LEBOR) through a ballot initiative.¹¹⁴ A federal judge, however, struck down LEBOR in its entirety, reasoning that the municipal law was unconstitutionally vague in violation of federal due process rights under the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution.¹¹⁵ Moreover, different counter initiatives have emerged at the state level, as several state legislatures have been pushing back against local rights-of-nature initiatives through presumptive bans.¹¹⁶ Yet, rights of nature

¹⁰⁸ Te Urewera Act 2014, Pub. Act 2014 No 51.

¹⁰⁹ Te Urewera, sec. 3(9).

¹¹⁰ Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, Pub. Act 2017 No 7.

¹¹¹ Te Awa Tupua, sec. 14.

¹¹² Te Urewera, sec. 11 ((Uruwera Board); Te Awa Tupua, sec. 19 (Te Pou Tupua).

¹¹³ M. DONCEL, cit., p. 16.

¹¹⁴ Toledo Municipal Code, chpt. XVII, sec. 253 (declaring “irrevocable rights for the Lake Erie Ecosystem to exist, flourish and naturally evolve, a right to a healthy environment for the residents of Toledo, and which elevates the rights of the community and its natural environment over powers claimed by certain corporations”).

¹¹⁵ U.S. District Court, N.D. Ohio, Western Division, *Drewes Farms Partnership & State of Ohio v. City of Toledo*, F.Supp.3d vol. 441, p. 511.

¹¹⁶ The Ohio Legislature, House Bill 166 (Current Version as Enrolled), Am. Sub. H.B. No 166, 133rd G.A. sec 2305.011, <https://search-prod.lis.state.oh.us/solarapi/v1/gener->

protections created by tribes—such as the “Rights of the Manoomin” law adopted by Chippewa Nation’s White Earth Band to secure legal rights held by wild rice (*manoomin*) and prevent the development of an oil pipeline that would purportedly destroy the crop’s viability—have proven more resilient to court challenges than other local ordinances.¹¹⁷

There are currently no initiatives advancing rights of nature at the federal level. In 2017, a social and environmental justice organization and five of its members filed a lawsuit against the State of Colorado in federal district court as “next friends” for and guardians of the Colorado River Ecosystem.¹¹⁸ The complaint sought declaratory relief, arguing that the Colorado River Ecosystem was a “person” capable of possessing rights and that the Colorado River Ecosystem as such possessed the “rights to exist, flourish, regenerate, be restored, and naturally evolve.”¹¹⁹ According to the complaint, certain activities carried out or permitted by the State of Colorado could threaten or violate those rights and hence, the plaintiffs were entitled to injunctive relief.¹²⁰ But a couple of months after the complaint had been filed, the lawsuit was withdrawn by the plaintiffs.¹²¹ Notwithstanding, in their motion to dismiss, the plaintiffs asserted that the complaint “represented a good faith attempt to introduce the Rights of Nature doctrine to our jurisprudence”¹²² and that counsel for the plaintiff “continues to believe that the doctrine provides American courts with a pragmatic and workable tool for addressing environmental degradation and the current issues facing the Colorado River.”¹²³ Independent of the right-of-nature debate in the United States, however, various federal environmental media statutes continue to offer a powerful tool that may accomplish what the rights-of-nature track seeks to achieve—the citizen suit provision, which allows members of the public to act as private attorneys general and enforce environmental laws.¹²⁴

al_assembly_133/bills/hb166/EN/09/hb166_09_EN?format=pdf.

¹¹⁷ S. FRANKS, cit., p. 649.

¹¹⁸ The Colorado River Ecosystem v. State of Colorado, Case No. 17cv02316 – NYW, Complaint for Declaratory Relief, https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2017/20170925_docket-117-cv-02316_complaint-1.pdf.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 2-3.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 9, 18, 22.

¹²¹ The Colorado River Ecosystem v. State of Colorado, Case No. 17cv02316 – NYW, Unopposed Motion to Dismiss Amended Complaint with Prejudice, https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2017/20171203_docket-117-cv-02316_motion-to-dismiss.pdf.

¹²² *Ibid.*, p. 2-3.

¹²³ *Ibid.*, p. 3.

¹²⁴ Cfr. M.G. PUDER, *The Discrete Charm of Cooperative Federalism: Environmental*

Somewhat surprisingly, the European Union seems to have been lagging behind. There are two situations, which are both found in Spain—the *Mar Menor* wetland and the *Los Alcázares* saltwater lagoon.¹²⁵ At the regional level, the European Commission’s Nature Restoration Law, which was proposed in 2022,¹²⁶ has met with significant national resistance due to concerns over property rights invoked by landowners and the right to conduct business asserted by individuals and companies.¹²⁷

The process of international policy diffusion with regard to rights of nature has been carried through by various civil society organizations, most notably the Global Alliance for the Rights of Nature (GARN).¹²⁸ In 2014, for example, the GARN launched the International Tribunal for the Rights of Nature, a forum allowing indigenous peoples and others to share with internationally renowned lawyers and leaders their concerns over and offer solutions for planetary justice in the rights-of-nature realm.¹²⁹

III. ECOCIDE

A law of ecocide seems the logical next step on the heels of a recognition of rights of nature. Reminiscent of Rafael Lemkin’s montage that gave us genocide¹³⁰ and coined by Professor Arthur W Galston in 1970 to denote “an attempt to wipe out a specific environment,”¹³¹ the term ecocide reflects the Graeco-Latin combination of οἶκος (“the house”) and *caedere* (“to kill”).¹³² Ecocide conjures up images of scorched earth, poisoned water wells,

Citizen Suits in the Balance, in *Vt. L. Rev.*, 2002, vol. 27, p. 81.

¹²⁵ M. DONCEL, cit. p. 17.

¹²⁶ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on nature restoration, COM(2022) 304 Final, 2022/0195 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0304>.

¹²⁷ Cfr. Kris Decler & An Cliquet, *Nature Restoration: Proposed EU Law under Threat*, in *Nature*, 2023, vol. 619, p. 252.

¹²⁸ Global Alliance for the Rights of Nature, Who We are, <https://www.garn.org/>.

¹²⁹ M. DONCEL, cit. p. 13.

¹³⁰ M. IGNATIEFF, *The Unsung Hero Who Coined the Term “Genocide”*, in *The New Republic*, 2013, <https://newrepublic.com/article/114424/raphael-lemkin-unsung-hero-who-coined-genocide>.

¹³¹ M. CROOK & D. SHORT, Marx, Lemkin and the Genocide–Ecocide Nexus, in *Int’l J. Hum. Rts*, 2014, vol. 18, p. 298.

¹³² L. RECUPERO, The International Crime of Ecocide: An Emerging Codification, Istituto Analisi Relazioni Internazionali, 2023, <https://iari.site/2023/01/30/the-interna->

deforested swaths of land, defoliated forests, burning oil wells and nuclear dystopias. The idea of certain perfidious community harms in the realm of the environment was already known to the Romans who, for example, considered water poisoning as *iniuria contra bonos mores* (“offence against the moral welfare of society”) and *crimen extraordinarium*. (“extraordinary crime”).¹³³

1. *The Trajectory*

For purposes of the legal discussion of ecocide, two tracks may be distinguished—a first track associated with international criminal law and a second track under the international law of state responsibility. Both have proceeded concurrently and independently.

a. *Track One: International Criminal Law*

In 1947, the United Nations General Assembly assigned the International Law Commission the task “to prepare a draft code of offences against the peace and security of mankind, indicating clearly the place to be accorded to the [Nuremberg] principles.”¹³⁴ This work resulted in three documents—the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind,¹³⁵ the Draft Statute for an International Criminal Court,¹³⁶ and the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.¹³⁷

Between 1984 and 1996, the International Law Commission deliberated extensively over adding ecocide and environmental damage to the list of

tional-crime-of-ecocide-an-emerging-codification/.

¹³³ Andreas Wacke, *Protection of the Environment in Roman Law*, in *Fundamina*, 2000, vol. 6, p. 11.

¹³⁴ United Nations General Assembly, 1947, U.N.G.A. Res. 177(ii).

¹³⁵ Documents of the Third Session Including Report of the Commission to the General Assembly, *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with Commentaries*, in *Y.B. Int'l L. Com'n*, 1951, vol. II, p. 134-137.

¹³⁶ Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Sixth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), *Draft Statute for an International Criminal Court with Commentaries*, in *Y.B. Int'l L. Com'n*, 1994, vol. II, p. 26-74.

¹³⁷ Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Eighth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries*, in *Y.B. Int'l L. Com'n*, 1996, vol. II, p. 17-56.

crimes set forth in the Draft Code of Crimes.¹³⁸ An early version in those deliberations contained a draft provision that was subsequently deleted¹³⁹—the famous Article 26 (“Wilful and Severe Damage to the Environment”), which declared: “[a]n individual who wilfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced.”¹⁴⁰ These are terms that appear in the First Additional Protocol to the Geneva Convention¹⁴¹ and the Convention on the Prohibition of Military or Any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.¹⁴²

In departure from the earlier draft language, however, the framers of the Rome Statute of the International Criminal Court decided not to include a separate crime of ecocide. Yet, the Rome Statute addresses the environment in Article 8.2(b)(iv) when declaring “[i]ntentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause...widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated” to be a war crime.¹⁴³ The International Law Commission has meanwhile refined this language through twenty-seven principles on the protection of the environment in relation to armed conflicts; and in late 2022, the United Nations General Assembly passed a resolution taking note of the

¹³⁸ L.J. SIEDERS, *The Battle of Realities: The Case for and Against the Inclusion of ‘Ecocide’ in the ICC Rome Statute*, in M. ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, A. GULLO & F. MAZZACUVA (a cura di), *The Criminal Law Protection of Our Common Home*, Antwerpen, 2020, p. 32-33.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁴⁰ *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-seventh session*, U.N. GAOR, 1995, 50th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/50/10.

¹⁴¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) (with annexes, Final Act of the Diplomatic Conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts dated 10 June 1977 and resolutions adopted at the fourth session) adopted at Geneva on 8 June 1977, U.N.T.S. 1979, vol. 1125, p. 21 (Article 35(3)) & p. 28 (Article 55(1)). Cfr. L.G. Minkova, *The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of “Ecocide”*, in *J. Genocide Res.*, vol. 25, p. 62, 67 (Article 35(3) is “ecocentric in nature” and Article 55(1) is “anthropocentrically oriented”).

¹⁴² United Nations Convention on the Prohibition of Military or Any other Hostile Use of Environment Modification Techniques (ENMOD), 12 Dec. 1976, G.A. Res. 72, U.N. GAOR, 31st Sess., Supp. No. 39, at 36-38, U.N. Doc. A/31/39 (1976), *reprinted in* 16 I.L.M., vol. 16, p. 88, U.N.T.S. 1978, vol. 1108, p. 153 (Article I(1)).

¹⁴³ Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF. 183/9, in *Int. Leg. Mat.*, 1998, vol. 37, p. 1002 (entered into force 1 July 2002) [Rome Statute] (Article 8.2(b)(iv)).

International Law Commission's work.¹⁴⁴

b. Track Two: International Law of State Responsibility

The topic of state responsibility ranked likewise among the first areas selected in 1949 for the International Law Commission's attention.¹⁴⁵ In 1953, the General Assembly of the United Nations made a formal request for the codification of the principles of international law governing state responsibility.¹⁴⁶ As early as 1956, Special Rapporteur Francisco V. García-Amador¹⁴⁷ raised the distinction between "civil responsibility" (reparation) and "criminal responsibility" (punishment),¹⁴⁸ albeit in reference to state organs rather than the state itself and as such.¹⁴⁹

Acting on a report prepared by Special Rapporteur Roberto Ago¹⁵⁰ in 1976, which offered that, in addition to international wrongs in general, there are also exceptionally serious wrongful acts committed by states, the International Law Commission provisionally adopted what became the famous Article 19,¹⁵¹ which, in the realm of state responsibility, distinguished between international crimes and international delicts.¹⁵² Under Article 19, "[a]n internationally wrongful act which results from

¹⁴⁴ United Nations General Assembly, 77th Sess., Resolution of 7 December 2022 (on the Report of the Sixth Committee (A/77/415, para. 12), 2022, A/Res/77/104.

¹⁴⁵ Summary Records and Documents of the First Session Including Report of the Commission to the General Assembly, 6th Meeting, Planning for the codification of international law: survey of international law with a view to selecting suitable topics for codification (A/CN.4/1/Rev.I) (cont'd), (f) State responsibility, in *Y.B. Int'l L. Com'n*, 1949, p. 49-50.

¹⁴⁶ United Nations General Assembly, 468th Plen. Mtg., Resolution of 7 December 1953, Res. 799 (VIII).

¹⁴⁷ D. DI PIETRO, *Il Regime Aggravato della Responsabilità degli Stati nel Diritto Internazionale* (Sapienza Università di Roma Facoltà di Scienze Politiche/Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, Doctoral Thesis), Rome/Madrid, 2010-2011, p. 81.

¹⁴⁸ Documents of the Eighth Session Including Report of the Commission to the General Assembly, *State Responsibility – Doc. A/CN.4/96: Report by F.V. García Amador, Special Rapporteur*, in *Y.B. Int'l L. Com'n*, 1953, vol. II, p. 173, 182-83.

¹⁴⁹ S. CARLGREN, *The Elimination of the Concept of Crime from the ILC's Draft Articles (University of Lund Faculty of Law, Master Thesis)*, Lund, 2009, p. 5.

¹⁵⁰ D. DI PIETRO, cit. p. 85.

¹⁵¹ M. SPINEDI, *International Crimes of State: The Legislative History*, in J.H.H. WEILER, A. CASSESE & M. SPINEDI (a cura di), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Florence, 1989, p. 5-6, 7-138.

¹⁵² S. CALGREN, cit. p. 5.

the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that this breach is recognized as a crime by that community as a whole, constitutes an international crime.”¹⁵³ In connection with this language, Special Rapporteur Gaetano Arangio-Ruiz¹⁵⁴ advised that penal responsibility was not incompatible with the collective nature of the state (*societas delinquere non potest*) or the majesty of the sovereign state.¹⁵⁵ Notably, among those international crimes declared by Article 19 were serious breaches of international obligations “of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.”¹⁵⁶ While the general thrust of the provision reflected the anthropocentric idea of environmental protection being in the interest of humankind, the eco-centric perspective reared its head in the illustrative example clause, with its emphasis on scale and its focus on global commons.

Special Rapporteur James Crawford,¹⁵⁷ who had taken over in 1997, however, recommended the suppression of Article 19 in favor of further developing the concepts of *jus cogens* norms and obligations *erga omnes*.¹⁵⁸ Accordingly, the Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts,¹⁵⁹ which were adopted in 2001, reflect the depenalization of state responsibility,¹⁶⁰ a change which, said the Special Rapporteur, “has generally been welcomed.”¹⁶¹

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ D. DI PIETRO, cit. p. 141.

¹⁵⁵ Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Fifth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2), *Chpt. IV – State Responsibility*, in *Y.B. Int’l L. Com’n*, 1994, vol. II, p. 51-52.

¹⁵⁶ S. CARLGREN, cit. p. 7.

¹⁵⁷ D. DI PIETRO, cit. p. 253.

¹⁵⁸ S. CARLGREN, cit. p. 10-11.

¹⁵⁹ Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Fifth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2), *Document A/56.10: Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session*, in *Y.B. Int’l L. Com’n*, 2001, vol. II, p. 20 (Draft articles, along with commentaries).

¹⁶⁰ J.R. CRAWFORD, *The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, in *Am. J. Int’l L.*, 2002, vol. 96, p. 87.

¹⁶¹ J.R. CRAWFORD, *State Responsibility*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law – Oxford Public International Law*, 2006, ¶ 33. Cfr. A.M. Weisburd, *International Crimes of State: The Decay of an Idea*, *Polish Y.B. Int’l L.*, 1997-1998, vol. 23, p. 51 (“the ILC’s approach to the issue has changed so fundamentally since 1976, and that the concept has therefore become so confused, that retaining Article 19 in any final draft convention on state responsibility could not be justified”).

2. *The Debate Over Adding a Fifth Crime*

Absent a topical stand-alone convention,¹⁶² the campaign to include ecocide in the Rome Statute has extended over a considerable period of time. If the International Criminal Court Assembly of States Parties,¹⁶³ which brings together the 124 State Parties,¹⁶⁴ agreed,¹⁶⁵ ecocide would win equal footing with genocide, crimes against humanity, war crimes, and crimes of aggression.¹⁶⁶ The latest incorporation proposals have come from the Stop Ecocide Foundation¹⁶⁷ and the Promise Institute for Human Rights, which is housed at the University of California in Los Angeles School of Law.¹⁶⁸

a. *Pros*

Those advocating for the incorporation of a fifth crime argue that in the larger scheme of things, the adoption of ecocide would nudge humankind towards reconsidering its relationship with nature.¹⁶⁹ In support of the addition, they invoke the warning lights on the planetary dashboard embodied by the interlocking crises of climate change, species loss and media pollution.¹⁷⁰ More specifically, a major added value, say

¹⁶² Cfr. R.A. Falk, *Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals*, in *Belgian Rev. Int'l L.*, 1972, vol. 9, p. 1, 21 (Proposed Convention on the Crime of Ecocide).

¹⁶³ Coalition for the International Criminal Court, What Is the Assembly of States Parties, <https://www.coalitionfortheicc.org/assembly-states-parties>.

¹⁶⁴ Cfr International Criminal Court, Armenia Joins the ICC Rome Statute, in Press Release: 17 Nov. 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/armenia-joins-icc-rome-statute> (Armenia joined as 124th State Party).

¹⁶⁵ A. KING, *Ecocide: Does the Quest for Environmental Justice End At the International Criminal Court?*, in *Student Works*, 2024, p. 8-9 (process of adding ecocide simple but yet not easy).

¹⁶⁶ LJ. SIEDERS, cit., p.34.

¹⁶⁷ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text, June 2021, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>.

¹⁶⁸ Promise Institute for Human Rights (UCLA) Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, Apr. 2021, <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf>.

¹⁶⁹ W.M. KÜPERS, *From the Anthropocene to an 'Ecocene'—Eco- Phenomenological Perspectives on Embodied, Anthrodecentric Transformations towards Enlivening Practices of Organising Sustainably*, in *Sustainability*, 2020, vol 12, p. 3633.

¹⁷⁰ Cfr. United Nations Climate Change, *What is the Triple Planetary Crises?*, 2020,

those proponents, would accrue from the expansion of international accountability for environmental harm.¹⁷¹ Making ecocide a separate arrestable offense would incentivize not only government officials, but also boards of directors to make their decision processes nature-positive as they could no longer hide behind the state veil when standing before the International Criminal Court.¹⁷² Literature has further offered that prosecutions at the International Criminal Court could very well open up opportunities for ecocide victims to secure awards under the International Criminal Court's reparation mandate—a relatively underexplored aspect in the ecocide campaign.¹⁷³ Also, the Rome Statute does not expressly require a crime to be customary international law for it to be included in the portfolio,¹⁷⁴ because the pertinent codified language more elastically speaks of “the most serious crimes of concern to the international community as a whole.”¹⁷⁵ In addition, say those proponents, the inclusion of ecocide in international criminal law may fuel similar initiatives at the regional and national levels. Aside from Vietnam, which, for obvious reasons, has treated “[e]cocide, destroying the natural environment whether committed in time of peace or war [as] a crime against humanity,”¹⁷⁶ countries that were part of the Former Soviet Union until its dissolution in 1991—from Armenia to Tajikistan—have been in the forefront of crafting ecocide provisions.¹⁷⁷ Belgium may soon be the latest country to consecrate ecocide in their criminal code.¹⁷⁸ At the regional level under the auspices of the European Union, the European Commission has proposed draft legislation to protect the environment through criminal law.¹⁷⁹ Also, the European Law Institute, an independent not-for-profit organization dedicated to improving the

<https://unfccc.int/news/what-is-the-triple-planetary-crisis>.

¹⁷¹ R. Killian, *The Benefits, Challenges, and Limitations of Criminalizing Ecocide*, in *IPI Global Observatory*, 2022, <https://theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide/>.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ L.J. SIEDERS, cit. p. 42.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁷⁶ Vietnam Penal Code, art. 278.

¹⁷⁷ L.J. SIEDERS, cit. p. 43; A. KING, cit., p. 22-23.

¹⁷⁸ Zakia Khattabi, *Communiqué de Presse (20 juillet 2023): Sous l'impulsion de Zakia Khattabi, le gouvernement fédéral approuve définitivement l'inscription du crime d'écocide dans le code pénal*, <https://khattabi.belgium.be/fr/Ecocide-dans-le-code-penal>.

¹⁷⁹ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, COM(2021) 851 final, 2021/0422(COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0851>.

quality of European law, has developed model legislation to establish the minimum rules for the crime of ecocide and model legislation for including ecocide in the portfolio of competences housed in the European Public Prosecutor's Office.¹⁸⁰ Finally, say those advocates, adding a fifth crime would be much more feasible than creating a wholly new international environmental tribunal from scratch.¹⁸¹

b. *Cons*

Those opposing the inclusion of a fifth crime contend that, beyond drafting challenges with respect to the elements, the addition of ecocide could connote the specter of eco-colonialism, especially since racial and economic imbalances continue to plague prosecutions in the International Criminal Court, with the vast majority of indictees having been Black and Arab Africans.¹⁸² Opponents further refer to the required admissibility inquiry, which has operated not only as an "admission of state incapacity and dependence"¹⁸³ in general, but also as a protective shield for Western nations in particular and therefore, a blatant violation of procedural justice.¹⁸⁴ Take for example, say those detractors, the top three historical greenhouse gas emitters—the United States, the People's Republic of China, and the Russian Federation.¹⁸⁵ These countries are not state parties to the Rome Statute; but all three of them are permanent members of the United Nations Security Council, which would allow them to wield their veto should a referral of a case that affects their interests ever come into play.¹⁸⁶ Also, realistically speaking, there would be no appetite to go after the political leaders of the Federal Republic of Germany, the United Kingdom, the French Republic and Canada.¹⁸⁷ Turning to the operations of the International Criminal Court, opponents of the inclusion of ecocide observe that, beyond the

¹⁸⁰ R. BRAY & F. POCAR, ELI Report on Ecocide: Model Rules for an EU Directive and a Council Decision, 2023, p. 28-38 & 41-42, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4613645.

¹⁸¹ Cfr. A. KING, cit., p. 14-18.

¹⁸² P. CANNING, *Climate Crime at the ICC – Environmental Justice through the Looking Glass*, in *Environmental, Natural Resources, & Energy Law Blog*, 2022, <https://law.lclark.edu/live/blogs/177-climate-crime-at-the-icc-environmental-justice>.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

challenges associated with achieving a culture change from anthropocentricity to ecocentricity, the limitations of the International Criminal Court's infrastructure have already led to considerable operational selectivity.¹⁸⁸

3. *Perspectives*

A few years ago, a gap analysis conducted under the auspices of the United Nations found that the existing environmental law regime was quite fragmentary, relatively unclear and merely reactive.¹⁸⁹ Absent a single overarching legal framework or institution and due to the landscape of largely voluntary and non-binding obligations,¹⁹⁰ it is hard to envision that international environmental law could be used to prosecute ecocide. Literature has therefore proposed a greening of international criminal law and international humanitarian law as the next best answer.¹⁹¹

IV. FINALE

The environment has been on the move, even if the wheels turn slowly. As humanity increasingly realizes that without the environment, there is no life on our planet, we are reminded of Fyodor Dostoyevsky's famous novel *Crime and Punishment* (*Преступление и наказание*), which follows the twists and turns of Rodion Romanovich Raskolnikov's emotional struggles of guilt and doubt in the wake of a murder he committed.¹⁹² Throughout

¹⁸⁸ R. Killian, *The Benefits, Challenges, and Limitations of Criminalizing Ecocide*, in *IPI Global Observatory*, 2022, <https://theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide/>.

¹⁸⁹ United Nations General Assembly, 73rd Sess., Agenda Item 14, Gaps in International Environmental Law and Environment-Related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment, Report of the Secretary-General, 2018, A/73/419.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 4/45.

¹⁹¹ Cfr. R. KILLEAN, *From Ecocide to Eco-Sensitivity: 'Greening' Reparations at the International Criminal Court*, in *Int'l J. Hum. Rts.*, 2021, vol. 25, p. 323; M.N. SCHMITT, *Humanitarian Law and the Environment*, in *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, 2000, vol. 28, p. 265; D. PALARCZYK, *Ecocide Before The International Criminal Court: Simplicity Is Better Than An Elaborate Embellishment*, in *Crim. L. For.*, vol 34, p. 147.

¹⁹² Cfr. K. SOSNAK, *The Many Faces of Raskolnikov: Pretuplenie I nakazaniue as 1950s Popaganda*, in *The Slavic & East Eur. J.*, vol. 57, p. 154.

the piece, the nexus between human existence and the environment, coupled with the idea of responsibility, is symbolized by the main character's tiny and stuffy room, with the exaltation of "fresh air" serving as a leitmotif and cypher for the human existence.

Эх, Родион Романыч, — прибавил он [Аркадий Иванович Свидригайлов] вдруг, — всем человекам надобно воздуху, воздуху-с... Прежде всего!¹⁹³

"Ekh, Rodion Romanovitch," he [Arkady Ivanovich Svidrigailov] added all of a sudden, "all human beings are in need of fresh air, fresh air... more than anything!" [Translation by author]

Sis felix!

¹⁹³ Ф. Достоевский, *Преступление и наказание*, in *Классика.ру*, p. 90, <https://klassika.ru/read.html?proza/dostoevskij/prestup.txt&page=89>.

Alessandra Gianelli

La codificazione dell'autotutela ad opera di Gaetano Arangio-Ruiz

SOMMARIO: 1. I lavori di codificazione delle contromisure sotto la guida dei Relatori Speciali Ago e Riphagen – 2. Le proposte di Gaetano Arangio-Ruiz – 3. In particolare, il fine delle contromisure e il loro rapporto con le procedure amichevoli di soluzione delle controversie – 4. Le contromisure facenti seguito ai “crimini” internazionali degli Stati – 5. Le contromisure nella codificazione del 2001 – 6. La prassi contemporanea delle “sanzioni” alla luce della codificazione: la lezione (inascoltata) di Gaetano Arangio-Ruiz.

1. I lavori di codificazione delle contromisure sotto la guida dei Relatori Speciali Ago e Riphagen

Nel corso dei lavori di codificazione della responsabilità internazionale per fatto illecito, la Commissione del diritto internazionale affronta per la prima volta il tema delle misure di autotutela nel 1979 e, per così dire, incidentalmente. Il Relatore speciale Ago, infatti, ritiene utile fornire un quadro generale delle circostanze di esclusione dell'illiceità, e tra esse compare la sanzione¹. Sotto il titolo di *Legitimate application of a sanction*, il Relatore riprende l'opinione, già da egli espressa in passato², secondo cui non tutti i fatti illeciti autorizzano lo Stato leso, seppure a determinate condizioni, ad adottare una condotta antiggiuridica; rispetto ad alcuni illeciti, non specificati, l'unica conseguenza sarebbe l'obbligo di riparazione³. Il fine delle sanzioni viene rinvenuto nel “to inflict punishment or to secure performance”⁴. Il Relatore comprende, inoltre, sotto il termine sanzione, sia misure individuali che anche misure decise nel quadro delle Nazioni

¹ *Eighth report on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, vol. II, Part One, p. 39 ss.

² *Le délit international*, Corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1939, in *Recueil des Cours*, vol. 68, p. 415 ss.

³ *Eighth report*, cit., p. 39.

⁴ *Eighth report*, cit., p. 39.

Unite, in particolare dal Consiglio di Sicurezza. Anzi, Ago afferma:

«We noted in passing that the former monopoly of the State directly injured by the internationally wrongful act of another State, as regards the possibility of resorting against that other State to sanctions which would otherwise be unlawful, is no longer absolute in modern international law. It probably still subsists in general international law, even if, *in abstracto*, some might find it logical to draw certain inferences from the progressive affirmation of the principle that some obligations—defined in this sense as obligations *erga omnes*—are of such broad sweep that the violation of one of them is to be deemed an offence committed against all members of the international community, and not simply against the State or States directly affected by the breach. In reality, one cannot underestimate the risks that would be involved in pressing recognition of this principle - the chief merit of which, in our view, is that it affirms the need for universal solidarity in dealing with the most serious assaults on international order - to the point where any State would be held to be automatically authorized to react against the breach of certain obligations committed against another State and individually to take punitive measures against the State responsible for the breach. It is understandable, therefore, that a community such as the international community, in seeking a more structured organization, even if only an incipient “institutionalization”, should have turned in another direction, namely towards a system vesting in international institutions other than States the exclusive responsibility, first, for determining the existence of a breach of an obligation of basic importance to the international community as a whole, and thereafter, for deciding what measures should be taken in response and how they should be implemented... Under the United Nations Charter, those responsibilities are vested in the competent organs of the Organization»⁵.

Seppure l'ultimo richiamo sia generico, in realtà il regime a cui Ago fa esclusivamente riferimento è quello del Capitolo VII della Carta e dei poteri del Consiglio di sicurezza su tale base.

La Commissione adotta nello stesso anno il proposto art. 30 in prima lettura, con una modifica rilevante concernente la terminologia, poiché l'espressione contromisura sostituisce quella di sanzione; per il resto, l'articolo subisce variazioni essenzialmente nella forma, e il commentario relativo riprende quello preparato dal Relatore speciale⁶. La variazione è dovuta all'esigenza, emersa nel dibattito, di distinguere tra le misure prese dallo

⁵ Ivi, p. 43.

⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, vol. II, Part Two, p. 115 ss., p. 175.

Stato leso e quelle decise dal Consiglio di sicurezza. Si fa infatti notare che queste ultime non sono sottoposte alle stesse condizioni generalmente previste per le rappresaglie, e che solo per esse sarebbe appropriato il termine sanzioni⁷. L'espressione contromisure, considerata come inclusiva sia delle rappresaglie non comportanti l'uso della forza, che delle misure decise dall'organizzazione internazionale, viene adottata⁸ perché impiegata nella di poco precedente sentenza arbitrale *Air Services Agreement* (1978)⁹, ove peraltro era riferita solo alla misura unilaterale dello Stato leso. Di quel collegio arbitrale avevano fatto parte due membri della Commissione.

Uno di questi era Willem Riphagen, eletto successivo Relatore speciale. Le sue proposte in tema di contromisure sono piuttosto complesse e non sempre fondate su una base giuridica convincente. Nella versione finale, Riphagen, infatti, distingue tra contromisure-misure reciproche e contromisure-rappresaglie; dedica, inoltre, disposizioni *ad hoc* alle reazioni alla violazione di obblighi sul trattamento degli stranieri e alle reazioni ai crimini internazionali¹⁰. Questa articolazione si innesta su una definizione dello Stato leso casistica¹¹. Il risultato è una disciplina frammentaria.

Le contromisure reciproche (art. 8) consistevano nella sospensione dell'adempimento di obbligo corrispondente o direttamente connesso a quello violato; era esclusa la sospensione di obblighi inerenti alle immunità diplomatiche o previsti da norme cogenti (art. 12). Null'altro era stabilito

⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, vol. I, p. 55 ss., p. 170 ss.

⁸ Peraltro, con il consenso dello stesso Ago, *ivi*, p. 63.

⁹ Sentenza arbitrale del 9 dicembre 1978, *Case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII, p. 417 ss.

¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1984, Vol. II, Part One, p. 2 ss.

¹¹ Il testo dell'art. 5, *ivi*, p. 3, leggeva: «For the purposes of the present articles, "injured State" means: (a) if the internationally wrongful act constitutes an infringement of a right appertaining to a State by virtue of a customary rule of international law or of a right arising from a treaty provision for a third State, the State whose right has been infringed; (b) if the internationally wrongful act constitutes a breach of an obligation imposed by a judgment or other binding dispute-settlement decision of an international court or tribunal, the other State party or States parties to the dispute; (c) if the internationally wrongful act constitutes a breach of an obligation imposed by a bilateral treaty, the other State party to the treaty; (d) if the internationally wrongful act constitutes a breach of an obligation imposed by a multilateral treaty, a State party to that treaty, if it is established that: (i) the obligation was stipulated in its favour; or (ii) the breach of the obligation by one State party necessarily affects the exercise of the rights or the performance of the obligations of all other States parties; or (iii) the obligation was stipulated for the protection of collective interests of the States parties; or (iv) the obligation was stipulated for the protection of individual persons, irrespective of their nationality; (e) if the internationally wrongful act constitutes an international crime, all other States».

a proposito di tali contromisure, tese a ristabilire l'equilibrio tra le parti. Questo era il risultato finale che lo Stato leso otteneva.

Le contromisure rappresaglie (art. 9), invece, autorizzavano lo Stato leso a sospendere altri obblighi, prevedendo il limite degli effetti non manifestamente sproporzionati rispetto alla gravità dell'illecito. Solo per le contromisure rappresaglie era previsto che non potessero essere adottate fino a che lo Stato leso non avesse esaurito tutte le procedure di risoluzione amichevole delle controversie internazionali disponibili, al fine di ottenere: la cessazione della condotta illecita, se continuata; l'attuazione dei rimedi interni eventualmente disponibili; la rimessione in pristino della situazione precedente all'illecito; garanzie di non ripetizione dell'illecito stesso¹².

Lo Stato leso poteva, invece, ricorrere subito a misure provvisorie, fino a che una giurisdizione internazionale non si fosse su di esse pronunciata, oppure nel caso in cui lo Stato autore non avesse eseguito quelle ordinate da una giurisdizione internazionale.

Il secondo tipo di contromisure non poteva consistere, oltre che in violazioni di obblighi salvaguardati con riguardo alle contromisure reciproche, neppure in violazioni di obblighi previsti da un trattato multilaterale, ove tali violazioni pregiudicassero i diritti e obblighi di Stati diversi da quello autore dell'illecito; di obblighi a protezione di interessi collettivi di Stati parti di trattati multilaterali; di obblighi di protezione dei diritti umani.

Lo Stato leso non poteva, ancora, violare a titolo di contromisura obblighi di un trattato multilaterale, se questo prevedeva procedure di decisione collettiva per l'adempimento degli obblighi. È questa l'ipotesi dei c.d. *self-contained regimes*, ossia sistemi pattizi che escluderebbero, in virtù delle pattuizioni previste per il regolamento delle controversie tra gli Stati parte/membri, il ricorso alle contromisure. Tuttavia, ove l'illecito consistesse in una violazione evidente del trattato multilaterale che avesse distrutto l'obiettivo e lo scopo del trattato, allora i limiti indicati – ad eccezione di quelli concernenti i trattati sui diritti umani – non si applicavano.

Tralasciando qui le conseguenze previste dal Relatore Riphagen per i crimini internazionali¹³, è invece necessario notare che tutta questa disciplina era subordinata, "as appropriate", alle norme e procedure della Carta ONU in tema di pace e sicurezza internazionali. Una clausola di salvaguardia faceva infine salve questioni di invalidità, estinzione o sospensione dei

¹² Il risarcimento del danno veniva previsto solo per il caso in cui non fosse materialmente possibile il ripristino della situazione precedente all'illecito (art. 6) o, nel caso di violazione degli obblighi sul trattamento degli stranieri, ove lo Stato ospite non ripristinasse la situazione. Inoltre il danno veniva definito sulla base del valore di tale ripristino, in entrambi i casi.

¹³ Su cui si veda il contributo di M. ARCARI, in questo volume.

trattati; partecipazione in qualità di membro a organizzazioni internazionali; rappresaglie in tempo di guerra.

Come si può notare, Riphagen aveva delineato la regolamentazione delle contromisure ponendo speciale attenzione alla Carta delle Nazioni Unite e ai trattati, tanto da ricalcare in alcune parti l'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969. Il fondamento giuridico delle varie eccezioni alla facoltà di ricorrere a contromisure non emergeva in maniera né unitaria, né chiara riguardo alle violazioni di obblighi consuetudinari. Egli aveva, invece, ripreso l'osservazione del Relatore Ago circa la rilevanza del sistema della Carta delle Nazioni Unite nel campo della responsabilità, portando addirittura alla soggezione di questa a quello.

2. Le proposte di Gaetano Arangio-Ruiz

Le proposte del Relatore Arangio-Ruiz appaiono molto più ponderate nel loro fondamento sistematico e divergono in vari aspetti cruciali da quelle di Riphagen. Se ne dà di seguito una rassegna in alcune parti semplificata¹⁴.

Dal punto di vista terminologico, l'espressione contromisure viene preferita anche dal terzo Relatore, perché considerata più appropriata a un sistema di rapporti giuridici orizzontali, come quello proprio del diritto internazionale¹⁵. Sempre in linea generale, inoltre, Arangio-Ruiz non ritiene che la disciplina delle contromisure, o delle conseguenze del fatto illecito in generale, debba essere subordinata all'applicazione della Carta delle Nazioni Unite. È, questa, un'espressione del rapporto che il Relatore ricostruisce tra sistema di sicurezza collettiva, previsto nella Carta, e disciplina della responsabilità. Trattasi, infatti, di sistemi completamente distinti, che possono in qualche caso sovrapporsi, ma che svolgono funzioni diverse: il mantenimento della pace internazionale, sulla base di valutazioni politiche, il primo; le conseguenze di un fatto illecito, possibilmente da accertarsi ad opera di organo imparziale, il secondo¹⁶. Questa fondamentale distinzione sarà alla base delle proposte del Relatore speciale in tema di conseguenze dei

¹⁴ Oltre ad essere il frutto di analisi molto articolate, le proposte di Arangio-Ruiz sono variate negli anni. I testi dei rapporti, cui di seguito si fa riferimento nel numero dei paragrafi rilevanti, si possono trovare online in www.gaetanoarangioruiz.it. I rapporti rilevanti vanno dal terzo (1991) all'ottavo (1996).

¹⁵ *Third Report*, parr. 15, 27.

¹⁶ Sul punto si veda G. ARANGIO-RUIZ, *On the Security Council's "Law Making"*, in «Rivista di diritto internazionale», 2000, p. 609 ss.

crimini internazionali degli Stati¹⁷.

Pur dovendo tenere ferma la definizione di Stato leso individuata dal precedente Relatore speciale¹⁸, Arangio-Ruiz non valorizza più la fonte dell'obbligo violato, ma piuttosto la titolarità dell'obbligo, quale ne sia la fonte, e soprattutto la struttura delle norme in causa. Egli rifiuta la nozione di Stati indirettamente lesi o Stati c.d. terzi e, reintroducendo la nozione di norme che pongono obblighi *erga omnes* accennata da Ago, ritiene che tali norme necessariamente attribuiscano rispettivi diritti, rendendo tutti gli *omnes* (*partes*, in caso di norme pattizie aventi una tale struttura) Stati lesi nel caso di violazione, pur se, eventualmente, in maniera differente rispetto al danno subito. L'argomentazione fa anche leva sul fatto che un danno materiale non è elemento costitutivo necessario del fatto illecito, secondo la posizione che la Commissione aveva preso nella prima parte dell'articolo¹⁹. Tutti gli Stati lesi sono perciò sottoposti alla disciplina della responsabilità e, in linea di principio, anche a quella concernente le contromisure²⁰. Questa impostazione, molto discussa all'interno della Commissione anche dopo il termine del mandato del Relatore speciale, costituirà un punto centrale nella codificazione finale e nella prassi successiva.

Sempre ad Arangio-Ruiz si deve anche la riconduzione delle norme imperative a sottocategoria delle norme che pongono obblighi *erga omnes*²¹. Su un tale presupposto egli proporrà il sistema di conseguenze strumentali ai crimini²².

Inoltre, il Relatore Arangio-Ruiz non ritiene convincente individuare una categoria di trattati *self-contained*, rispetto ai quali escludere la possibilità di ricorso a contromisure; egli considera, piuttosto, che questi trattati prevedano particolari sistemi di regolamento delle controversie, di cui si debba tenere conto nella valutazione dell'adozione di contromisure²³. Questa scelta verrà confermata in sede di adozione finale del progetto.

Ancora, viene eliminata la distinzione tra contromisure reciproche e contromisure rappresaglie. Più precisamente, la contromisura è definita

¹⁷ Rispetto alla trattazione generale dei quali si rimanda, ancora, al contributo di ARCARI, in questo volume.

¹⁸ La CDI aveva adottato in prima lettura l'art. 5 proposto da Riphagen, citato *supra*, nota 11, nel 1985 (*Yearbook of the International Law Commission*, 1985, vol. II, Part Two, p. 20).

¹⁹ *Third Report*, cit., par. 89 ss.; *Fourth Report*, par. 127 ss. Si veda l'art. 5 bis proposto ivi, par. 152: "Whenever there is more than one injured State, each one of them is entitled to exercise its legal rights under the rules set forth in the following articles".

²⁰ *Fourth Report*, Chapter VIII, p. 127 ss., con riferimenti anche al Terzo Rapporto.

²¹ *Fourth Report*, par. 89 ss.

²² *Infra*, par. 4.

²³ *Third Report*, cit., par. 84 ss.; *Fourth Report*, par. 97 ss.

come *non-compliance* con un obbligo gravante sullo Stato leso²⁴, e la disciplina proposta è unitaria anche, come si vedrà subito, circa il risultato che lo Stato leso intende ottenere.

Il requisito della proporzionalità è definito, dopo aver preso in considerazione diversi parametri, in termini positivi e collegato alla gravità e agli effetti dell'illecito²⁵. Quest'ultimo termine, tuttavia, sarà oggetto di ripensamento e il Relatore proporrà di eliminarlo²⁶ a favore di altri elementi, quali il carattere intenzionale o meno della condotta²⁷.

I limiti concernenti gli obblighi che lo Stato leso non può violare a titolo di contromisura sono in gran parte quelli già individuati da Riphagen²⁸, ma definiti in base, alcuni, alla struttura delle norme. In tal modo l'articolato non fa più riferimento a trattati multilaterali, ma piuttosto alla struttura *erga omnes* di obblighi che possono avere la loro fonte in norme sia pattizie che consuetudinarie²⁹.

3. In particolare, il fine delle contromisure e il loro rapporto con le procedure amichevoli di soluzione delle controversie

Tra gli aspetti più caratterizzanti delle proposte del Relatore speciale in tema di contromisure vi è, probabilmente, la loro netta riconduzione a conseguenze *strumentali* del fatto illecito³⁰. In ciò le proposte si allontanano nettamente dalle indicazioni di Ago e approfondiscono con grande cura indicazioni già avanzate, in parte, da Riphagen. Una tale impostazione è il risultato della attenta valutazione degli interessi contrapposti di Stato leso

²⁴ Art. 11, *Fourth Report*, par. 52: "An injured State whose demands under articles 6 to 10 have not met with adequate response from the State which has committed the internationally wrongful act is entitled, subject to the conditions and restrictions set forth in the following articles, *not to comply with one or more of its obligations* towards the said State" (corsivo di chi scrive).

²⁵ *Third Report*, cit., par. 63 ss.; *Fourth Report*, cit., par. 53 ss., art. 13, par. 96.

²⁶ *Eighth Report*, par. 80 ss.

²⁷ *Seventh Report*, par. 47.

²⁸ Con la notevole differenza che, nel *Fourth Report* (par. 70 ss.), Arangio-Ruiz all'art. 14 faceva rientrare nel divieto di rappresaglie armate anche "any extreme measures of political or economic coercion jeopardizing the territorial integrity or political independence of the State against which they are taken". Questa previsione scomparirà nei testi successivi.

²⁹ *Third Report*, par. 82-83; *Fourth Report*, par. 57 ss., par. 89 ss., par. 96 art. 14, par. 1, (iv), che include tra le contromisure vietate "a breach of an obligation towards any State other than the State which has committed the internationally wrongful act".

³⁰ *Third Report*, par. 1.

e Stato accusato di responsabilità, e della necessità di prevenire, per quanto possibile, abusi dell'uno o dell'altro, sempre possibili in un sistema ancora oggi in via di principio fondato su accertamenti unilaterali di situazioni di fatto e di diritto. La consapevolezza che le contromisure possono essere facilmente strumentalizzate, specie da parte degli Stati più potenti, era all'epoca diffusa³¹. Il dibattito in VI Commissione dell'Assemblea generale evidenziava varie visioni, che andavano da quelle di Stati che non volevano si regolassero le contromisure in alcun modo, considerandole estranee alla materia della responsabilità, e quindi lasciandone impregiudicata ed in realtà vaga la disciplina, a quelle di altri Stati, che sostenevano dovessero essere sempre vietate, pur se non implicanti l'uso della forza armata³².

La soluzione proposta comporta, da un lato, che le contromisure non possano consistere in misure definitive, perché debbono essere terminate una volta ottenuto dallo Stato autore l'adempimento degli obblighi derivanti dalle conseguenze sostanziali dell'illecito; dall'altra, che siano un'alternativa a procedure di risoluzione amichevole delle controversie.

Un primo aspetto concerne la precisazione dei c.d. obblighi procedurali, ossia delle condotte che lo Stato leso deve tenere prima di ricorrere a contromisure: obbligo di contestazione del fatto illecito; obbligo di offrire il ricorso a procedure amichevoli di soluzione delle controversie, nel caso lo Stato accusato di responsabilità neghi tale attribuzione; obbligo di notificare l'intenzione di ricorrere a contromisure³³. Anche nelle precedenti proposte tali obblighi avevano trovato una collocazione, ma in maniera molto meno chiara nella terza parte dell'articolato, allora dedicata al sistema di risoluzione delle controversie della futura convenzione sulla responsabilità internazionale³⁴. Su di essi il Relatore Arangio insiste, invece, anche per sottolinearne la natura strumentale³⁵. In particolare, egli concepisce l'obbligo di *sommation* come distinto e preliminare rispetto all'obbligo di ricorso a mezzi di regolamento amichevole delle controversie, così recependo una prassi consolidata, ma fino a quel momento non generalizzata e anzi discussa³⁶. In effetti, è da una contestazione di fatto illecito che può nascere la controversia circa l'esistenza, l'attribuzione, la riparazione di un fatto illecito. Per quanto la controversia possa essere riconducibile anche

³¹ *Third Report*, par. 3-4; *Fourth Report*, par. 51 ss.; *Fifth Report*, 1993, par. 32 ss.

³² Per i riferimenti a questo dibattito, nelle varie sessioni, ci si permette di rinviare a A. GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, 1997, p. 512 ss. Cfr. inoltre *Fifth Report*, par. 33 ss.

³³ *Third Report*, par. 46 ss.; *Fourth Report*, par. 52 (proposti articoli 11 e 12).

³⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1986, Vol. II, pp. 35-36.

³⁵ In particolare, *Fourth Report*, par. 6 ss.

³⁶ *Fourth Report*, par. 8 ss., par. 19.

a comportamenti concludenti³⁷, richiedere una preliminare contestazione è essenziale in termini di chiarezza nei rapporti tra Stati. A differenza di Riphagen, il terzo Relatore speciale non propone di ricalcare la procedura di cui agli art. 65 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ma di individuare l'obbligo in maniera più generica e senza vincoli di forma³⁸.

Sono escluse dalla disciplina generale, come già proponeva Riphagen, quelle misure considerate (ancora più) provvisorie e urgenti, come il congelamento di beni dello Stato accusato di responsabilità, anche se in realtà il Relatore Arangio-Ruiz non ne era pienamente convinto³⁹ e se alcuni Stati esprimevano dubbi⁴⁰. Questa eccezione era, però, attestata nella prassi⁴¹. Il Comitato di redazione le eliminava⁴².

La proposta del Relatore speciale circa l'incidenza degli obblighi di risoluzione amichevole delle controversie sulla facoltà di adottare contromisure è basata sull'analisi sia della portata di quegli obblighi, a partire dall'art. 2, par. 3, della Carta delle Nazioni Unite, sia sull'esame della prassi⁴³. La tesi di fondo è che le contromisure, anche non implicanti l'uso della forza armata, non possano essere compatibili con tali obblighi, ma lo diventino solo quando lo Stato accusato di responsabilità si sottragga al loro adempimento. Poiché tutti gli Stati, secondo la Carta e anche secondo il diritto consuetudinario, al sorgere di una controversia hanno l'obbligo di esperire almeno il negoziato, il Relatore ritiene che la subordinazione del ricorso a contromisure a quegli obblighi – da determinarsi nel caso concreto in rapporto alla controversia e agli Stati di essa parte – non sia altro che un chiarimento sulla portata già attuale degli obblighi stessi. Allo stesso tempo,

³⁷ In tal senso G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967, p. 369; G. ARANGIO-RUIZ, voce *Controversie internazionali*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, 1962, pp. 390-391.

³⁸ *Fourth Report*, par. 20 ss. Questo obbligo subisce modifiche nelle varie proposte. Nel quarto rapporto (par. 52), l'art. 11 dispone che "An injured State whose demands under articles 6 to 10 have not met with adequate response from the State which has committed the internationally wrongful act is entitled, subject to the conditions and restrictions set forth in the following articles, not to comply with one or more of its obligations towards the said State" e inoltre l'articolo successivo prevede la comunicazione dell'intenzione di ricorrere a contromisure, dopo l'esperimento di tutte le procedure amichevoli disponibili per la risoluzione delle controversie.

³⁹ *Fourth Report*, par. 23. Ma cfr. poi *Eighth Report*, par. 77 ss.

⁴⁰ GIANELLI, *op. loc. cit.*

⁴¹ Su questa ipotesi i lavori preparatori sono ondivaghi; si veda, ad es., *Sixth Report*, par. 22 ss., par. 73 ss.

⁴² Per le critiche di Arangio sul punto, si veda *Eighth Report*, par. 74 ss.

⁴³ *Fourth Report*, par. 32 ss.; *Sixth Report*, par. 63 ss.

egli ammette che non tutti i dati disponibili vanno nel senso proposto⁴⁴. La disciplina formulata, infatti, per sua ammissione comprende una misura di sviluppo progressivo⁴⁵.

Un punto molto discusso concerne l'esigenza di previo esperimento o non piuttosto di esaurimento delle procedure amichevoli disponibili; qui il Relatore propone la seconda alternativa⁴⁶. In dissenso, la Commissione considererà invece di prevedere la sospensione delle contromisure solo ove lo Stato leso ricorra o offra di ricorrere ad una procedura vincolante di regolamento della controversia, e lo Stato autore vi collabori in buona fede, eliminando così anche la precedenza del ricorso alle procedure⁴⁷.

L'approccio strumentale permette ad Arangio-Ruiz di inserirsi nel dibattito circa il fine delle contromisure⁴⁸, all'epoca vivace a livello dottrinale, dalla particolare prospettiva della codificazione. Egli fa leva sul rapporto con le procedure di risoluzione amichevole delle controversie e sulla proporzionalità per escludere fini punitivi, diversi da una mera connotazione fattuale⁴⁹. In altri termini, la strumentalità risulta non, eventualmente, da scopi soggettivi che lo Stato leso si ponga, ma dalla natura provvisoria delle contromisure rispetto al raggiungimento della cessazione della condotta illecita, se continuata, dall'ottenimento di garanzie di non ripetizione, della *restitutio in integrum* o di altre forme di riparazione del danno. Soprattutto, le contromisure devono essere reversibili e devono cessare se lo Stato accusato di responsabilità accetta di sottoporre la controversia a una giurisdizione internazionale competente a indicare misure provvisorie vincolanti. In tal modo, la funzione essenziale delle contromisure risulta essere quella coercitiva.

La riflessione del Relatore Arangio-Ruiz sul collegamento della facoltà di ricorrere a contromisure con gli obblighi di regolamento amichevole,

⁴⁴ In effetti, la già ricordata sentenza arbitrale nel caso *Air Services Agreement* si era pronunciata in senso contrario. Se ne veda la discussione ivi, par. 40.

⁴⁵ *Third Report*, par. 52 ss.; *Fourth Report*, par. 2 ss., par. 45 ss., 48, 50 ss.; *Fifth Report*, par. 43 ss.; *Fifth Report*, par. 52 ss. Sul punto, le opinioni degli Stati circa l'esistenza di una regola nel senso del previo esperimento/esaurimento di procedure di risoluzione amichevole delle controversie erano divise: riferimenti in GIANELLI, *op. loc. cit.*

⁴⁶ *Fourth Report*, cit., par. 52, art. 12: "1. Subject to the provisions set forth in paragraphs 2 and 3, no measure of the kind indicated in the preceding article shall be taken by an injured State prior to: (a) the exhaustion of all the amicable settlement procedures available under general international law, the Charter of the United Nations or any other dispute settlement instrument to which it is a party..."

⁴⁷ Si veda il testo dell'art. 12, nelle diverse varianti, modificato in *Sixth Report*, par. 2, e le dure critiche del Relatore ivi, par. 6 ss. La Commissione successivamente adotterà una posizione intermedia: cfr. art. 52 del testo approvato nel 2001 e *infra*, par. 5.

⁴⁸ *Third Report*, par. 39 ss.

⁴⁹ In particolare *Fourth Report*, par. 4 ss.

lo conduce, successivamente, a proposte decisamente innovative. Egli individua negli obblighi, nuovi, di risoluzione pacifica da prevedere in una terza parte dell'articolato, dedicata alle controversie che sarebbero sorte circa l'interpretazione ed applicazione del futuro trattato sulla responsabilità, la soluzione per limitare effettivamente i ricorsi alle contromisure e per diminuire quindi in modo significativo relativi abusi⁵⁰. Arangio propone, infatti, che le contromisure già adottate conformemente a quanto finora visto costituiscano il *triggering mechanism* che permette allo Stato accusato di ricorrere unilateralmente alle procedure previste nella terza parte⁵¹ per far accertare la sua estraneità al fatto illecito⁵².

Il Relatore vede nell'assunzione di questi nuovi obblighi – di conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziario⁵³ - il superamento dei limiti posti dal principio della libertà di scelta tra i mezzi di risoluzione delle controversie e dalla genericità degli obblighi derivanti dal principio generale ex art. 2, par. 3 della Carta, in mancanza di vincoli più stringenti nei casi concreti. Soprattutto, egli ritiene che questo sia uno strumento prezioso per lo Stato accusato ingiustamente di aver commesso il fatto illecito, ma allo stesso tempo di tutela anche per lo Stato leso. Le contromisure, infatti, avrebbero potuto essere sospese solo da parte delle varie istanze⁵⁴.

Si tratta di una visione quanto mai avanzata e dichiaratamente di sviluppo progressivo, che faceva leva su un'opera di convincimento degli Stati circa i vantaggi che l'assunzione di tali nuovi obblighi comporterebbe in termini di controllo sulle contromisure⁵⁵. La proposta incontrerà, però, molti critici già all'interno della Commissione. Essa non l'accoglierà, considerandola eccessivamente onerosa per lo Stato leso, già gravato dall'adempimento degli altri obblighi di regolamento amichevole per esso in vigore, e insuscettibile di accettazione da parte degli Stati.

4. Le contromisure facenti seguito ai "crimini" internazionali degli Stati

Poiché i crimini internazionali degli Stati, secondo l'impostazione accolta da Arangio-Ruiz, consistono sempre anche nella violazione di

⁵⁰ *Fifth Report*, par. 39 ss., 52 ss., 67 ss.

⁵¹ *Fifth Report*, par. 83 ss.

⁵² *Fifth Report*, par. 69 ss.

⁵³ *Ivi*, par. 70 ss., par. 106 ss.

⁵⁴ *Fifth Report*, par. 85.

⁵⁵ *Fifth Report*, par. 96 ss.

obblighi posti da norme *erga omnes*, tutti gli Stati devono considerarsi lesi da tali violazioni, anche se in modo diverso⁵⁶. Il Relatore distingue, in proposito, tra le conseguenze sostanziali e quelle strumentali del crimine⁵⁷.

Circa le conseguenze strumentali, Arangio-Ruiz ritiene che costituisca una implicazione necessaria del carattere *erga omnes* degli obblighi in causa la legittimazione di tutti gli Stati a ricorrere a contromisure⁵⁸. La gravità del fatto illecito, inoltre, giustificerebbe a suo parere l'adozione di *interim measures*⁵⁹, nonché una diversa concezione della proporzionalità, sia riguardo ai parametri⁶⁰, che alla sua determinazione concreta in rapporto alla eventuale pluralità di Stati che ricorrano a contromisure. D'altra parte, proprio queste considerazioni lo inducono a estrema cautela nel valutare su quale fondamento gli *omnes* potrebbero agire, e a proporre quindi un regime che attribuisca a organi imparziali l'accertamento e l'attribuzione del fatto illecito, sulla base dei quali tutti gli Stati possano poi, congiuntamente o singolarmente, adottare contromisure⁶¹.

Il Relatore considera che a questo proposito ci si deve necessariamente muovere su un piano di sviluppo progressivo⁶². Egli nega con forza che sussista già, o che sia una soluzione ottimale dal punto di vista dello sviluppo progressivo, una competenza esclusiva del Consiglio di sicurezza in tema di conseguenze dei crimini internazionali⁶³. La sua proposta individua la compartecipazione di Assemblea generale, Consiglio di Sicurezza e Corte internazionale di giustizia. Gli organi politici si pronuncerebbero, alternativamente, circa la possibile esistenza di un crimine adottando una risoluzione a maggioranza qualificata. Nel caso la risoluzione ritenesse verosimile la sussistenza del grave illecito, ogni Stato potrebbe rivolgersi unilateralmente alla Corte, sulla base del *jurisdictional link* costituito dalla convenzione stessa sulla responsabilità⁶⁴.

Anche con riguardo ai crimini, l'esperimento delle procedure da prevedere nella terza parte del progetto avrebbe avuto l'effetto di permettere all'istanza imparziale di ordinare la sospensione delle contromisure già adottate⁶⁵.

⁵⁶ *Fourth Report*, par. 136.

⁵⁷ *Fourth Report*, par. 139 ss.; *Fifth Report*, par. 128 ss., 188 ss.

⁵⁸ *Seventh Report*, par. 35.

⁵⁹ *Seventh Report*, par. 42.

⁶⁰ *Seventh Report*, par. 47 ss., ove il relatore sostiene che un peso dovrebbe essere dato all'intenzionalità della grave condotta illecita.

⁶¹ *Seventh Report*, par. 41, par. 73, par. 87.

⁶² *Seventh Report*, par. 6.

⁶³ *Fifth Report*, par. 203 ss.; *Seventh Report*, parr. 78 ss., 95, 99.

⁶⁴ *Seventh Report*, parr. 70 ss., 100 ss.

⁶⁵ *Seventh Report*, par. 44, par. 109.

5. *Le contromisure nella codificazione del 2001*

L'impostazione generale del Relatore speciale Arangio-Ruiz concernente la natura strumentale delle contromisure è rimasta sostanzialmente ferma nell'articolato adottato in seconda lettura dalla Commissione nel 2001⁶⁶, mentre sono del tutto scomparsi aspetti da lui considerati cruciali, ma dichiaratamente anche di sviluppo progressivo della materia.

Innanzitutto, non vi è alcuna subordinazione della disciplina nel rapporto con la Carta delle Nazioni Unite; l'art. 59 reca una semplice clausola di non pregiudizio rispetto ad essa. Questo è tanto più significativo, se si pensa che la codificazione si è conclusa in un momento in cui il c.d. attivismo del Consiglio di Sicurezza, che aveva fatto seguito alla caduta del muro di Berlino, era ancora in corso, e in cui non mancavano opinioni volte a ricondurre al Consiglio funzioni e compiti in relazione alla società internazionale tutta, a prescindere dalla Carta delle Nazioni Unite.

La contromisura è, inoltre, definita all'art. 49, par. 2, come "non-performance...of international obligations", in evidente continuità con quanto espresso da Arangio-Ruiz.

Secondo l'art. 49, le contromisure devono avere lo scopo di indurre lo Stato autore ad adempiere agli obblighi inerenti alle conseguenze sostanziali del fatto illecito. Inoltre, l'art. 52 prevede che esse non possano essere adottate non solo precedentemente a una *sommation* e alla notifica dell'intenzione di così procedere, ma anche a una offerta di negoziato. Ancora, le contromisure non possono essere attuate se il fatto illecito è cessato e la controversia sia sottoposta a un tribunale imparziale. Dunque, mentre la funzione è esattamente quella indicata da Arangio-Ruiz, la rilevanza degli obblighi di risoluzione delle controversie nel testo finale è più vicina alle proposte del Relatore rispetto alla versione adottata nel 1993 dal Comitato di redazione⁶⁷. A tale disciplina sono sottratte "such urgent countermeasures as are necessary to preserve its [dello Stato leso] rights" (art. 52, par. 2), così come aveva auspicato Arangio-Ruiz.

Anche la definizione della proporzionalità sulla base della gravità e non degli effetti del fatto illecito segue alcune indicazioni del Relatore (art. 51), seppure ora compaiano anche i diritti in causa.

Gli obblighi che non possono essere violati a titolo di contromisura enunciati nell'art. 50 differiscono in parte dalla corrispondente disposizione di Arangio, perché non fanno menzione di obblighi *erga omnes*, preferendo

⁶⁶ *Yearbook of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, 2001, vol. 2, Part Two, p. 30.

⁶⁷ *Supra*, par. 3.

invece riferirsi agli obblighi di diritto umanitario e in tema di diritti umani, nonché a quelli posti da norme imperative.

Circa la posizione degli Stati non materialmente lesi, l'art. 48 del progetto di articoli del 2001 autorizza tutti gli *omnes* – pur non ancora così citati esplicitamente⁶⁸ – a invocare la responsabilità dello Stato autore del fatto illecito, a vantaggio dello Stato materialmente leso o dei beneficiari dell'obbligo violato⁶⁹. Si tratta di disposizione in linea con la ricostruzione delle situazioni soggettive in causa operata da Arangio-Ruiz.

Come noto, l'art. 54 è meno chiaro nell'attribuire agli *omnes* la facoltà di ricorrere a contromisure, seppure la soluzione positiva sia stata successivamente anche autorevolmente affermata⁷⁰.

Nessuna disposizione contempla conseguenze strumentali specifiche delle gravi violazioni di obblighi posti da norme cogenti. Né il commentario chiarisce quale concezione la Commissione abbia in definitiva adottato circa il rapporto tra norme cogenti e norme che pongono obblighi *erga omnes*. Tuttavia, recentemente la stessa Commissione, nei lavori di codificazione concernenti il diritto cogente, è ritornata sulla definizione di norme che pongono obblighi *erga omnes* confermando che si tratta di struttura giuridica che sta alla base, ma non è caratteristica esclusiva, del diritto cogente, e ha ricordato come la nozione sia ampiamente utilizzata dalla giurisprudenza e dalla prassi⁷¹. Peraltro, non si ritrova sempre negli sviluppi contemporanei

⁶⁸ Secondo l'art. 48, par. 1, "1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole".

⁶⁹ Art. 48, par. 2: "2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

(a) cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and (b) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached".

⁷⁰ In particolare, in dottrina, si veda la risoluzione dell'Institut du droit international alla sessione di Cracovia, 2005, su *Obligations and Rights erga omnes in International Law*, relatore Giorgio Gaja, art. 5: "Should a widely acknowledged grave breach of an erga omnes obligation occur, all the States to which the obligation is owed: (a) shall endeavour to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations; (b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach; (c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach" (corsivo di chi scrive). Disponibile sul sito https://www.idi-iil.org/en/sessions/krakow-2005/?post_type=publication

⁷¹ *International Law Commission, Report on the work of the Seventy-third session* (2022), A/77/10, Chapter 4, p. 64 ss., in particolare par. 3 p. 66.

quella nettezza propria del Relatore Arangio-Ruiz nella ricostruzione di un vero e proprio diritto degli *omnes*, alla luce della formula del “legal interest” utilizzata originariamente dalla Corte internazionale di giustizia⁷².

Questa incertezza testimonia come la questione sia rimasta molto dibattuta all'interno della Commissione fino al termine dei lavori. Proprio per superare la riluttanza ad aprire a tutti gli Stati la facoltà di adozione di contromisure Arangio-Ruiz aveva proposto il sistema sopra accennato. L'ambiguo art. 54 dimostra come la Commissione abbia preferito non risolvere la questione.

La codificazione del 2001 ha, poi, definitivamente eliminato la parte dedicata alla risoluzione delle controversie che potessero sorgere tra gli Stati parte di una eventuale, futura convenzione sulla responsabilità per fatto illecito⁷³, ipotesi che la Commissione ha preferito non raccomandare⁷⁴. Anche questa soluzione conferma che la Commissione ha ritenuto di aver raggiunto un delicato equilibrio - probabilmente al ribasso -, che l'apertura del testo a un negoziato tra gli Stati avrebbe potuto facilmente stravolgere.

La concezione della codificazione che aveva sposato Arangio-Ruiz era diversa: identificare con la maggiore precisione possibile lo stato del diritto internazionale della responsabilità contemporaneo, ma anche proporre soluzioni *de iure condendo* circa gli aspetti più controversi. Sarebbe poi spettato non alla Commissione, ma agli Stati, secondo Arangio-Ruiz, assumersi la responsabilità di decidere in merito.

6. La prassi contemporanea delle “sanzioni” alla luce della codificazione: la lezione (inascoltata) di Gaetano Arangio-Ruiz

La codificazione della nozione di contromisura è oggi sottoposta alla verifica della prassi. In particolare, l'aggressione della Federazione russa all'Ucraina ha fatto sorgere molti dubbi circa il perimetro di liceità delle “sanzioni” adottate da Stati diversi dall'Ucraina.

Già il termine, peraltro invalso da qualche tempo, porta a chiedersi se

⁷² Sentenza della Corte internazionale di giustizia nell'affare *Barcelona Traction*, Belgio c. Spagna, in *ICJ Reports*, 1970, p. 32 par. 33. Si veda sul punto *International Law Commission, Report on the work of the Seventy-third session* (2022), A/77/10, Chapter 4, cit., p. 67. Per la posizione di Arangio-Ruiz, cfr., ad es., *Fourth Report*, par. 93.

⁷³ Sulla prospettiva di una tale convenzione, cfr. PALMISANO, *Responsabilità degli Stati e obblighi di regolamento delle controversie: l'occasione mancata dalla Commissione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 455 ss.

⁷⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 25, parr. 72-73.

quell'intento punitivo che Arangio-Ruiz aveva provato a non far emergere in maniera preminente sia (ri)divenuta invece, oggi, la connotazione determinante delle reazioni al fatto illecito. Si potrebbe ritenere che questo sia il caso per le reazioni a illeciti particolarmente gravi, come un atto di aggressione⁷⁵. L'uso non è, però, limitato a tali ipotesi, ed è tanto più problematico perché era stata proprio la connotazione punitiva attribuita da molti Stati alle contromisure a determinarne una critica radicale⁷⁶.

Ancora, è invalso l'uso dell'espressione Stati "terzi" in relazione alla posizione di Stati non materialmente lesi, sia nel caso di violazione di obblighi *erga omnes*, che di gravi violazioni di obblighi posti da norme cogenti⁷⁷. Questa impostazione ha portato a significative incertezze circa le reazioni lecite di quegli Stati in seguito a gravi violazioni di norme imperative. Si pensi, ad es., al dibattito sul congelamento di fondi riconducibili alla Federazione russa presenti in banche o altri istituti finanziari di Paesi occidentali, e successivamente sull'impiego dei proventi da essi generati. È questa, esattamente, l'ipotesi di *interim measures*, ammissibili a prescindere da *sommatation* e offerta di ricorso a procedure amichevoli di risoluzione delle controversie, anche a seguito di illeciti ordinari. Alla luce delle riflessioni di Arangio-Ruiz, gli Stati diversi dall'Ucraina non sono Stati terzi o indirettamente lesi, ma Stati i cui diritti sono stati violati e che possono senza dubbio far valere/invocare la responsabilità dello Stato autore dell'illecito.

Il sistema che Arangio proponeva per permettere il ricorso a contromisure da parte di tali Stati avrebbe ben potuto risolvere i dubbi che oggi si pongono. Egli aveva raccolto l'invito, formulato da Ago, ad affrontare "the need for universal solidarity in dealing with the most serious assaults on international order".

In mancanza di un serio dibattito sul punto, si è rimasti allo stadio di una disorganica concertazione multilaterale, pur se fondata, nel caso dell'aggressione all'Ucraina, su risoluzioni dell'Assemblea generale. Anche in questi casi, se l'adozione di contromisure è un po' meno discutibile, gli Stati che vi ricorrono non sono al riparo da accuse di parzialità politica⁷⁸.

⁷⁵ In questo senso, ARANGIO-RUIZ, *Third Report*, cit., par. 15; *Fifth Report*, par. 255. Ma si vedano le posizioni contrarie degli Stati riportate in *Fifth Report*, cit., par. 140 ss.

⁷⁶ GIANELLI, *op. loc. cit.*

⁷⁷ Si veda, ad es., M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, 2017.

⁷⁸ Cfr., ad es., G.A. LOPEZ, A. MILLAR, E. MORET, *Toward A Global Sanctions Compact for Long Overdue-Reform*, anche per riferimenti alle posizioni critiche del c.d. *Global South*, disponibile nel sito <https://www.justsecurity.org/>

Bernardo Mageste Castelar Campos

*Conseguenze dei crimini internazionali
e limiti all'obbligo di riparazione*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I limiti all'obbligo di riparazione – 3. La posizione della Commissione del diritto internazionale – 4. Corrispondenza al diritto internazionale – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nella decisione del 9 febbraio 2022 sulle riparazioni nel caso delle *Attività armate nel territorio del Congo* (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda), la Corte internazionale di giustizia ha sollevato la questione se, nel determinare l'importo del risarcimento, si debba tener conto dell'onere finanziario imposto allo Stato responsabile, considerate le sue condizioni economiche senza compromettere la sua capacità di soddisfare i bisogni primari della sua popolazione¹. Il problema è stato posto dall'Uganda, condannata dalla Corte nel 2005 a risarcire la Repubblica Democratica del Congo per il danno causato in territorio congolese, a seguito della violazione dei principi della proibizione dell'uso della forza e del non intervento².

Sebbene la decisione del febbraio 2022 rappresenti il primo caso in cui la Corte affronta la questione della capacità finanziaria dello Stato responsabile nei casi di gravi violazioni del diritto internazionale, questo tema aveva già ricevuto grande attenzione da parte della Commissione di diritto internazionale (CDI) delle Nazioni Unite grazie all'opera del Relatore Speciale sulla responsabilità degli Stati, Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996).

¹ Corte Internazionale di Giustizia, Sentenza del 9 febbraio 2022 sulle riparazioni nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, *I.C.J. Reports*, 2022, p. 13 ss., in particolare p. 53.

² Corte Internazionale di Giustizia, Sentenza del 19 dicembre 2005 sul merito nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, *I.C.J. Reports*, 2005, p. 168 ss., in particolare p. 280.

In particolare, Arangio-Ruiz sosteneva l'esistenza di limiti all'obbligo di riparazione derivanti dagli impatti negativi prodotti nella sfera dello Stato autore nel caso di crimini internazionali.

Il riconoscimento di tali limiti assume particolare rilevanza nel caso delle riparazioni di guerra, in cui la richiesta di riparazione per danni causati da un atto di aggressione può avere un impatto significativo sull'economia o sulla vita della popolazione dello Stato autore. Questo limite potrebbe essere rilevante, ad esempio, per determinare l'importo del risarcimento dovuto dalla Russia per l'invasione dell'Ucraina a partire dal 2014³. Nonostante l'importanza della loro considerazione per le sistemazioni postconflittuali, alcuni limiti all'obbligo di riparazione non furono inclusi nella versione finale degli Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati adottata dalla CDI nel 2001 per diverse ragioni.

Questo contributo si propone di analizzare i limiti all'obbligo di riparazione derivanti dagli impatti negativi prodotti nella sfera dello Stato autore nel caso di crimini internazionali, proposti da Arangio-Ruiz, e la posizione della CDI al riguardo. Inoltre, il contributo cerca di valutare se eventualmente tali limiti siano conformi al diritto internazionale. Infine, vengono presentate alcune osservazioni conclusive.

2. I limiti all'obbligo di riparazione

Come discusso in un altro contributo di questo volume⁴, la Commissione di diritto internazionale ha dedicato due decenni all'analisi delle conseguenze degli atti internazionalmente illeciti, classificandoli in base alla gravità delle violazioni commesse e distinguendo tra crimini internazionali degli Stati e illeciti 'ordinari' (o 'delitti')⁵. Seguendo questa distinzione, Gaetano Arangio-

³ Alcune fonti ucraine stimano che il costo delle riparazioni da parte della Russia per l'invasione dell'Ucraina nel febbraio 2022 varierà tra 150 e 300 miliardi di dollari (cfr. ad esempio <<https://kse.ua/about-the-school/news/the-total-amount-of-damage-caused-to-the-infrastructure-of-ukraine-due-to-the-war-reaches>> e <<https://www.dw.com/en/how-realistic-are-russian-reparation-payments-to-ukraine/a-63853489>>). Se tale importo fosse corretto, significherebbe almeno circa il 7% del prodotto interno lordo russo o metà della spesa pubblica del 2023, secondo dati della Banca Mondiale (<<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=RU>>). È inevitabile pensare che tale importo possa incidere sulla vita della popolazione russa.

⁴ Si veda in questo volume il contributo di MAURIZIO ARCARI: *Alla ricerca della gravità: le conseguenze delle gravi violazioni del diritto internazionale*.

⁵ Arangio-Ruiz ha analizzato le conseguenze degli atti illeciti internazionali considerando

Ruiz ha proposto diversi limiti all'operatività dell'obbligo di riparazione per illeciti ordinari considerato nelle sue diverse forme, come la restituzione in forma specifica, il risarcimento nonché la soddisfazione e garanzie di non ripetizione⁶. Alcuni di questi limiti sono stati inclusi nella versione finale degli Articoli sulla responsabilità degli Stati adottati dalla CDI nel 2001, e vanno dall'impossibilità materiale della *restitutio in integrum* all'eccessiva onerosità della stessa⁷.

Arangio-Ruiz proponeva che alcuni dei limiti all'obbligo di riparazione per gli illeciti ordinari potessero essere omessi o ridotti nel caso dei crimini internazionali. In questo senso, si ammetteva la possibilità che gli obblighi

il concetto di crimini internazionali degli Stati introdotto nei lavori della Commissione dal Relatore Speciale Roberto Ago (1969-1980) nel 1976 (cfr. R. AGO, *Fifth Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1976, vol. Two, Part One, p. 54). Inoltre, lo studioso ha proseguito e sviluppato il lavoro del Relatore Speciale Willem Riphagen (1980-1986), cercando di stabilire le conseguenze specifiche di tali atti illeciti di maggiore gravità. Per un'analisi dell'elaborazione del concetto di crimini internazionali, cfr. M. SPINEDI, *Legislative History*, in J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI, *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, De Gruyter, Berlino/New York 1989, pp. 7-138. Per un'analisi delle ragioni per cui il concetto non è stato adottato dalla Commissione, cfr. G. PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M.L. ALAIMO, *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Giuffrè, Torino 2006, pp. 203-243.

⁶ Secondo il Relatore Speciale, nel caso della restituzione in forma specifica tali limiti sarebbero l'impossibilità materiale, la violazione di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale e quando la restituzione sia eccessivamente onerosa per lo Stato che ha commesso l'atto internazionalmente illecito: G. ARANGIO-RUIZ, *Preliminary Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1988, vol. Two, Part One, p. 42 (par. 132, art.7). L'obbligo di risarcimento sarebbe limitato nei casi in cui "il danno sia in parte dovuto a cause diverse dall'atto internazionalmente illecito", compresa la condotta negligente dello Stato leso. La soddisfazione non dovrebbe comportare "richieste umilianti nei confronti dello Stato che ha commesso l'atto illecito o una violazione dell'uguaglianza sovrana o della giurisdizione interna di quello Stato". G. ARANGIO-RUIZ, *Second Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1989, vol. Two, Part One, p. 56 (par. 191, artt. 8 e 10). La soddisfazione e le garanzie di non ripetizione sono intese congiuntamente da Arangio-Ruiz. Attualmente le due forme hanno carattere autonomo negli Articoli sulla responsabilità dello Stato adottati dalla CDI nel 2001 e sono previsti negli artt. 30 (b) (garanzie di non ripetizione) e 37 (soddisfazione). Cfr. *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, vol. Two, Part Two, pp. 88 e 105.

⁷ G. ARANGIO-RUIZ, *First Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1988, vol. Two, Part One, pp. 28-36 (parr. 85-108). Cfr. art. 35 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato adottati nel 2001, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, vol. Two, Part Two, p. 96.

derivanti dal diritto della responsabilità internazionale degli Stati potessero essere più gravosi per lo Stato autore di un crimine internazionale rispetto a quelli previsti per lo Stato autore di un illecito ordinario⁸.

L'obbligo di restituzione in forma specifica, ad esempio, sarebbe previsto in caso di delitto tranne nel caso in cui «would seriously jeopardize the political independence or economic stability of the State which has committed the internationally wrongful act»⁹. In questo senso, «where the effectuation of *restitutio in integrum* requires internal legal measures of such gravity and complexity as to involve fundamental elements or features of its political, economic and social system, it could be held that *restitutio in integrum* would represent an excessive burden for the author State»¹⁰. Secondo Arangio-Ruiz, questo ostacolo non deriverebbe tanto da un'impossibilità giuridica quanto dall'onere eccessivo per lo Stato autore, poiché la *restitutio* colpirebbe elementi o caratteristiche fondamentali del sistema politico, economico e sociale dello Stato autore¹¹.

Arangio-Ruiz riconosceva che tali limiti non potevano applicarsi nel caso dei crimini internazionali. Per quanto riguarda la preservazione della stabilità economica, il Relatore Speciale ha sottolineato che «such a contingency would not justify relieving the wrongdoing State of the elementary obligation to restore, to the extent materially feasible, the situation pre-existing the breach», poiché «despite its great importance for the people as well as the State concerned, does not seem to present, when assessed against the sacrifice of the injured States' interest to obtain restitution, quite the same degree of essentiality»¹².

Il Relatore Speciale enfatizzava anche l'importanza di distinguere tra i concetti di indipendenza politica dello Stato ('political independence'), riguardante «its existence as a distinct sovereign entity alongside its peers and as a distinct person of international law», e libertà di organizzazione ('freedom of organization'), «which every sovereign State is entitled to enjoy in the choice of its form of government and in the appointment of its leaders»¹³. Solo l'indipendenza politica nel primo senso dovrebbe essere considerata come limite all'obbligo di riparazione in caso di crimini

⁸ G. ARANGIO-RUIZ, *Fifth Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1993, vol. Two, Part One, p. 44 (par. 179).

⁹ G. ARANGIO-RUIZ, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1993, vol. Two, Part Two, p. 62.

¹⁰ G. ARANGIO-RUIZ, *First Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1988, vol. Two, Part One, p. 40 (par. 127).

¹¹ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, p. 40 (par. 127).

¹² G. ARANGIO-RUIZ, *Seventh Report on State Responsibility*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1995, vol. Two, Part One, p. 9 (par. 21).

¹³ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, p. 9 (par. 23).

internazionali¹⁴.

Diversi esempi sono forniti dal Relatore Speciale per illustrare perché tali limiti non dovrebbero essere riconosciuti, come nel caso in cui la prosperità economica dello Stato autore possa avere origine nel crimine stesso, come nello sfruttamento delle risorse e della popolazione di una colonia¹⁵. Una situazione analoga si verificherebbe quando uno Stato invochi la tutela della propria indipendenza politica per mantenere un regime condannabile¹⁶.

Nonostante la loro gravità, il Relatore Speciale ha riconosciuto la necessità di stabilire limiti all'obbligo di restituzione anche nei casi di crimini internazionali. In questo caso il limite si troverebbe a operare solo in circostanze estreme in cui la restituzione «would jeopardize the existence of the wrongdoing State as an independent member of the international community, its territorial integrity or the vital needs of its people»¹⁷. È questo un limite, una sorta di 'contro-limite', che risponde all'esigenza di stabilire garanzie minime volte a tutelare la stabilità ed esistenza dello Stato. Lo stesso limite varrebbe per la soddisfazione e le garanzie di non ripetizione, che per il caso di delitti ordinari si trovava nella inammissibilità di richieste offensive per la «dignità dello Stato autore dell'illecito»¹⁸.

Una delle peculiarità delle proposte di Arangio-Ruiz è che non stabilisce limiti all'obbligo di risarcimento, né in materia di delitti né in materia di crimini internazionali. Questo fatto potrebbe spiegarsi per il carattere essenzialmente compensatorio e residuale del risarcimento secondo Arangio-Ruiz¹⁹.

3. *La posizione della Commissione del diritto internazionale*

Inizialmente, la Commissione del diritto internazionale ha parzialmente accolto le posizioni di Arangio-Ruiz. Nella prima lettura degli Articoli adottata nel 1996, la Commissione ha incluso i limiti alle riparazioni proposti da Arangio-Ruiz in caso di delitti, ma ha deciso di non includere le salvaguardie proposte per i crimini internazionali. L'Articolo 52, che riguarda le conseguenze specifiche dei crimini internazionali, determinava

¹⁴ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, p. 9 (par. 24).

¹⁵ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, p. 9 (par. 22).

¹⁶ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, p. 9 (par. 24).

¹⁷ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, pp. 9-10 (parr. 21-23) e 29 (par. 140).

¹⁸ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, pp. 9-10 (parr. 21-23).

¹⁹ G. ARANGIO-RUIZ, *Ibidem*, pp. 8-9 (parr. 23-24).

che l'indipendenza politica e la stabilità economica dello Stato autore non sarebbero considerati limiti all'obbligo di restituzione o soddisfazione per i crimini internazionali²⁰.

Le ragioni di questa decisione della Commissione non sono chiare. Si potrebbe ipotizzare che la scelta fosse legata alla preoccupazione di alcuni membri dell'organo che il riconoscimento di tali limiti potesse condizionare l'attività del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che in quel periodo aveva adottato misure che incidevano proprio sulla stabilità economica e politica, nonché sull'integrità territoriale dell'Iraq a seguito della sua invasione del Kuwait nel 1990²¹.

D'altra parte, la Commissione ha aggiunto una clausola all'art. 42, relativo alla riparazione in generale, secondo la quale «[i]n no case shall reparation result in depriving the population of a State of its own means of subsistence»²². Secondo la Commissione, questo limite, che non era stato proposto da Arangio-Ruiz, era ispirato all'art. 1, comma 2 comune ai due Patti internazionali sui diritti umani del 1966, e che secondo la Commissione «reflects a legal principle of general application»²³. Poiché l'art. 52 non ha fatto eccezione a questo limite, lo stesso si applicherebbe anche nel caso di crimini internazionali.

Il successore di Arangio-Ruiz nella carica di Relatore Speciale sul tema della responsabilità internazionale degli Stati, James Crawford (1998-2001), si è opposto a qualsiasi limite all'obbligo di riparazione legato alla condizione dello Stato autore dell'illecito. Secondo Crawford, non ci sarebbero precedenti nella storia in cui la restituzione o soddisfazione abbiano minacciato di privare la popolazione di uno Stato responsabile per un illecito internazionale dei propri mezzi di sussistenza²⁴. In ogni caso, ancora secondo Crawford, «[i]n extreme circumstances one might envisage

²⁰ Della stessa forma, anche la protezione della "dignità" dello Stato autore non sarebbe stata considerata un limite all'obbligo di soddisfazione, già che, secondo la Commissione, "simply because, by reason of its crime, the wrongdoing State has itself forfeited its dignity". *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1996, vol. Two, Part Two, p. 72 (par. 6).

²¹ A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2003, p. 523. Per una sintesi delle misure adottate dal Consiglio di Sicurezza e delle critiche ad esse, cfr G. ARANGIO-RUIZ, *On the Security Council's "Law-Making"*, in «Rivista di diritto internazionale», 2000, pp. 715 ss. Cfr. anche B. GRAEFRATH, *Iraqi Reparations and the Security Council*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 1995, p. 1 ss.

²² *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1996, vol. Two, Part Two, p. 66.

²³ *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1996, vol. Two, Part Two, p. 66 (par. 6).

²⁴ J. CRAWFORD, *Third Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2000, vol. Two, Part One, p. 21 (par. 42).

the plea of necessity or force majeure as a basis for delaying payments which have become due»²⁵. Su suggerimento di Crawford e a seguito delle critiche sollevate dagli Stati, la disposizione non è stata inclusa nella versione finale degli Articoli adottata dalla Commissione nel 2001.

4. *Corrispondenza al diritto internazionale*

Ci si potrebbe domandare se, nonostante la mancata inclusione nella versione finale degli Articoli, i limiti all'obbligo di riparazione siano riconosciuti dal diritto internazionale generale nei casi di gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative.

Alcuni autori sostengono che la prassi statale in materia di riparazioni di guerra avrebbe confermato l'esistenza di una norma consuetudinaria di diritto internazionale che impone limiti all'obbligo di riparazione degli Stati aggressori in considerazione della loro capacità economica²⁶. I trattati di pace firmati dopo la Prima e la Seconda Guerra Mondiale prevedevano limiti all'obbligo di riparazione derivanti dalla capacità economica degli Stati autori dell'illecito²⁷. La capacità economica dell'Iraq è stata presa in considerazione nel determinare il pagamento dell'importo della riparazione dovuta a seguito dell'invasione del Kuwait²⁸.

²⁵ J. CRAWFORD, *Ibidem*, p. 21 (par. 41).

²⁶ I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, Oxford 1963, p. 147; B. GRAEFRATH, *Iraqi Reparations and the Security Council*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 1995, p. 64; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles 2012, p. 735.

²⁷ Il Trattato di Versailles (1919), ad esempio, riconosceva nel suo art. 232 che «the resources of Germany are not adequate [...] to make complete reparation for all such loss and damage» e limitava l'importo per i danni causati alla popolazione civile. Cfr. *Treaty of Peace with Germany*, Versailles, 28 Giugno 1919, in *Consolidated Treaty Series*, vol. 225, p. 118 ss. Allo stesso modo, il Trattato di Pace con l'Italia (1947) prevedeva nel suo art. 74 che «[t]he quantities and types of goods to be delivered [...] shall be scheduled in such a way as to avoid interference with the economic reconstruction of Italy». Cfr. *Treaty of Peace with Italy*, Parigi, 10 Febbraio 1947, in *United Nations Treaty Series*, vol. 49, p. 3 ss. Per altri esempi della prassi degli Stati, cfr. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2003; P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruylant, Bruxelles 2002 e *War reparations as a financial burden on the responsible State: The Congo v Uganda case*, in «Questions of Int. Law», 2022, p. 43 ss.

²⁸ La capacità economica dell'Iraq è stata presa in considerazione nel funzionamento della Commissione di Compensazione delle Nazioni Unite (UNCC), istituita dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU nel 1991 per amministrare un fondo da utilizzare per risarcire i

Nel 2009, la Commissione Reclami Etiopia-Eritrea ha riconosciuto la necessità di limitare l'importo della riparazione dovuta dalle parti «to ensure that the ultimate financial burden imposed on a Party would not be so excessive, given its economic condition and its capacity to pay, as to compromise its ability to meet its people's basic needs»²⁹. La Commissione ha giustificato la riduzione dell'importo basandosi sull'art. 1, comma 2 comune ai due Patti internazionali sui diritti umani del 1966 e facendo riferimento all'art. 42 della versione del progetto adottata nel 1996³⁰.

Tuttavia, esistono alcune incertezze riguardo all'esistenza di una norma consuetudinaria corrispondente. La prassi degli Stati in materia è discordante e sembra incorporare considerazioni di opportunità politica³¹. Secondo alcuni autori, non esisterebbe un limite all'obbligo di riparazione totale, ma relativo alla sua forma di esecuzione. Secondo il Relatore Speciale Crawford, ad esempio, «[a] distinction has to be drawn between the quantum of compensation, which by definition reflects the actual losses suffered as a result of the breach, and the mode of payment. In extreme circumstances one might envisage the plea of necessity or force majeure as a basis for delaying payments which have become due»³². In questo senso, il *quantum* dovuto, ovvero l'ammontare della riparazione, non deve essere confuso con la modalità di pagamento.

Ulteriori incertezze sono emerse dopo la già menzionata decisione del 2022 della Corte internazionale di giustizia relativa alle riparazioni nel caso *Congo c. Uganda*. La Corte non ha accolto la richiesta dell'Uganda di considerare la sua situazione finanziaria interna nella determinazione dell'importo totale dovuto. Sebbene non abbia espressamente respinto tale limite, la Corte ha menzionato e chiaramente deciso di non adottare il

danni derivanti dall'invasione e occupazione del Kuwait nel 1990. Il livello di contributo dell'Iraq al fondo è stato determinato considerando «the requirements of the people of Iraq, Iraq's payment capacity as assessed in conjunction with the international financial institutions taking into consideration external debt service, and the needs of the Iraqi economy». Cfr. Consiglio di Sicurezza, *Risoluzione 687*, 3 Aprile 1991, par. 19.

²⁹ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Sentenza del 17 agosto 2009 sul *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2009, p. 631 ss. in par. 21 e 22.

³⁰ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Sentenza del 17 agosto 2009 sul *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, in *Reports of International Arbitral Awards*, 2009, p. 631 ss. in par. 19.

³¹ A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2003, p. 554; M. PAPARINSKIS, *A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility*, in «Modern Law Review», 2020, pp. 1260 ss.

³² J. CRAWFORD, *Third Report on State Responsibility*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2000, vol. Two, Part One, pp. 20-21 (par. 41).

precedente stabilito dalla Commissione Reclami Etiopia-Eritrea³³, fornendo un chiaro segnale di mancato riconoscimento di una regola generale in tal senso nel diritto internazionale.

Tuttavia, la parte finale della decisione evidenzia che la capacità economica dell'Uganda è stata considerata giuridicamente rilevante dalla Corte. Il paragrafo 407 stabilisce che la Corte «is satisfied that the total sum awarded, and the terms of payment, remain within the capacity of Uganda to pay. Therefore, the Court does not need to consider the question whether, in determining the amount of compensation, account should be taken of the financial burden imposed on the responsible State, given its economic condition»³⁴.

La Corte sembra aver favorito la tesi secondo la quale la situazione interna dello Stato autore deve essere presa in considerazione non come limite all'obbligo di riparazione totale, bensì nella definizione della modalità di pagamento. Nel caso di specie, ciò si è tradotto nell'estensione del periodo di adempimento dell'obbligo e nel frazionamento dell'ammontare della riparazione³⁵. Si tratterebbe, in ultima analisi, di una questione relativa alle modalità di attuazione della responsabilità, più che attinente al contenuto dell'obbligo secondario di riparazione.

³³ Corte Internazionale di Giustizia, Sentenza del 9 febbraio 2022 sulle riparazioni nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, *I.C.J. Reports*, 2022, p. 53 (par. 110).

³⁴ Corte Internazionale di Giustizia, Sentenza del 9 febbraio 2022 sulle riparazioni nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Uganda)*, *I.C.J. Reports*, 2022, p. 137 (par. 407).

³⁵ La Corte ha determinato l'importo totale del risarcimento dovuto alla RDC in 325.000.000 di dollari. Ha inoltre stabilito che l'importo doveva essere pagato dall'Uganda fino al 2026 in rate annuali di 65.000.000 di dollari. Sebbene l'Uganda abbia richiesto la valutazione della sua capacità economica nella determinazione dell'importo del risarcimento dovuto, non ha richiesto alcun termine di pagamento specifico considerando la sua capacità economica, motivo per cui la decisione può essere vista come una violazione del principio *non ultra petita*.

4. Conclusioni

Sebbene non sia possibile stabilire l'esistenza di una norma consuetudinaria del diritto internazionale che imponga un limite all'obbligo di riparazione nel caso di gravi violazioni del diritto internazionale, tale limitazione riveste una considerevole importanza per le sistemazioni postbelliche.

Uno dei principali effetti dannosi derivanti dall'applicazione rigida del principio della riparazione totale in caso di conflitto armato è l'imposizione di un onere insostenibile sulla popolazione dello Stato responsabile. Come dimostrato dalla storia, in casi estremi questa situazione può favorire l'emergere di idee revansciste e l'emergere di regimi estremisti. L'inclusione dell'esistenza di un tale limite all'obbligo di riparazione negli Articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 avrebbe potuto essere presentata non come codificazione di una norma internazionale consolidata, ma come misura di sviluppo progressivo volta al mantenimento della pace internazionale.

Laura Di Gianfrancesco

*Il ruolo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite
nella risposta alle gravi violazioni di norme imperative*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il ruolo dell'Assemblea generale nelle proposte del Relatore speciale Arangio-Ruiz - 3. L'evoluzione del ruolo dell'Assemblea generale dopo il tramonto delle proposte del Relatore speciale – 3.1. Risposta sostanziale alle gravi violazioni di norme imperative – 3.2. Innovazioni procedurali: la risoluzione sulla c.d. *Veto Initiative* – 4. Cenni conclusivi.

1. *Introduzione*

Il sistema istituzionale delle Nazioni Unite risente notoriamente di limiti strutturali in relazione alla risposta alle gravi violazioni di norme di importanza fondamentale per il diritto internazionale. Gli elementi che costituiscono un limite all'efficacia dell'azione del Consiglio di sicurezza nel contrasto a tali illeciti, particolarmente il potere di veto attribuito ai suoi cinque membri permanenti, hanno da tempo posto l'attenzione sulla necessità di comprendere quale ruolo spetti invece all'Assemblea generale, nella sua qualità di ulteriore e alternativo protagonista della risposta istituzionale alle gravi violazioni¹. Benché non nuova, la questione è recentemente tornata di primissimo rilievo, in particolare a seguito dell'aggressione russa ai danni dell'Ucraina. Il massiccio intervento assembleare conseguente alla commissione di uno dei più gravi illeciti per il diritto

¹ Nell'ampio panorama della letteratura che ha esaminato l'evoluzione delle funzioni dell'Assemblea generale, specialmente in materia di mantenimento della pace e sicurezza internazionale, si vedano, *inter alia*: A. DE GUTTRY, F. PAGANI, *Le Nazioni Unite. Sviluppo e riforma del sistema di sicurezza collettiva*, Il Mulino, Bologna, II ed., 2010, pp. 39-45; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *In attesa della riforma dell'Organizzazione delle Nazioni Unite*, in *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale* (a cura di U. Draetta e M. Fumagalli Meraviglia), Giuffrè, Milano, 2011, 197-237, 233-235; S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Il Mulino, Bologna, II ed., 2012, p. 142 ss.; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, CEDAM, Padova, XIII ed., 2023, p. 383 ss.

internazionale, realizzato proprio ad opera di un membro permanente del Consiglio di sicurezza, ha riportato in auge il dibattito relativo alle potenzialità e ai limiti all'azione dell'Assemblea generale, stimolando nuove riflessioni tanto all'interno della stessa comunità degli Stati membri riuniti nell'organo assembleare, tanto presso la dottrina internazionalistica².

Il rinnovato interesse della comunità internazionale per il ruolo dell'Assemblea generale in questo ambito non può mancare di richiamare alla mente le riflessioni che il Professor Gaetano Arancio-Ruiz formulava negli anni '90 del secolo scorso nella sua qualità di Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati.

Il presente contributo intende dunque esaminare l'evoluzione del ruolo dell'Assemblea nella risposta istituzionale alle gravi violazioni di norme imperative, concentrandosi in particolare sulle sue più recenti e innovative azioni sostanziali e procedurali, proprio a partire da una rilettura del ruolo che il Relatore speciale ipotizzava per l'organo nell'ambito del sistema istituzionale per l'attuazione del regime aggravato di responsabilità conseguente alla commissione di un crimine dello Stato. Tale rilettura consentirà di mettere in luce elementi di coerenza, ma anche di discontinuità, tra le osservazioni del Relatore speciale e la prassi successiva. Ne seguirà, infine, una riflessione sulla direzione oggi intrapresa dall'Assem-

² Nelle settimane immediatamente successive all'aggressione russa in Ucraina, molta attenzione è stata prestata all'analisi delle potenzialità d'azione dell'Assemblea generale a fronte della prevedibile paralisi del Consiglio di sicurezza. *Inter alia*, si vedano R. BARBER, *What can the UN General Assembly do about Russian Aggression in Ukraine?*, in «EJIL:Talk!», 26 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo: <https://www.ejiltalk.org/what-can-the-un-general-assembly-do-about-russian-aggression-in-ukraine/>; T. P. PAIGE e R. McLAUGHLIN, *Uniting for Peace: Passing the Baton on the Ukraine Invasion from the Security Council to the General Assembly*, in «Völkerrechtsblog», 3 marzo 2022, disponibile all'indirizzo: <https://voelkerrechtsblog.org/passing-the-baton/>; N. SCHRIJVER, *A Uniting for Peace Response to Disuniting for War: The Role of the Two Political Organs of the UN*, in «Leiden Law Blog», 18 marzo 2022, disponibile all'indirizzo: <https://www.leidenlawblog.nl/articles/an-uniting-for-peace-response-to-disuniting-for-war-the-role-of-the-two-political-organs-of-the-un>; R. BARBER, *The Evolving Role of the General Assembly vis-à-vis the Security Council in the Maintenance of Peace*, in «Journal of International Peacekeeping», 2022, pp. 305-336; F. PERRINI, *Oltre il diritto di veto: il ruolo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite per la soluzione del conflitto in Ucraina*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2023, pp. 930-941; M. P. SCHARF, *Power Shift: The Return of the Uniting for Peace Resolution*, in «Case Western Reserve Journal of International Law», 2023, pp. 1-29; P. GARGIULO, *Assemblea generale e mantenimento della pace: riflessioni sull'antica questione dell'ampliamento dei poteri*, in *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie. Pace e sicurezza internazionali, sviluppo sostenibile, tutela dei diritti umani* (a cura di P. Gargiulo, I. Ingravallo e P. Rossi), Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 3-17.

blea generale nel ridisegnare la complementarità del proprio ruolo rispetto a quello degli altri organi principali delle Nazioni Unite.

2. *Il ruolo dell'Assemblea generale nelle proposte del Relatore speciale Arangio-Ruiz*

Le riflessioni che seguono non possono che partire, dunque, da una sintetica ricostruzione del ruolo che il Professor Arangio-Ruiz attribuiva all'Assemblea generale, in particolare nel suo settimo rapporto sulla responsabilità degli Stati, nel contesto dell'attuazione del regime aggravato di responsabilità conseguente alla commissione di un crimine dello Stato.

Muovendo dalla considerazione che, nell'ambito di una comunità internazionale disorganica, lasciare ai singoli Stati la delicata fase di accertamento della commissione e dell'attribuzione di un crimine porti con sé il rischio di arbitrarietà, incoerenza e contrasti³, il Relatore speciale postulava il necessario coinvolgimento degli organi principali delle Nazioni Unite nella fase dell'accertamento, per garantire che questa si realizzasse attraverso l'azione multilaterale e concertata degli Stati.

In tale contesto, le modalità del coinvolgimento ipotizzato dal Relatore speciale per l'Assemblea generale nella fase di accertamento risultavano determinate da un duplice ordine di considerazioni.

Per un verso, il Relatore speciale metteva in luce alcune delle caratteristiche proprie dell'Assemblea generale che l'avrebbero resa astrattamente idonea a interpretare un ruolo in questo ambito. In primo luogo, la natura 'democratica' e rappresentativa dell'intera *membership* delle Nazioni Unite. Per il Relatore speciale, tale carattere avrebbe reso possibile considerare l'Assemblea come l'organo più qualificato a incarnare la 'comunità internazionale' interessata dalla commissione di crimini dello Stato⁴. In secondo luogo, si sottolineava l'ampia competenza *ratione materiae* attribuita dalla Carta delle Nazioni Unite all'Assemblea. Invero, a essa spetta non solo una competenza nella materia del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, condivisa, sia pur con poteri diversi, con il Consiglio di sicurezza, ma anche una competenza nelle materie della cooperazione economica, sociale e culturale, della tutela dei diritti umani, dell'autodeterminazione dei popoli e della protezione

³ G. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report on State responsibility*, UN Doc. A/CN.4/469 and Add.1 and 2 (9, 24 e 29 maggio 1995), riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 1995, vol. II, part one, parr. 71, 73.

⁴ *Ibidem*, par. 91.

ambientale – materie sufficientemente ampie da coprire l'intero spettro di quelle corrispondenti ai beni giuridici tutelati dai crimini internazionali⁵.

Per altro verso, tuttavia, il Relatore speciale riteneva l'Assemblea generale inadatta a svolgere da sola tale funzione. La discrezionalità della sua azione, connaturata alla sua natura di organo politico, la conseguente mancanza di un onere di motivare le proprie scelte (tanto relative all'azione, quanto all'inazione), nonché la non vincolatività delle determinazioni assembleari, avrebbero costituito un ostacolo insormontabile all'assegnazione esclusiva in capo all'Assemblea di una funzione «eminentemente giuridica» come quella di accertamento della commissione di un crimine internazionale e della sua attribuzione ad uno Stato⁶.

Il Professor Arangio-Ruiz ipotizzava quindi l'inserimento dell'intervento assembleare in un più articolato meccanismo istituzionale di accertamento, caratterizzato dall'interazione delle attività di Assemblea generale e Consiglio di sicurezza, da un lato, e della Corte internazionale di giustizia dall'altro. Nel contesto di questo meccanismo, l'intervento dell'Assemblea si sarebbe realizzato in una prima fase 'politica' di accertamento, in cui questa (o, in alternativa, il Consiglio), su impulso di uno Stato e votando a maggioranza qualificata dei due terzi dei suoi membri presenti e votanti, avrebbe potuto esprimere la «grave preoccupazione» della comunità internazionale circa il compimento di un crimine internazionale, legittimando così l'apertura da parte di ogni Stato membro di una successiva fase di accertamento in sede giurisdizionale davanti alla Corte internazionale di giustizia⁷.

3. L'evoluzione del ruolo dell'Assemblea generale dopo il tramonto delle proposte del Relatore speciale

Ebbene, a seguito del tramonto delle proposte del Relatore speciale⁸, la fase di accertamento delle gravi violazioni di norme imperative è rimasta orfana di specifici meccanismi istituzionali che ne permettessero una

⁵ *Ibidem*, par. 92.

⁶ *Ibidem*, par. 93, 97, 100-101.

⁷ *Ibidem*, art. 19.

⁸ Per una ricostruzione delle proposte del Relatore speciale e delle ragioni che hanno condotto al loro mancato accoglimento, si veda G. PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di M. Spinedi, A. Gianelli e M. L. Alaimo), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 203-243.

proceduralizzazione. Ad ogni modo, l'Assemblea generale, pur nell'esercizio della sua attività discrezionale e non vincolante, non ha rinunciato a svolgere un ruolo nella reazione alle gravi violazioni, agendo con modalità spesso inedite su fronti diversi.

3.1. *Risposta sostanziale alle gravi violazioni di norme imperative*

Sul piano della risposta sostanziale, l'attività dell'Assemblea nell'ultimo decennio è andata intensificandosi, in concomitanza con la condizione di crisi progressivamente crescente attraversata dal Consiglio di sicurezza. È pur vero che un'attività di accertamento e condanna di gravi violazioni di norme imperative – espressa attraverso risoluzioni con valore di determinazione⁹ – si riscontra già nella prassi più risalente dell'Assemblea. Di questa attività di accertamento dava conto, del resto, lo stesso Relatore speciale Arangio-Ruiz nel suo settimo rapporto, ricordando le risoluzioni con cui, sin dagli anni '60, l'Assemblea generale ha condannato atti di aggressione, si è occupata di regimi di occupazione coloniale in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli o ha condannato situazioni corrispondenti a gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani¹⁰. Inedita è, tuttavia, la frequenza con cui l'organo è intervenuto negli ultimi anni attraverso risoluzioni di condanna di gravi violazioni, così come pure senza precedenti è stata l'attività assembleare che su queste determinazioni si è innestata.

Un primo esempio notevole di risoluzione di condanna tratto dalla prassi recente dell'Assemblea generale è la risoluzione 68/262 del 2014, con cui l'Assemblea, in ragione dell'impossibilità del Consiglio di sicurezza di intervenire nella situazione in Crimea a causa del veto della Federazione Russa, è intervenuta qualificando il *referendum* sullo status della Crimea

⁹ Corte internazionale di giustizia, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Rep 16, par. 105, ove la Corte confermò la legittimazione dell'Assemblea generale ad adottare risoluzioni con valore di determinazione, affermando che nonostante i poteri esclusivamente raccomandatori dell'Assemblea, questa non fosse preclusa dall'adottare «in specific cases within the framework of its competence, resolutions which make determinations or have operative design». Già la dottrina più risalente evidenziava il ruolo politico delle risoluzioni con valore di determinazione, le quali, benché non vincolanti, «possess a degree of authority that generates pressures – internal or external – in favor of compliance». Cfr. O. SCHACHTER, *The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly*, in «American Journal of International Law», 1964, pp. 960-965, in particolare p. 963.

¹⁰ Si veda: *Seventh Report* cit., parr. 79-81.

come invalido e ha invitato gli Stati, le organizzazioni internazionali e le agenzie specializzate a non riconoscere alcuna alterazione dello *status* dei territori in esame¹¹.

Ancor più significativo appare l'esempio offerto dalla risoluzione 71/248 del 2016, che ha per la prima volta istituito un Meccanismo internazionale indipendente e imparziale per assistere nella futura repressione penale degli individui responsabili di gravi crimini nel contesto del conflitto siriano, in conseguenza dei falliti tentativi del Consiglio di sicurezza di riferire la situazione in Siria al Procuratore della Corte penale internazionale ai sensi dell'art. 13(b) dello Statuto di Roma¹². La creazione del Meccanismo ha certamente rappresentato un punto di svolta per l'intervento dell'Assemblea generale nella risposta alle gravi violazioni, dimostrando la volontà dell'organo di esercitare estensivamente le sue prerogative per sopperire all'inazione del Consiglio di sicurezza, offrendo in tal modo un contributo decisivo all'apertura di procedimenti interni fondati sull'esercizio della giurisdizione universale per crimini internazionali¹³.

Sempre in relazione ad attività legate all'accertamento della commissione di crimini internazionali, nel 2018 l'Assemblea generale, con la risoluzione 73/264, ha espresso grave preoccupazione per i risultati della Missione internazionale indipendente di accertamento dei fatti in Myanmar, la quale confermava la sussistenza di sufficienti informazioni per procedere penalmente in relazione alla commissione di atti di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra contro la popolazione Rohingya nello Stato, fornendo una significativa legittimazione politica ai risultati di tale accertamento¹⁴.

¹¹ Assemblea generale, ris. 68/262 del 27 marzo 2014, UN Doc. A/RES/68/262, intitolata «Territorial Integrity of Ukraine», par. 5 e 6.

¹² Assemblea generale, ris. 71/248 del 21 dicembre 2016, UN Doc. A/RES/71/248, intitolata «International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011», par. 5.

¹³ Secondo il rapporto dello stesso Meccanismo, questo ha assistito un totale di 91 procedimenti domestici: Assemblea generale, rapporto dell'11 febbraio 2022, UN Doc. A/76/690, intitolato «Report of the International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011», par. 34. Sull'impatto del Meccanismo e il suo ruolo nell'evoluzione dell'attività dell'Assemblea generale, si veda: A. PUES, *The UN General Assembly as a Security Actor: Appraising the Investigative Mechanism for Syria*, in «Max Planck Yearbook of United Nations Law Online», 2022, pp. 553-582.

¹⁴ Assemblea generale, ris. 73/264 del 22 dicembre 2018, UN Doc. A/RES/73/264, intitolata «Situation of human rights in Myanmar», par. 1.

Da ultimo, l'Assemblea è notoriamente intervenuta in modo significativo a seguito dell'aggressione russa ai danni dell'Ucraina, condannando, tra l'altro, l'operazione militare russa come aggressione, dichiarando l'invalidità dei *referendum* nel Donbass, nonché raccomandando agli Stati la creazione di un registro dei danni cagionati in conseguenza dell'aggressione¹⁵.

Giova precisare che tali interventi si sono realizzati nell'ambito dell'esercizio della responsabilità residuale dell'Assemblea nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, a fronte dell'inerzia del Consiglio di sicurezza. Si tratta dunque di un'attività che si pone su un piano necessariamente diverso da quello della responsabilità statale e del suo accertamento giuridico. Invero, sebbene taluni Stati abbiano considerato il presunto attivismo dell'Assemblea generale quale tentativo di arrogarsi prerogative 'quasi-giurisdizionali'¹⁶, è da escludersi che le suddette attività assembleari siano state intese come sufficienti, da sole, a realizzare un accertamento giuridico della commissione di crimini internazionali in senso stretto. Resta dunque ancora attuale il monito del Relatore speciale Arangio-Ruiz circa la natura «eminentemente giuridica» della funzione di accertamento¹⁷.

Ciononostante, il ruolo politico dell'Assemblea, esercitato nel contesto delle azioni per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, appare destinato ad avere ripercussioni a vario titolo sul regime della

¹⁵ Assemblea generale, ris. ES-11/1 del 2 marzo 2022, UN Doc. A/RES/ES-11/1, intitolata «Aggression against Ukraine»; ris. ES-11/4 del 12 ottobre 2022, UN Doc. A/RES/ES-11/4, intitolata «Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations», par. 2; ris. ES-11/5 del 14 novembre 2022 UN Doc. A/RES/ES-11/5, intitolata «Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine», par. 4. Per una riflessione sulle recenti azioni e sull'ampliamento dei poteri dell'Assemblea generale in relazione alla situazione in Ucraina, si veda GARGIULO, *Assemblea generale e mantenimento della pace: riflessioni sull'antica questione dell'ampliamento dei poteri*, cit.

¹⁶ Si vedano, ad esempio, le osservazioni critiche della Cina all'adozione della risoluzione assembleare ES-11/5 sulla raccomandazione agli Stati di istituire un registro internazionale dei danni, in Assemblea generale, 15th plenary meeting del 14 novembre 2022, UN Doc. A/ES-11/PV.15, p. 20. Secondo lo Stato, «the draft resolution seeks to address the issue of international legal responsibility directly through the General Assembly, thereby overstepping the Assembly's authority. [...] The General Assembly is not an international judicial body and therefore has no right to legally define or assign accountability for internationally wrongful acts». Simili osservazioni sono state sollevate dal delegato dell'Eritrea (p. 6), a nome di un gruppo di cc.dd. «likeminded States». Per una condivisibile contro-argomentazione a tali osservazioni, si veda: BARBER, *The Evolving Role of the General Assembly vis-à-vis the Security Council in the Maintenance of Peace*, cit., in particolare p. 324.

¹⁷ *Seventh Report*, cit., par. 101.

responsabilità degli Stati, legandosi inevitabilmente tanto alle attività di accertamento giudiziale della commissione dei più gravi illeciti, tanto alle modalità di attuazione delle conseguenze giuridiche ulteriori di tale accertamento, facenti capo agli Stati terzi.

Quanto al primo profilo, le determinazioni dell'Assemblea generale appaiono destinate ad assumere una duplice rilevanza in sede giurisdizionale.

Per un verso, le risoluzioni di condanna di gravi violazioni di norme imperative da parte dell'Assemblea generale possono svolgere un'utile funzione di impulso agli Stati per l'istituzione di procedure contenziose. Si è osservato in dottrina, ad esempio, che la decisione del Gambia di istituire una procedura contenziosa davanti alla Corte internazionale di giustizia contro il Myanmar è stata rafforzata dalla spinta politica derivante non solo dai risultati della Missione internazionale indipendente di accertamento dei fatti in Myanmar, ma anche dalla risoluzione dell'Assemblea generale del 2018, che, come già osservato, ha offerto sostegno e legittimazione politica a tale accertamento¹⁸.

Per altro verso, le risoluzioni dell'Assemblea generale possono costituire elementi in grado di contribuire al complessivo rafforzamento del quadro probatorio in sede giurisdizionale. Tale prospettiva appare del resto avvalorata dalla stessa Corte internazionale di giustizia nelle sue pronunce più recenti¹⁹. La frequenza e il peso dei riferimenti alle risoluzioni dell'Assemblea generale in alcune procedure contenziose attualmente pendenti davanti alla Corte, quantomeno nella fase cautelare, ne sono testimonianza. Nel caso *Gambia c. Myanmar*, nell'ambito dell'accertamento della plausibilità del diritto invocato dal Gambia in supporto della sua richiesta di misure cautelari, la Corte ha attribuito centrale importanza alla risoluzione 73/262 dell'Assemblea generale, riportando le preoccupazioni ivi espresse circa la possibile commissione del crimine di genocidio in Myanmar²⁰. Nel caso

¹⁸ R. BARBER, *Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms*, in «International and Comparative Law Quarterly», 2022, pp. 1-35, in particolare p. 27; ID., *The Powers of the UN General Assembly to Prevent and Respond to Atrocity Crimes*, Doctoral Thesis, 2022, The University of Queensland, pp. 101-102.

¹⁹ Si veda altresì: M. RAMSDEN, *The Crime of Genocide in General Assembly Resolutions: Legal Foundations and Effects*, in «Human Rights Law Review», 2021, pp. 671-695, in particolare p. 689, sul peso dei riferimenti a precedenti risoluzioni assembleari con valore di determinazione in materia di genocidio nella prassi precedente della Corte internazionale di giustizia.

²⁰ Corte internazionale di giustizia, ordinanza sulle misure cautelari del 23 gennaio 2020, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, ICJ Rep 3, par. 54-55. Sul punto, si veda anche: RAMSDEN, *The Crime of Genocide in General Assembly Resolutions: Legal Foundations and Effects*, cit., pp. 690-691.

Ucraina c. Federazione Russa, la Corte ha similmente «preso nota» della risoluzione ES-11/1 di condanna dell'aggressione russa ai danni dell'Ucraina al fine di confermare la sussistenza del rischio di un pregiudizio irreparabile al diritto affermato dall'Ucraina quale presupposto per l'adozione di misure cautelari²¹. Sempre al fine di accertare il potenziale pregiudizio irreparabile al diritto vantato dagli Stati ricorrenti, in *Canada e Paesi Bassi c. Siria* la Corte ha da ultimo menzionato la risoluzione 77/230 del 15 dicembre 2022, con cui l'Assemblea generale ha condannato le estese e sistematiche violazioni dei diritti umani commesse in Siria, compresi gli atti di tortura²². Non deve invece sorprendere l'assenza di analoghi riferimenti alle risoluzioni assembleari sulla situazione nella striscia di Gaza nelle ordinanze sulle misure cautelari in *Sud Africa c. Israele*, atteso che, come chiarito dalla stessa Corte, le risoluzioni degli organi politici sulla vicenda hanno riguardato aspetti diversi dalla questione del genocidio, che è invece oggetto esclusivo della competenza della Corte²³. Benché il reale valore attribuito dalla Corte alle suddette risoluzioni assembleari resti in qualche misura ancora incerto, non manca in dottrina chi ha ipotizzato che tali riferimenti, nel confermare la coerenza tra posizione della Corte e posizione di una vasta maggioranza di Stati membri, svolgano anche una funzione di legittimazione politica rispetto all'accertamento giurisdizionale della Corte²⁴.

²¹ Corte internazionale di giustizia, ordinanza sulle misure cautelari del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, ICJ Rep 211, par. 76. La rilevanza del riferimento alla risoluzione assembleare nella decisione della Corte è altresì sottolineata in G. NESI, *Immagine e realtà della funzione normativa dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in Gaetano Arangio-Ruiz: *la lezione di una vita. Cos'è e com'è il diritto internazionale* (a cura di G. Palmisano), RomaTrE-Press, Roma, 2023, pp. 73-80, in particolare pp. 79-80.

²² Corte internazionale di giustizia, ordinanza sulle misure cautelari del 16 novembre 2023, *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, ICJ Rep 587, par. 73.

²³ Corte internazionale di giustizia, ordinanza sulle misure cautelari del 26 gennaio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, ICJ Rep 3, par. 14.

²⁴ M. RAMSDEN, *International Justice in the United Nations General Assembly*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2021, p. 122, riprendendo la posizione già espressa da B. SLOAN, *United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World*, Brill, Leiden, 1992, p. 42. Il legame che emerge tra accertamento politico non vincolante dell'Assemblea e successiva conferma in sede giurisdizionale sembra, d'altra parte, richiamare le riflessioni dello stesso Professor Arangio-Ruiz circa la possibilità per gli effetti «materiali» delle dichiarazioni assembleari di acquisire vincolatività attraverso la loro incorporazione in un «act of adjudication», in: G. ARANGIO-RUIZ, *The United Nations*

Quanto al secondo profilo, l'Assemblea generale continua a rappresentare una sede privilegiata per la realizzazione dell'obbligo degli Stati di cooperare per porre fine alle gravi violazioni di norme di importanza fondamentale di cui all'articolo 41 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati. È noto che la natura consuetudinaria dell'obbligo in esame, di recente affermata dalla Commissione del diritto internazionale²⁵, continua a essere oggetto di posizioni divergenti tra gli Stati²⁶. Indipendentemente dall'effettiva cristallizzazione dell'obbligo in esame nel diritto consuetudinario, resta fermo che gli organi delle Nazioni Unite, primo tra tutti l'Assemblea, rappresentano il luogo più naturale ove realizzare il coordinamento degli Stati membri diretto a contrastare la commissione dei più gravi illeciti nel diritto internazionale. Se già nel 2001, nel commentario all'articolo 41, la Commissione indicava gli organi delle Nazioni Unite quali sedi privilegiate per l'attuazione di tale obbligo²⁷, la precisazione della necessità di cooperare attraverso l'Assemblea generale è stata ribadita successivamente dalla Corte internazionale di giustizia, specificamente nei pareri consultivi sul *Muro in Palestina*²⁸ e sulle *Isole Chagos*²⁹. Anche sotto questo profilo, giova

Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 62.

²⁵ Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) with commentaries*, 2022, UN Doc. A/77/10, riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 2022, vol. II, part two, conclusione 19, par. 2.

²⁶ Cfr. Commissione del diritto internazionale, *Peremptory norms of general international law (jus cogens), Comments and observations received from Governments*, 9 marzo 2022, UN Doc. A/CN.4/748, in particolare i commenti di Israele, Regno Unito e Stati Uniti, rispettivamente alle pp. 85-86 e 89-90. Si osservi tuttavia che altri Stati, come Colombia (p. 84), Cipro (p. 85), Italia (p. 86) Giappone (p. 87) e Spagna (p. 88), si sono invece espressi in favore della natura consuetudinaria dell'obbligo di cooperare.

²⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, UN Doc. A/56/10, p. 114, par. 2-3. Secondo la Commissione, «in fact such cooperation, especially in the framework of international organizations, is carried out already in response to the gravest breaches of international law and it is often the only way of providing an effective remedy».

²⁸ Corte internazionale di giustizia, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep 136, par. 159-160. La Corte, dopo aver affermato l'obbligo di tutti gli Stati di non riconoscere la situazione illegale derivante dalla costruzione del muro nei territori occupati, ha poi specificato che «the United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated regime» (corsivo aggiunto).

²⁹ Corte internazionale di giustizia, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal*

ricordare che il ruolo istituzionale degli organi politici delle organizzazioni nel coordinare le reazioni degli Stati terzi a fronte della commissione di un crimine internazionale veniva già valorizzato nelle proposte del Relatore speciale Arangio-Ruiz, il quale postulava il dovere di tutti gli Stati – sia pur condizionato al previo accertamento in sede giurisdizionale da parte della Corte internazionale di giustizia – di, «in so far as possible, coordinate their respective reactions through available international bodies» e di «take part, jointly or individually, in any lawful measures decided or recommended by any international organization of which they are members against the State which has committed or is committing the international crime»³⁰.

3.2. *Innovazioni procedurali: la risoluzione sulla c.d. Veto Initiative*

Se quelle appena illustrate sono alcune delle modalità più tradizionali di compartecipazione dell'Assemblea generale alla risposta della comunità internazionale alla commissione di gravi violazioni di norme imperative, vale la pena osservare che la rivitalizzazione e ridefinizione del ruolo dell'Assemblea va prendendo oggi forme ancor più innovative, che insistono su un fronte 'procedurale', ridisegnando i rapporti istituzionali tra gli organi politici delle Nazioni Unite.

Il 26 aprile 2022, con la risoluzione 76/262 sulla c.d. *Veto Initiative*, l'Assemblea generale ha istituito un sistema di automatica convocazione di un dibattito in plenaria entro dieci giorni dall'esercizio del veto da parte di un membro permanente del Consiglio di sicurezza, chiamando l'Assemblea a discutere della relativa situazione³¹. La risoluzione si rivolge non solo

Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Rep 95, par. 180: afferma l'obbligo di tutti gli Stati membri di cooperare con le Nazioni Unite, e specificamente con l'Assemblea generale, per realizzare le modalità di completamento del processo di decolonizzazione delle Mauritius.

³⁰ *Seventh Report*, cit., par. 140, art. 18(1)(c)-(f).

³¹ Per alcune prime riflessioni sul nuovo meccanismo procedurale dell'Assemblea, si vedano: R. CADIN, *La risoluzione 76/262 dell'Assemblea Generale dell'ONU sulla psicanalisi del potere di veto*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2022, pp. 811-818; M. ARCARI, *The Conflict in Ukraine and the Hurdles of Collective Action*, in «Questions of International Law», 2022, pp. 7-25; G. NESI, *La riforma del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite tra politica e diritto*, in *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie. Pace e sicurezza internazionali, sviluppo sostenibile tutela dei diritti umani*, op. cit., 19-34; R. BARBER, *An Early Assessment of the General Assembly's 2022 Veto Initiative*, in «Global Governance», 2023, pp. 346-366; S. ZAPPALÀ, *Reazioni all'esercizio del potere di veto: recenti tendenze nei rapporti tra Consiglio di sicurezza e Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in «La comunità internazionale», 2024, pp. 185-207.

all'Assemblea, ma anche allo stesso Consiglio di sicurezza, invitandolo a sottoporre all'Assemblea un rapporto speciale sull'uso del veto entro le 72 ore precedenti all'apertura del dibattito in plenaria, in conformità con gli articoli 15, par. 1, e 24, par. 3, della Carta delle Nazioni Unite.

Pur nella sua apparente semplicità, il nuovo meccanismo è stato inteso dagli Stati come strumentale a spingere i membri permanenti a motivare l'esercizio del veto, e più in generale come uno strumento di *accountability* del Consiglio di sicurezza, finalizzato a contrastare l'impiego abusivo del veto, considerato uno dei principali ostacoli all'effettivo funzionamento del sistema ONU e alla sua capacità di rispondere in maniera efficace alla commissione di crimini internazionali. Nelle prime dichiarazioni degli Stati, rese in occasione dell'adozione della risoluzione sulla *Veto Initiative*, in molti hanno ribadito che il potere di veto non deve intendersi come un privilegio, ma che ad esso si associa una responsabilità, e che gli Stati membri riuniti in Assemblea sono titolari di un «interesse legittimo» alla verifica del suo corretto esercizio³².

Il meccanismo istituito dalla risoluzione sulla *Veto Initiative* è senza dubbio una delle innovazioni più interessanti degli ultimi anni dell'Assemblea generale. Benché, anche in questo caso, si tratti di uno strumento che opera in un momento diverso e ancor più remoto rispetto a quello relativo all'accertamento della commissione di un illecito, in questa novità procedurale dell'Assemblea è possibile intravedere una conferma, e per certi versi una risposta, ad alcune delle intuizioni che il Professor Arangio-Ruiz formulava negli anni '90 nella sua attività di Relatore speciale.

In primo luogo, è interessante notare che le motivazioni offerte dagli Stati a supporto dell'introduzione del meccanismo facciano leva sulle stesse caratteristiche dell'Assemblea generale che Arangio-Ruiz già evidenziava quali elementi legittimanti un ruolo attivo dell'organo nella risposta alle gravi violazioni. Il riferimento è, innanzitutto, alle ampie competenze dell'Assemblea, ma anche e soprattutto al suo carattere democratico e rappresentativo dell'intera *membership* delle Nazioni Unite. Se, per Arangio-Ruiz, tali caratteristiche avrebbero astrattamente reso l'Assemblea organo capace di incarnare meglio di qualunque altro l'idea di una comunità internazionale, la natura democratica e rappresentativa dell'organo appaiono oggi elementi che gli Stati membri sono sempre più intenzionati a valorizzare per giustificare un intervento più intenso nella risposta alle gravi violazioni.

³² Assemblea generale, 76th session, 69th plenary meeting del 26 aprile 2022, UN Doc. A/76/PV.69, dichiarazioni dei paesi nordici (p. 17), Turchia (p. 20), Messico (pp. 20-21), Stati Uniti (p. 24), Regno Unito (p. 26), Guatemala (p. 27), Nuova Zelanda (p. 27), Australia (p. 28), Costa Rica (p. 29), Singapore (p. 29), Kuwait (p. 30) e Malta (p. 31).

In questo contesto, la risoluzione sulla *Veto Initiative* è stata accolta dalla gran parte degli Stati come una vittoria del multilateralismo. Intervenendo in Assemblea generale nel primo dibattito annuale sul tema della *Veto Initiative*, il delegato dell'Ecuador ha sottolineato, ad esempio, che la risoluzione ha portata storica proprio in quanto rafforza il ruolo e l'autorità dell'Assemblea, pilastro centrale del multilateralismo e organo inclusivo e democratico per eccellenza³³. I suddetti caratteri dell'Assemblea vengono dunque oggi ripresi e utilizzati nel contesto della *Veto Initiative* per rivendicare la titolarità di una funzione di controllo attiva sull'azione (e sull'inazione) del Consiglio di sicurezza da parte dell'organo assembleare³⁴.

In secondo luogo, il nuovo meccanismo mira a incidere sul profilo della discrezionalità degli organi politici. Per il Professor Arangio-Ruiz, tale elemento, unito alla strutturale mancanza di un onere di motivare le scelte politiche da parte di Assemblea e Consiglio, costituiva un importante ostacolo alla capacità degli stessi di reagire efficacemente e sistematicamente alla commissione di crimini internazionali³⁵. Il Relatore speciale sottolineava il collegamento tra discrezionalità d'azione, particolarmente del Consiglio di sicurezza, e possibile uso arbitrario della stessa, in mancanza di un onere di motivazione e di un successivo meccanismo deputato alla verifica della legittimità dell'azione assunta³⁶.

Il nuovo meccanismo procedurale inaugurato dall'Assemblea è in questo senso da apprezzarsi proprio in quanto si propone di ridurre il margine di discrezionalità di entrambi gli organi politici. Per un verso, la previsione dell'automatica apertura di un dibattito in plenaria conseguente all'apposizione di un veto impone all'Assemblea generale di occuparsi e discutere di tutte le questioni su cui l'attività del Consiglio di sicurezza si è arrestata. Per altro verso, il meccanismo appare funzionale a migliorare, sul lungo periodo, l'intervento del Consiglio di sicurezza, attraverso l'aumento del costo politico per l'uso arbitrario della discrezionalità di cui gode. Si è infatti osservato che l'onere di motivare pubblicamente le scelte assunte da parte degli organi politici costituisce già di per sé una forma

³³ Assemblea generale, *General Assembly Holds First-Ever Debate on Historic Veto Resolution, Adopts Texts on Infrastructure, National Reviews, Council of Europe Cooperation*, press release del 26 aprile 2023, UN Doc. GA/12500.

³⁴ Sulla qualificazione del nuovo strumento quale modalità di rivendicazione di una funzione di controllo politico dell'Assemblea generale sull'azione del Consiglio di sicurezza, sia consentito rinviare a L. DI GIANFRANCESCO, *La funzione di accountability dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite alla luce della risoluzione 76/262 sulla Veto Initiative*, in «La comunità internazionale», 2024, p. 47 ss.

³⁵ *Seventh Report* cit., par. 97.

³⁶ *Ibidem*.

embrionale di *accountability*, operando quale strumento di deterrenza³⁷. Inoltre, la consapevolezza della previsione di una discussione assembleare sulle situazioni oggetto di veto è in grado di fungere da stimolo per gli altri membri del Consiglio di sicurezza, spingendoli a sottoporre a votazione – e, quindi, a pubblica discussione – anche progetti privi di concrete possibilità di approvazione, in tal modo contrastando il fenomeno del ‘veto nascosto’³⁸. L’ipotesi che il nuovo meccanismo possa stimolare un rinnovato interesse politico per gli Stati alla riduzione degli spazi di discrezionalità per l’uso del veto appare confermata da una recente iniziativa politica degli Stati Uniti, che si sono pubblicamente impegnati al rispetto di ‘sei chiari principi per il comportamento responsabile dei membri del Consiglio di sicurezza’, tra cui spicca quello ad astenersi dall’uso del veto se non in rare e straordinarie circostanze³⁹.

Il nuovo meccanismo procedurale dell’Assemblea sembra altresì muoversi nella stessa direzione intrapresa dalla Commissione del diritto internazionale, che nel commentario al Progetto di conclusioni sulle norme imperative del 2022 ha evidenziato la sussistenza di un collegamento diretto tra l’obbligo degli Stati di cooperare per porre fine alla commissione di gravi illeciti di cui all’art. 41 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati e la necessità di ridurre gli spazi di discrezionalità degli organi politici delle Nazioni Unite. Secondo la Commissione, infatti, quando gli Stati cooperano per porre fine alle gravi violazioni attraverso l’azione delle organizzazioni internazionali, il relativo obbligo si innesta sulla discrezionalità dell’azione dell’organizzazione, imponendo agli Stati membri di agire in modo da assicurare che tale discrezionalità sia esercitata in maniera conforme a tale obiettivo⁴⁰. In questo

³⁷ A. PETERS, *The War in Ukraine and the Curtailment of the Veto in the Security Council*, in «Revue européenne», 2023, pp. 87-93.

³⁸ R. BARBER, *The U.N. General Assembly's Veto Initiative Turns One. Is It Working?*, in «Just Security», 26 aprile 2023, disponibile all’indirizzo: <https://www.justsecurity.org/86140/the-u-n-general-assemblys-veto-initiative-turns-one-is-it-working/>.

³⁹ L. THOMAS-GREENFIELD, *Remarks by Ambassador Linda Thomas-Greenfield on the Future of the United Nations*, San Francisco, 8 settembre 2022. È noto, tuttavia, che gli Stati Uniti hanno esercitato il potere di veto in modo significativo in relazione alla situazione nella striscia di Gaza, ostacolando in due occasioni la capacità del Consiglio di sicurezza di richiedere pause umanitarie e un immediato cessate il fuoco alle parti del conflitto. Per le argomentazioni offerte dallo Stato a giustificazione del veto, si veda Consiglio di sicurezza, 9442nd meeting del 18 ottobre 2023, UN Doc. S/PV.9442, pp. 4-5; Consiglio di sicurezza, 9499th meeting dell’8 dicembre 2023, UN Doc. S/PV.9499, pp. 4-5.

⁴⁰ Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) with commentaries*, cit., par. 11, ove la Commissione specifica che «where an international organization has the discretion to act, the obligation to cooperate imposes a duty on

senso, la spinta dell'Assemblea generale a ridurre gli spazi di discrezionalità e a insistere affinché i membri permanenti del Consiglio di sicurezza giustificino, motivandole, le proprie scelte, può essere considerato uno dei tentativi più diretti di rispondere alle difficoltà strutturali della reazione istituzionalizzata alle gravi violazioni.

Nonostante il nuovo strumento procedurale abbia già trovato numerose applicazioni nel corso dei suoi quasi due anni di operatività⁴¹, è forse ancora presto per comprendere appieno quale impatto è destinato ad avere nel lungo periodo nel perseguimento di questo obiettivo. Ciononostante, l'impressione è che l'attuale fase di crisi istituzionale rappresenti anche un'occasione fondamentale per rivitalizzare il ruolo dell'Assemblea generale, immaginando nuovi strumenti per mettere l'organo al servizio di una più intensa cooperazione tra gli Stati nella reazione ai più gravi illeciti.

4. *Cenni conclusivi*

L'osservazione degli sviluppi più recenti della prassi, particolarmente del ruolo che l'Assemblea generale si è ritagliata in ordine alla reazione ai più gravi illeciti nel diritto internazionale, permette di osservare come le intuizioni del Professor Arangio-Ruiz, elaborate quasi trenta anni fa nel suo ruolo di Relatore speciale sulla responsabilità degli Stati, possano offrire una utile e ancora attuale chiave di lettura per esaminare la realtà odierna.

A fronte della nuova crisi istituzionale del Consiglio di sicurezza, recentemente tornato a versare in una condizione di paralisi determinata dall'uso dei veti incrociati e, più in generale, incapace di reagire prontamente ed efficacemente alla commissione di gravi violazioni, l'Assemblea generale appare oggi pronta a riscoprire le potenzialità del suo ruolo di organo politico dotato di ampie competenze e a qualificarsi come attore protagonista della

the members of that international organization to act with a view to the organization exercising that discretion in a manner to bring to an end the breach of a peremptory norm of general international law». Nella nota 257, la Commissione espressamente ricollega tali osservazioni alla responsabilità dei membri permanenti del Consiglio di sicurezza di astenersi dall'uso del veto ove l'azione del Consiglio sia tesa a reagire a gravi violazioni di norme imperative. In tale direzione vanno anche le osservazioni di alcuni Stati, ad esempio il Giappone, in Commissione del diritto internazionale, *Peremptory norms of general international law (jus cogens), Comments and observations received from Governments*, cit., p. 87.

⁴¹ Per una valutazione delle sue prime applicazioni, si veda: BARBER, *An Early Assessment of the General Assembly's 2022 Veto Initiative*, cit.

risposta istituzionale alla commissione dei più gravi illeciti.

La sua azione innovativa, tanto sul piano della risposta sostanziale agli illeciti, quanto su quello della ridefinizione dei rapporti istituzionali con gli altri organi – in particolare con il Consiglio di sicurezza – dimostrano una chiara intenzione dell'Assemblea di partecipare attivamente all'accertamento e alla reazione ai crimini internazionali, attribuendosi un ruolo effettivamente complementare a quello degli altri organi principali delle Nazioni Unite. Nel farlo, sia pur con modalità necessariamente diverse da quelle prospettate nell'ambizioso progetto del Relatore speciale, l'Assemblea si riallaccia all'intuizione fondamentale alla base del sistema istituzionale di risposta alle gravi violazioni ipotizzato da Arangio-Ruiz, e in particolare all'idea che una reazione efficace richiede un sistema istituzionale forte e coordinato, fondato sull'interazione delle competenze dei suoi organi principali e sulla complementarità della loro azione.

Marta Sabino

Nuove tendenze in materia di equa soddisfazione per gravi violazioni dei diritti umani: verso il riconoscimento dei punitive damages?

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il progetto di articoli del 2001 della Commissione del Diritto Internazionale in materia di responsabilità internazionale dello Stato e il (mancato) riconoscimento dei *punitive damages* tra le forme di riparazione dell'illecito internazionale – 3. Il possibile riconoscimento di *punitive damages* come forma di equa soddisfazione per gravi violazioni dei diritti umani: la posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte Interamericana dei diritti umani – 4. *Punitive damages* e gravi violazioni dei diritti umani tra apparenza e realtà – 5. Verso il riconoscimento dei *punitive damages* a fronte di gravi violazioni dei diritti umani? Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La possibilità di ricorrere ai *punitive damages* a seguito dell'accertamento di un illecito internazionale è, ad oggi, un'ipotesi tutt'altro che pacifica in dottrina¹, essendo i danni punitivi un istituto tendenzialmente estraneo al diritto internazionale generale².

Tuttavia, in tempi più recenti ha iniziato a farsi strada l'idea di poter declinare anche in chiave punitiva e/o di deterrenza l'obbligo di riparazione dei danni derivanti da illeciti internazionali di particolare gravità e, più

¹ D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*³, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 419-420; S. WITTICH, *Punitive Damages*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Ollenson), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 668; N.H. B. JØRGENSEN, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 206.

² WITTICH, *Compensation*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL], 2008, par. 44. «In international law there is no authority and little justification for punitive damages. In particular, given the fact that in international law damages are purely compensatory and hence may only be awarded for reparative purposes, punitive damages are generally rejected».

nello specifico, da gravi violazioni dei diritti umani, così aprendo uno spiraglio verso il possibile riconoscimento dei danni punitivi nel diritto internazionale.

Prima di entrare nel merito della questione, appare tuttavia opportuno svolgere due premesse, l'una di tipo *terminologico*, l'altra di tipo *metodologico*. Quanto alla prima, stante l'assenza di una definizione univoca e generalmente accettata di danni punitivi nel diritto internazionale, nel prosieguo si farà riferimento ai *punitive damages* come sinonimo di *exemplary damages* nella definizione che è accolta all'interno degli ordinamenti giuridici di *common law*³ che fanno ricorso a tale istituto, ossia come condanna al pagamento di una somma di denaro non parametrata all'effettiva entità del pregiudizio – materiale e morale – subito dalla vittima, bensì con una finalità punitiva e/o di deterrenza indirizzata nei confronti dell'autore dell'illecito. Lungi dal voler operare una trasposizione sul piano internazionale di un istituto di diritto interno (il che rappresenterebbe un'operazione certamente azzardata), il riferimento in questo contesto alla definizione di danni punitivi offerta dai sistemi di *common law* risponde a un'esigenza pragmatica di sistematicità e chiarezza espositiva, risultando altrimenti ardua ogni qualsivoglia indagine su tale argomento⁴.

Pertanto, si terranno distinti i *punitive damages* sia dai *compensatory (substantial) damages*, ovvero i danni corrisposti al solo fine di compensare la vittima del pregiudizio conseguente l'illecito, sia dagli *aggravated damages*, i quali, basandosi su una *ratio* sostanzialmente compensativa, sono nondimeno corrisposti – al ricorrere di determinate circostanze – in un ammontare superiore a quanto sarebbe strettamente necessario per riparare l'illecito.

Quanto, invece, alla seconda premessa, essa riguarda l'ambito di analisi preso in considerazione per valutare l'eventuale riconoscimento dei *punitive damages* a fronte di gravi violazioni dei diritti umani. A tal proposito, il richiamo all'*equa soddisfazione* è motivato in ragione del fatto che si farà riferimento, in primo luogo, alla giurisprudenza della Corte Europea in

³ Occorre precisare, tuttavia, che anche al di fuori dei sistemi di *common law* è possibile riscontrare esempi di altri ordinamenti nazionali – *inter alia*, Brasile, Filippine ed Etiopia – nei quali è ammesso il ricorso ai danni punitivi, sebbene denominati in modo di volta in volta differente (es. *corrective damages*, *exemplary damages*).

⁴ A riprova dell'opportunità di tale approccio, si sottolinea che gli stessi *Special Rapporteur* susseguitisi nel lavoro di codificazione della responsabilità internazionale hanno preso spesso in considerazione anche i danni punitivi (così come definiti nei sistemi di *common law*) come parametro per determinare la natura e le finalità delle forme di riparazione nel diritto internazionale.

merito all'art. 41 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), relativo – per l'appunto – alla *just satisfaction*. Parallelamente, verrà poi richiamata anche la giurisprudenza della Corte Interamericana relativa all'art. 63 (1) della Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADU) in materia di *fair compensation*, per cercare di evidenziare se vi siano o meno delle analogie fra le posizioni rispettivamente assunte da tali organi di controllo. Il *focus* limitato a queste Corti regionali con esclusione, invece, della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, è motivato dal fatto che proprio la loro recente prassi rivelerebbe una tendenza verso il riconoscimento dell'equa soddisfazione in forme e con finalità che vanno oltre quanto previsto in materia di riparazione nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per illeciti internazionali (ARSIWA)⁵, così sollevando dubbi in dottrina – e finanche fra gli stessi giudici che siedono all'interno delle Corti citate – circa la possibilità di configurare danni *de facto* punitivi in conseguenza dell'accertamento di gravi violazioni dei diritti umani⁶.

Ciò premesso, e tornando adesso alle criticità legate al riconoscimento di danni punitivi nel diritto internazionale, occorre anzitutto ricordare che, oltre all'obbligo di cessazione e di non ripetizione⁷ della condotta illecita, l'ulteriore conseguenza della responsabilità dello Stato per la violazione di un obbligo internazionale consiste nel dovere di riparazione del pregiudizio causato dall'autore dell'illecito⁸. Tale riparazione, come precisato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale già a partire dal noto caso *Factory at Chorzów*, dovrebbe tradursi in una forma rimediale avente una finalità esclusivamente compensativa e non anche punitiva, essendo infatti preordinata a «wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed»⁹.

Le motivazioni alla base dell'atteggiamento 'ostico' da parte della comunità internazionale verso il riconoscimento dei danni punitivi sono molteplici e possono essere così riassunte: in primo luogo, come anticipato, i

⁵ International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session*, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, A/56/10 (2001).

⁶ SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*³, cit., p. 410.

⁷ International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., art. 30.

⁸ *Ivi*, art. 31.

⁹ Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzów* (Germany v Poland), Claim for Indemnity [Merits], Judgment No. 13 (1928) PCIJ Series A No. 17, 47.

rimedi previsti dal diritto internazionale generale a seguito dell'accertamento della violazione di un obbligo internazionale (a prescindere dal contenuto materiale di tale obbligo) hanno funzione compensativa, ovvero risultano finalizzati a indennizzare la vittima del pregiudizio – sia materiale, sia morale – subito, rimanendo invece estranea ogni logica retributiva e/o punitiva. In secondo luogo, trattandosi di un rimedio di natura sostanzialmente penale (stante la finalità intrinsecamente punitiva), il relativo riconoscimento da parte del diritto internazionale rischierebbe di violare il principio di sovrana eguaglianza fra gli Stati¹⁰. Infine, l'adozione di misure di fatto assimilabili a delle pene richiederebbe la previsione a monte di un apparato giudiziario dotato di giurisdizione obbligatoria, il che risulta incompatibile con il diritto internazionale e, in particolare, con la natura arbitrale della funzione giurisdizionale internazionale.

A ciò si aggiunga, poi, la scarsa chiarezza da un punto di vista terminologico circa il significato da attribuire ai *punitive damages* che, certamente, non ha agevolato l'adozione di un approccio chiaro e univoco da parte della dottrina e della giurisprudenza internazionale. Invero, non sono mancati riferimenti al concetto di danni punitivi laddove, invece, le circostanze del singolo caso lasciavano presumere si trattasse più propriamente di danni solo compensativi o, tutt'al più, aggravati. Ad esempio, in relazione al risalente caso *I'm Alone* – generalmente citato a favore del riconoscimento dei danni punitivi nel diritto internazionale –, è stato rilevato come la *ratio* sottesa alla condanna al risarcimento dei danni in quel caso fosse, a ben vedere, compensativa, pur essendo stato il risarcimento parametrato al pregiudizio 'morale' sofferto dal Canada anziché al valore economico della nave affondata e del relativo carico¹¹.

¹⁰ Peraltro, è proprio lo sconfinamento nella materia penale ad aver sempre ostacolato il riconoscimento di tale istituto all'interno degli ordinamenti di *civil law* laddove, invece, il ricorso ai danni punitivi è ben accolto negli ordinamenti di *common law*.

¹¹ USA-Canada Claim Commission, "*I'm Alone*" Case (1949) 3 RIAA, par. 1609 «The act of sinking the ship, however, by officers of the United States Coast Guard, was, as we have already indicated, an unlawful act; and the Commissioners consider that the United States ought formally to acknowledge its illegality, and to apologize to His Majesty's Canadian Government therefor; and, further, that as a material amend in respect of the wrong the United States should pay the sum of \$25,000 to His Majesty's Canadian Government; and they recommend accordingly».

2. *Il progetto di articoli del 2001 della Commissione del Diritto Internazionale in materia di responsabilità internazionale dello Stato e il (mancato) riconoscimento dei punitive damages tra le forme di riparazione dell'illecito internazionale*

Per quanto riguarda il lavoro di codificazione della responsabilità internazionale svolto dalla Commissione del Diritto internazionale (CDI), occorre rilevare che, sebbene nella versione finale del Progetto di articoli del 2001 non figurino i *punitive damages*, tale concetto non è stato del tutto estraneo all'ambito di analisi della CDI sotto la guida dei diversi *Special Rapporteur* che si sono susseguiti nel lungo periodo di gestazione del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale.

Già il primo *Special Rapporteur*, García Amador, aveva ipotizzato che i danni punitivi potessero rappresentare una forma legittima di riparazione, facendo leva sul fatto che quest'ultima «may not be concerned strictly with restoring the *status quo ante* or making compensation for the damage caused»¹². Nel sostenere tale posizione, García Amador si rifaceva all'idea di Anzillotti, secondo il quale in tutte le forme rimediali «si ritrova un elemento soddisfacitorio e uno riparatorio, l'idea della repressione del torto e quella della riparazione del male sofferto; ciò che varia è, piuttosto, la proporzione fra quei due elementi»¹³.

Partendo dal presupposto – in realtà, tutt'altro che pacifico – che la prassi dei tribunali arbitrali per azioni intraprese nel contesto della protezione diplomatica disvelasse un ricorso implicito ai danni punitivi¹⁴, García Amador riteneva che la questione principale da chiarire fosse la seguente: se una forma di riparazione che «is intended to be, and hence is, in fact, punitive» potesse essere considerata come una *pena* applicabile nei confronti di uno Stato¹⁵.

¹² F.V. GARCÍA AMADOR, *International responsibility: report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur*, in *ILC Yearbook* (1956), Vol. II, A/CN.4/96, par. 201 «Because reparation may not be concerned strictly with restoring the status quo ante or making compensation for the damage caused, it has been said that international practice has recognized the notion of “punitive”, “vindictive” or “exemplary” damages».

¹³ D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*³, Vol. 1 – Introduzione e Teoria Generale, Cedam, Padova, 1928, p. 464.

¹⁴ B. JØRGENSEN, *The Responsibility of States for International Crimes*, cit., p. 188-91.

¹⁵ F.V. GARCÍA AMADOR, *International responsibility: report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur*, cit., par. 205 «It is certainly a complex question how reparation in the cases mentioned above should be viewed in law; the traditional view of responsibility, and in particular of the function performed by reparation measures, is of little help in the quest for an answer. For it is not enough to inquire simply whether international diplomatic

Successivamente, benché nei lavori coordinati dallo *Special Rapporteur* Ago fosse stato introdotto nel Progetto di articoli il concetto di *crimini internazionali* per designare quegli illeciti di particolare gravità riguardanti la violazione di obblighi *erga omnes*¹⁶ (rispetto ai quali sarebbe stato legittimo prospettare l'ipotesi di una risposta astrattamente 'sanzionatoria', derivante da uno sconfinamento nella materia penale), non venne fatto nessun richiamo all'ipotesi dei danni punitivi come forma di riparazione dei gravi illeciti internazionali.

Parimenti, anche sotto la guida dello *Special Rapporteur* Riphagen le forme di riparazione vennero intese in termini strettamente compensativi; piuttosto, evidenziando le difficoltà nel trarre una linea di demarcazione fra i concetti di *reparation* e *penalty*¹⁷, e ponendo altresì l'attenzione sui danni morali (certamente più difficili da quantificare rispetto ai danni materiali), ci si domandava se la riparazione di tali danni attraverso una compensazione monetaria disvelasse o meno un intento punitivo¹⁸.

Di danni punitivi si è, però, tornati a parlare nel momento in cui il testimone è passato allo *Special Rapporteur* Arangio-Ruiz. Invero, dopo aver ricostruito i due orientamenti allora riscontrabili in dottrina circa la natura – punitiva o meramente compensativa – della soddisfazione quale forma di riparazione più adatta a fronteggiare i danni non patrimoniali¹⁹, Arangio-

or judicial practice, or both, have admitted the idea of "punitive damages", that is, the idea of reparation as a penalty and intended as a punishment [...] The really crucial question now is whether or not this type of reparation should continue to be considered as a penalty directly or indirectly applicable to the State».

¹⁶ R. AGO, *Second report on State responsibility – the origin of international responsibility*, in *ILC Yearbook* (1970), Vol. II, A/CN.4/233, par. 23.

¹⁷ W. RIPHAGEN, *Second report on the content, forms and degrees of international responsibility (Part two of the draft articles)*, in *ILC Yearbook* (1981), Vol. II (1), A/CN.4/344, par. 67 ss.

¹⁸ *Ivi*, par. 84 « [...] it is understandable that controversy exists between learned writers, for example, as to whether pecuniary compensation for moral damage has or has not a punitive character. Actually, in all cases where, somehow or other, a pecuniary compensation is awarded as a counterpart of an irreparable loss, the obvious incomparability between the receipt of a sum of money and the loss suffered invites an analogy with a "penalty". Nevertheless, in many national legal systems such pecuniary compensation is awarded under the title of damages, rather than under any other title».

¹⁹ G. ARANGIO-RUIZ, *Second report on State responsibility*, in *ILC Yearbook* (1989), Vol. II (1), A/CN.4/SER.A/1989/Add. 1, par. 108 «A crucial question is whether satisfaction is punitive or afflictive, or compensatory in nature. Satisfaction is considered to be purely reparatory in the sense that it should have no consequence beyond what in internal law is generally provided for as a consequence of a civil tort) by Ripert, Bissonnette, Cheng, and Jiménez de Aréchaga. An afflictive nature of satisfaction (together with punitive damage) appears to be recognized instead by Bluntschli, Anzilotti, Eagleton, Lauterpacht,

Ruiz concludeva favorevolmente circa la configurabilità dei *punitive damages* come forma di soddisfazione, partendo dal presupposto che quest'ultima avesse in realtà una finalità intrinsecamente afflittiva. Fra le varie forme di soddisfazione note nella prassi dell'epoca (*inter alia*: scuse in forma pubblica, assicurazioni diplomatiche e altre forme di garanzia di non ripetizione), una forma di *punitive damages* poteva riscontrarsi anche laddove venisse corrisposta una somma di denaro in misura maggiore al pregiudizio effettivamente subito²⁰.

In una prospettiva *de lege ferenda*, Arangio-Ruiz auspicava dunque la possibilità di ricorrere ai danni punitivi nel caso di delitti di particolare gravità, potendo così adattare la risposta rimediale alla gravità della condotta posta in essere, e sottolineando altresì come un siffatto approccio potesse avere degli effetti positivi sul piano delle relazioni internazionali²¹.

In tal senso, veniva posta particolare enfasi su un elemento fino ad allora per lo più trascurato, ovvero «the degree of fault in a broad sense, namely the various conceivable nuances of *dolus* and *culpa* which are bound to become relevant at some point»²², così dando rilevanza anche a un eventuale elemento 'psicologico' insito nella commissione di un illecito internazionale.

Consequentemente, il testo per la prima lettura dell'articolo 45 (2) (c) prevedeva, quale forma di soddisfazione in caso di gravi violazioni del diritto internazionale, il pagamento di una somma di denaro «reflecting the gravity of the infringement»²³. Tuttavia, la scelta di eliminare ogni riferimento

Personna, Garcia Amador and Morelli. It was denied recently – together with the satisfaction to be a form of reparation indistinguishable autonomy of the remedy – by Dominice, who believes satisfaction to be a form of reparation indistinguishable from restitutio in integrum and pecuniary compensation».

²⁰ *Ivi*, par. 139 «As clearly revealed by jurisprudence and diplomatic practice (and indicated by doctrine), satisfaction takes on forms which are all typical of and, in a sense, specific to international relations. These are, in particular: apologies, with the implicit admission of responsibility and the disapproval of and regret for what has occurred; punishment of the responsible individuals; a statement of the unlawfulness of the act by an international body, either political or judicial; assurances or safeguards against repetition of the wrongful act; payment of a sum of money not in proportion to the size of the material loss. This latter form of satisfaction is obviously equivalent, in the opinion of the Special Rapporteur, to the payment to the offended State of what a part of the doctrine, using a well-known common-law concept, refers to as “punitive damages”».

²¹ *Ivi*, par. 145.

²² *Ibid.*

²³ International Law Commission, *Draft Articles on State Responsibility with commentaries, adopted by the International Law Commission on first reading*, in *Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth session*, 6 May-26 July 1996, UN GAOR 51st Session, Supp. No. 10, A/51/10 and Corr. 1, pp. 125-151). Nel commentario viene,

esplicito agli *exemplary damages* – quale sinonimo di *punitive damages*, ovvero dei danni «on an increased scale awarded to the injured party over and above the actual loss» e la cui finalità sarebbe stata «to set an example» nei confronti non solo dello Stato autore dell'illecito, ma anche di tutti gli altri Stati – veniva motivata in ragione del fatto che a tale espressione non corrispondevano degli equivalenti nelle lingue diverse dall'inglese, andando dunque incontro ad alcune criticità da un punto di vista interpretativo²⁴.

Ad ogni modo, stante il riferimento ai danni 'maggiorati' rispetto all'entità effettiva del pregiudizio sofferto, è lecito domandarsi se, nella proposta di Arangio-Ruiz, il riferimento fosse ai *punitive damages stricto sensu* o se, piuttosto, a venire in rilievo fosse una forma di *aggravated damages*; di contro, però, il richiamo ai concetti di dolo e colpa non porterebbe a escludere *tout court* la sussistenza di una finalità punitiva da esercitare nei confronti dello Stato autore dell'illecito.

Sotto la guida dello *Special Rapporteur* Crawford, infine, vi fu la proposta di prevedere, oltre a una forma di danni aggravati, parametrati in base alla gravità dell'illecito posto in essere, anche dei veri e propri danni punitivi nel caso di gravi violazioni di obblighi *erga omnes*. Secondo Crawford, mentre era indiscusso che la responsabilità internazionale potesse essere invocata da ciascuno Stato laddove si contestasse la violazione di un obbligo assunto nei confronti dell'interna comunità internazionale, occorreva anche verificare «whether penalties or punitive damages can be provided for at least in the

peraltro, evidenziato che «Such damages are of an exceptional nature as indicated by the phrase “in cases of gross infringement of the rights of the injured State”. They are given to the injured party over and above the actual loss, when the wrong done was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud or wicked conduct on the part of the wrong-doing party» (par. 11).

²⁴ Drafting committee, *Report of the 2288th meeting on State responsibility (A/CN.4/440 and Add.1,1 A/CN.4/444 and Add.1-3,2 A/CN.4/L.469, sect. F, A/CN.4/L.472, A/CN.4/L.478 and Corr.1 and Add. 1-3, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.1 and 4)*, in *ILC Yearbook* (1992), Vol. I (1), A/CN.4/SER.A/1992, par. 57 «[...] Subparagraph (c) dealt with what was known in common law as “exemplary damages”, in other words, damages on an increased scale awarded to the injured party over and above the actual loss, where the wrong done was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud or wicked conduct on the part of the wrongdoing party. The purpose of that type of remedy was to set an example. The Drafting Committee had not used the term “exemplary damages” because the term did not seem to have an equivalent in other languages. It had decided instead to spell out the content of the concept. The commentary would explain that subparagraph (c) was intended to express the meaning of “exemplary damages”. Again, in the Committee’s view, it was a form of satisfaction that was available only in special cases. The words “in cases of gross infringement” was intended to convey that idea by setting a high threshold for availability of that type of satisfaction».

case of gross or egregious breaches. If the answer is no, then in this field the draft articles can have only a limited scope, and the development of the secondary consequences by way of penalties for gross breaches will have to be left to the future»²⁵.

Tuttavia, come noto, nella versione finale Progetto di articoli del 2001 adottato dalla CDI in seconda lettura non è stato mantenuto alcun esplicito riferimento agli *aggravated damages* (né, tantomeno, ai *punitive damages*), posto che la riparazione dell'illecito internazionale – declinata nelle forme della restituzione, compensazione e soddisfazione – è costruita attorno a una logica squisitamente compensativa²⁶. A conferma di ciò, il commentario del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità dello Stato per illeciti internazionali prevede, relativamente all'articolo 36 sulla *compensation*, che «the function of article 36 is purely compensatory [...] It is not concerned to punish the responsible State, nor does compensation have an expressive or exemplary character»²⁷. Parimenti, in relazione all'articolo 37 sulla *satisfaction*, viene chiarito che «excessive demands made under the guise of “satisfaction” in the past suggest the need to impose some limit on the measures that can be sought by way of satisfaction to prevent abuses, inconsistent with the principle of the equality of States. In particular, satisfaction is not intended to be punitive in character, nor does it include punitive damages»²⁸.

Ciò premesso, uno spiraglio per un eventuale riconoscimento dei *punitive damages* (o, quantomeno, degli *aggravated damages*) potrebbe essere individuato nell'attuale formulazione dell'art. 41 del Progetto di articoli del 2001 relativo alle conseguenze di una grave violazione di una norma imperativa (dunque, di una norma che prevede obblighi *erga omnes*, mentre non può ritenersi sempre valido il contrario²⁹). Nel terzo ed ultimo

²⁵ J. CRAWFORD, *Third report on State responsibility* (2000), A/CN.4/507, par. 380.

²⁶ La scelta di escludere qualsivoglia riferimento non soltanto ai *punitive damages*, ma anche agli *aggravated damages* sarebbe stata condizionata dal fatto che molti governi riscontrassero una sostanziale equivalenza fra tali tipologie di danni, nonostante le evidenti divergenze da un punto di vista delle finalità perseguite. Tale circostanza, peraltro, dimostrerebbe ancora una volta come la scarsa chiarezza terminologica e la mancanza di un comune intendimento circa il significato da riconoscere ai danni punitivi abbia rappresentato un ostacolo al loro riconoscimento nel diritto internazionale.

²⁷ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session – Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, cit., art. 36, par. 4.

²⁸ *Ivi*, art. 37, par. 8.

²⁹ F. FORREST MARTIN, *Delineating a Hierarchy Outline of International Law Sources and Norms*, in «Saskatchewan Law Review», 2002, p. 353.

comma di tale disposizione, infatti, viene specificato che «This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law». Ebbene, proprio il riferimento alle *further consequences* che potrebbero essere previste a fronte di gravi violazioni del diritto internazionale lascerebbe aperto uno spiraglio per l'eventuale riconoscimento di misure rimediali aventi una finalità punitiva.

Tuttavia, attingendo ancora una volta al Commentario relativo al Capitolo III del Progetto di articoli della Commissione del Diritto Internazionale del 2001 occorre prendere atto che «There has been no development of penal consequences for States of breaches of these fundamental norms. For example, the award of punitive damages is not recognized in international law even in relation to serious breaches of obligations arising under peremptory norms. In accordance with article 34, the function of damages is essentially compensatory»³⁰.

Pertanto, se si considera il regime generale di responsabilità cristallizzato nel Progetto di articoli della Commissione del Diritto Internazionale del 2001 e, in particolare, le conseguenze derivanti dall'accertamento di un illecito internazionale ivi previste, sembrerebbe doversi concludere che non vi sia spazio alcuno nel diritto internazionale per il riconoscimento dei *punitive damages*. D'altra parte, lo stesso *Special Rapporteur* Crawford aveva affermato – oltre dieci anni dopo l'adozione della versione finale Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale – che «the idea of punitive damages under international law is currently unsustainable»³¹.

3. Il possibile riconoscimento di punitive damages come forma di equa soddisfazione per gravi violazioni dei diritti umani: la posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte Interamericana dei diritti umani

Sebbene, per le ragioni suesposte, eventuali opinioni favorevoli all'adozione di misure rimediali aventi una matrice punitiva dovrebbero essere *tout court* disattese, proprio la recente prassi delle corti regionali dei diritti umani in materia di equa soddisfazione ha riaperto il dibattito sul

³⁰ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session – Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, cit., art. 41, par. 5.

³¹ CRAWFORD, *State Responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 526.

possibile riconoscimento dei *punitive damages* a fronte dell'accertamento di (gravi) violazioni dei diritti umani.

In particolare, ciò che è stato evidenziato in dottrina è una sorta di 'contraddittorietà' fra le posizioni formalmente assunte tanto dalla Corte Europea, quanto dalla Corte Interamericana in relazione al riconoscimento di danni punitivi a titolo di equa soddisfazione, e le pronunce effettivamente rese rispettivamente *ex art. 41 CEDU* ed *ex 63 CADU*, avendo riguardo sia all'*an*, sia al *quantum* della riparazione³².

Anzitutto, nella giurisprudenza di entrambe le Corti è possibile rinvenire una costante posizione contraria a qualsivoglia richiesta di danni che contenga un esplicito richiamo alla sottesa finalità punitiva, di deterrenza *et similia*³³.

Per quanto riguarda la Corte Europea, è innegabile che, in tempi recenti, il concetto di *just satisfaction* sia stato inteso in maniera più elastica, ampliando il novero delle misure di riparazione imponibili allo Stato da parte dell'organo giurisdizionale³⁴. Mantenendo, però, un 'granitico' rifiuto delle richieste di equa soddisfazione declinata in forma di *punitive damages*, la Corte ha evidenziato che «it considers there to be little, if any, scope under the Convention for directing governments to pay penalties to applicants which are unconnected with damage shown to be actually incurred in respect of past violations of the Convention; in so far as such sums would purport to compensate for future suffering of the applicants, this would be speculative in the extreme»³⁵. Per altro verso, talvolta tale posizione è stata

³² Si vedano, *inter alia*, P. DE ALBUQUERQUE, A. VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, in *The European Convention and General International Law* (a cura di A. Van Aaken, J. Motoc), Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 230-248; SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*³, cit., p. 402 ss.; A. SOLOMOU, *The contribution of the European Court of human rights and the Inter-American Court of human rights to the emergence of a customary international rule of just satisfaction and the creative expansion of its scope*, in «Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos», 2014, pp. 11, 24-25.

³³ Nel contesto CEDU, la prima richiesta di *punitive damages* (definiti come '*special damages*') risale al caso *Silver and others v. United Kingdom (article 50)*, Ricorsi nn. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Sentenza del 24 ottobre 1983.

³⁴ G. BARTOLINI, *Riparazione per Violazione dei Diritti Umani e Ordinamento Internazionale*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 143-144.

³⁵ European Court of Human Rights [GC], *Varnava and others v. Turkey*, Ricorsi nn. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 e 16073/90, Sentenza del 18 Settembre 2009, par. 223. Precedentemente al caso *Varnava*, si vedano anche: *Wainwright v. The United Kingdom*, Ricorso n. 12350/04, Sentenza del 26 settembre 2006, par. 60; *B.B. v. The United Kingdom*, Ricorso n. 53760/00, Sentenza

parzialmente attenuata, motivando il rigetto della richiesta di danni punitivi non in via generale, bensì in relazione alle circostanze del caso in esame³⁶.

Ad ogni modo, nell'ultima versione delle *Practice Directions on Just Satisfaction* viene ribadito che, non potendo una pronuncia *ex art.* 41 CEDU essere finalizzata a 'punire' lo Stato responsabile della violazione posta in essere, «the Court has therefore considered it inappropriate to accept claims for damages with labels such as “punitive”, “aggravated” or “exemplary”; nor does the Court make symbolic awards»³⁷.

Parimenti, la Corte Interamericana ha costantemente interpretato il concetto di *fair compensation* come forma di riparazione avente una matrice esclusivamente compensativa e non punitiva³⁸, anche laddove fossero state accertate delle gravi violazioni dei diritti umani. Anzi, spingendosi oltre il contesto della Convenzione Americana e, più in generale, del diritto internazionale dei diritti umani, la Corte ha affermato che «Although some domestic courts, particularly the Anglo-American, award damages in amounts meant to deter or to serve as an example, this principle is not applicable in international law at this time»³⁹, così escludendo il riconoscimento dei danni punitivi anche nel diritto internazionale generale.

Peraltro, occorre sempre tenere a mente che, tanto nel contesto CEDU, quanto in quello CADU, il riconoscimento di un'equa soddisfazione⁴⁰ a favore della vittima è previsto solo in via eventuale, ben potendo le Corti

del 10 febbraio 2004, par. 36; *Akdivar and others v. Turkey (Article 50)*, Ricorso n. 21893/93, Sentenza del 01.04.1998, par. 38.

³⁶ European Court of Human Rights, *Ludischer v. Austria*, Ricorso n. 35019/97, Sentenza del 20 dicembre 2001, par. 30 «the Court finds no basis, in the circumstances of the present cases, for accepting the applicant's claim for punitive damages».

³⁷ Registry of the European Court of Human Rights, *Rules of Court – Practices direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007 and amended on 9 June 2022* (ultima versione aggiornata al 22 gennaio 2024), p. 67, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_eng>. Peraltro, occorre rilevare che nelle versioni più recenti delle *Practice direction* è scomparso l'inciso «until now» in relazione alla mancata accettazione da parte della Corte di richieste danni punitivi, esemplari, aggravati ecc., come a voler evidenziare una posizione di netto rifiuto verso qualsivoglia declinazione dell'equa soddisfazione in chiave punitiva.

³⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (Reparations and Costs), Sentenza del 21 luglio 1989, par. 38 «The expression “fair compensation”, used in Article 63 (1) of the Convention to refer to a part of the reparation and to the “injured party”, is compensatory and not punitive».

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Da intendersi in senso lato come forma di riparazione per violazioni dei diritti umani, senza che assuma rilevanza la differenza terminologica fra le espressioni adoperate nei due testi convenzionali, ovvero *just satisfaction* e *fair compensation*.

ritenere sufficiente anche il mero accertamento della violazione *de qua*⁴¹. Dunque, i *punitive damages* sembrano dover rimanere estranei all'ambito di attività di entrambe le Corti. Tuttavia, guardando con più attenzione alla giurisprudenza recente, sembrerebbe che tale riluttanza *prima facie* stia iniziando a incrinarsi, nella misura in cui entrambe le Corti – e, in particolar modo, la Corte Europea – sarebbero 'pioniere' di un progressivo riconoscimento dei *punitive damages* come forma di equa soddisfazione per le gravi violazioni dei diritti umani, perseguendo la duplice finalità di punizione dello Stato autore dell'illecito e di deterrenza rispetto alla reiterazione di simili condotte⁴².

Partendo ancora una volta dall'esame della giurisprudenza della Corte Europea, tale tendenza sembrerebbe avvalorata almeno da tre fattori.

In primo luogo, il fatto che la Corte abbia disposto la condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione *ex art. 41 CEDU* pur in assenza di una richiesta avanzata dalla vittima⁴³, ovvero in un ammontare maggiore a quanto richiesto⁴⁴. In tali casi, la Corte ha cercato di 'giustificare' le proprie decisioni in materia di equa soddisfazione per danni non patrimoniali (*non-pecuniary damages/dommages morales*) sulla base di, *inter alia*, «exceptional circumstances» del caso di specie⁴⁵,

⁴¹ In entrambi i casi, invero, alle Corti è riconosciuto un certo margine di valutazione circa il riconoscimento dell'equa soddisfazione a favore della vittima. In particolare, l'art. 41 CEDU prevede che «If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, *if necessary*, afford just satisfaction to the injured party»; parimenti, l'art. 63 (1) CADU stabilisce che «If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, *if appropriate*, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party».

⁴² DE ALBUQUERQUE, VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, cit., p. 245.

⁴³ Si veda, ad esempio, European Court of Human Rights [GC], *Nagmetov v. Russia*, Ricorso n. 35589/08, Sentenza del 30 marzo 2017.

⁴⁴ A tal proposito, può citarsi European Court of Human Rights, *Stradovnik v. Slovenia*, Ricorso n. 24784/02, Sentenza del 13 aprile 2006 laddove, a fronte di una richiesta di € 5.000,00 da parte del ricorrente in relazione ai *non-pecuniary damage*, la Corte ha condannato lo Stato convenuto al pagamento di € 6.400,00.

⁴⁵ European Court of Human Rights [GC], *Nagmetov v. Russia*, cit., par. 92 «the Grand Chamber is satisfied that the present case discloses *exceptional circumstances* which call for a just satisfaction award in respect of non-pecuniary damage, notwithstanding the absence of a properly made claim». In tal caso, la Corte condannò lo Stato convenuto al pagamento di ben € 50.000,00 a titolo di equa soddisfazione per i *non-pecuniary damages*.

«absolute character» del diritto violato⁴⁶, «particularly serious character of the violations»⁴⁷ e «gravité des violations constatées»⁴⁸. Tale approccio, peraltro, si porrebbe anche in contrasto con il principio *ne eat iudex extra petita partium*.

In secondo luogo, verrebbe poi in rilievo il fatto che la Corte abbia condannato al pagamento di una somma di denaro *ex art.* 41 CEDU pur in assenza della dimostrazione del pregiudizio effettivamente subito dalla vittima e/o dell'accertamento del numero esatto di vittime. Nel noto caso *Cyprus v. Turkey*⁴⁹, ad esempio, oltre ad aver chiarito l'applicabilità dell'art. 41 CEDU anche nel contesto dei ricorsi interstatali⁵⁰, la Grande Camera ha concluso per la condanna della Turchia al pagamento di ingenti somme di denaro (rispettivamente, 30 e 60 milioni di euro) per il pregiudizio non patrimoniale sofferto dai parenti di un numero imprecisato di vittime e da un altrettanto non meglio definito numero di rifugiati greco-ciprioti nella penisola di Karpas. Nella propria *concurring opinion*, il giudice Pinto de Albuquerque ha affermato che tale pronuncia confermerebbe il riconoscimento dei *punitive damages* da parte della Corte, evidenziando che «the punitive nature of this compensation is flagrant. In spite of the fact that the identity of the victims of the respondent State's actions and omissions and the ensuing massive and gross human rights violations committed in the Karpas enclave could not be established [...] the Court punished the respondent State for its unlawful actions and omissions and their harmful consequences»⁵¹.

⁴⁶ European Court of Human Rights, *Chember v. Russia*, Ricorso n. 7188/03, Sentenza del 3 luglio 2008, par. 77 «In such circumstances the Court would usually make no award. In the present case, however, the Court has found a violation of the applicant's right not to be subjected to inhuman punishment. Since this *right is of absolute character*, the Court finds it *exceptionally possible* to award the applicant 10,000 euros in respect of non-pecuniary damage».

⁴⁷ European Court of Human Rights, *Bursuc v. Romania*, Ricorso n. 42066/98, Sentenza del 12.10.2004, par. 124

⁴⁸ European Court of Human Rights, *Gorodnitchev v. Russia*, Ricorso n. 52058/99, Sentenza del 24 maggio 2007, parr. 141-143 «La Cour rappelle qu'elle n'octroie aucune somme à titre de satisfaction équitable dès lors que les prétentions chiffrées et les justificatifs nécessaires n'ont pas été soumis dans le délai imparti à cet effet par l'article 60 § 1 du règlement [...] Toutefois, vu la *gravité des violations constatées*, la Cour estime que le requérant a dû subir un dommage moral certain. Par conséquent, tenant compte des circonstances spécifiques de l'espèce, et statuant en équité, la Cour alloue au requérant 10.000 EUR pour le dommage moral».

⁴⁹ European Court of Human Rights [GC], *Cyprus v. Turkey*, Ricorso n. 25781/94, Sentenza del 12.05.2014.

⁵⁰ *Ivi*, par. 42-43.

⁵¹ European Court of Human Rights [GC], *Cyprus v. Turkey*, Ricorso n. 25781/94,

In terzo luogo, assumono altresì rilievo le finalità che la Corte ha inteso perseguire mediante la condanna dello Stato al pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione, quale mezzo per garantire la non ripetizione di altrettante condotte illecite (formalmente ribadendo, tuttavia, l'assenza di finalità *stricto sensu* punitive). A tal proposito, i criteri per determinare l'entità dei danni ai fini dell'applicazione dell'art. 41 CEDU dovrebbero essere tali «as to create a serious and effective means of dissuasion with regard to the repetition of unlawful conduct of the same type»⁵².

Per quanto riguarda, invece, la Corte Interamericana, a sostegno della tesi secondo cui la Corte avrebbe intrapreso un percorso di progressivo riconoscimento di danni *de facto* punitivi a fronte di gravi violazioni dei diritti umani possono richiamarsi le molteplici misure 'creative' adottate ex art. 63 (1) CADU a latere della compensazione monetaria. A tal proposito, infatti, è stato rilevato che anche i *non-monetary remedies* – distinti dai *monetary remedies* i quali rappresentano, invece, la principale tipologia di rimedi adottati dalla Corte Europea ex art. 41 CEDU a fronte di danni non patrimoniali – potrebbero perseguire una finalità punitiva.

Ad esempio, una prova di tale tendenza sarebbe riscontrabile nel caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* laddove, fra le misure adottate dalla Corte al fine di garantire la piena riparazione e non ripetizione delle violazioni *de quibus*, figurano sia un atto di pubblico riconoscimento della responsabilità e di commemorazione della vittima (da svolgersi alla presenza delle massime autorità dello Stato e da divulgare tramite i *media*)⁵³, sia la previsione di una borsa di studio in onore della medesima vittima, da finanziarsi ogni anno

Sentenza del 12 maggio 2014, *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vučinić*, par. 13. Peraltro, nel rilevare la natura sostanzialmente punitiva della condanna al pagamento di ingenti somme di denaro a titolo di equa soddisfazione, Pinto de Albuquerque evidenzia come si tratti di una circostanza tutt'altro che nuova per la Corte, la cui prassi «shows that punitive damages have been applied in seven types of cases». Sul punto, si veda anche European Court of Human Rights [GC], *Trévalec v. Belgium*, Ricorso n. 30812/07, Sentenza del 25 giugno 2013, *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*.

⁵² European Court of Human Rights [GC], *Guiso-Gallisay v. Italy*, Ricorso n. 58858/00, Sentenza del 22 dicembre 2009, par. 85.

⁵³ Inter-American Court of Human Rights, *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (Merits, Reparations and Costs), Sentenza del 25 novembre 2003, par. 278 «for the acknowledgment of responsibility by the State and what this Court has set forth to have full reparation effects for the victims and to act as guarantees of non-recidivism, the Court deems that the State must carry out a public act of acknowledgment of its responsibility regarding the facts in this case and of amends to the memory of Myrna Mack Chang and to her next of kin, in the presence of the highest authorities of the State, which must be published in the media».

senza previsione di alcun termine finale⁵⁴. Tali rimedi, a ben vedere, sono stati indicati dalla Corte in aggiunta alla condanna al pagamento di ingenti somme di denaro (dai \$110.000,00 ai \$5.000,00) a titolo di compensazione per i danni non patrimoniali sofferti da ciascuno dei parenti della vittima, per un totale di \$350.000,00⁵⁵. Altre misure ‘creative’ adottate dalle Corte sono, poi, la pubblicazione nella gazzetta ufficiale e in un quotidiano di tiratura nazionale di alcuni estratti della sentenza relativi all’accertamento dei fatti e alle ulteriori misure rimediali ivi indicate⁵⁶, nonché la previsione di un programma di formazione continua per tutti coloro che lavorano negli istituti di cura della salute mentale⁵⁷; o, ancora, l’implementazione di un programma di analisi e approfondimento del Sistema Interamericano per la protezione dei diritti umani all’interno dei corsi di formazione per il personale dei tribunali penali militari e delle forze dell’ordine⁵⁸.

La finalità punitiva e di ‘rieducazione’ insita in tali ulteriori forme di soddisfazione è stata evidenziata anche dal giudice Cançado Trindade, che ha rilevato come l’idea – in passato fermamente sostenuta dalla stessa Corte Interamericana – secondo la quale la compensazione «with exemplarizing or dissuasive purposes»⁵⁹ sia estranea al diritto internazionale deve considerarsi ormai obsoleta, essendo stata superata da una nuova visione ‘reazionaria’ del diritto internazionale⁶⁰. Non solo: a suo parere, infatti, «realization of the exemplarizing or dissuasive purposes can – and must – be sought not only through compensations, but also through other (non-pecuniary) forms of reparation»⁶¹.

A prescindere dalla natura civile o penale degli elementi che formano la

⁵⁴ *Ivi*, par. 285. In particolare, la finalità di tale rimedio viene identificata in «guarantees of non-recidivism of the facts of the instant case, as part of public recognition of the victim».

⁵⁵ *Ivi*, par. 267.

⁵⁶ Si veda, ad esempio, Inter-American Court of Human Rights, *Ximenes-Lopes v. Brazil* (Merits, Reparations and Costs), Sentenza del 4 luglio 2006, par. 249. La pubblicazione di estratti della sentenza «as an additional measure of satisfaction aimed at redressing the substantial damage» è una prassi ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte Interamericana.

⁵⁷ *Ivi*, par. 250.

⁵⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Gutierrez-Soler v. Colombia* (Merits, Reparations and Costs), Sentenza del 12 settembre 2005, par. 106. Sul punto, si veda anche J. M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*², Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 235-240.

⁵⁹ Inter-American Court of Human Rights, *Godínez Cruz v. Honduras* (Compensatory Indemnification), Sentenza del 21 luglio 1989, par. 36.

⁶⁰ Inter-American Court of Human Rights, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, cit., *Reasoned Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade*.

⁶¹ *Ivi*, par. 37.

responsabilità internazionale dello Stato, dunque, non soltanto si riteneva che la riparazione potesse assumere una natura punitiva e/o di deterrenza, ma veniva altresì sottolineato che «while reparations (both pecuniary and moral) benefit the injured party directly, punishment (or repressive action against the State found in violation), in turn, benefits the human community itself as a whole»⁶², attribuendo così una finalità pubblicistica ai *punitive damages* conseguenti alle gravi violazioni dei diritti umani.

4. Punitive damages e gravi violazioni dei diritti umani tra apparenza e realtà

La domanda che a questo punto occorre porsi è se, al di là di un formale (e apparentemente granitico) rifiuto avverso il riconoscimento dei danni punitivi per le gravi violazioni dei diritti umani, la condanna al pagamento di una somma di denaro in maniera non strettamente parametrata al pregiudizio subito dalla vittima e/o le altre misure rimediali indicate a titolo di equa soddisfazione – tanto dalla Corte Europea, quanto dalla Corte Interamericana – possano assumere una veste *de facto* punitiva.

Il limite posto dalla mancata previsione dei danni punitivi nel regime generale di responsabilità internazionale cristallizzato nel Progetto di articoli della CDI del 2001 sulla responsabilità dello Stato per illeciti internazionali, ragion per cui se ne dovrebbe escludere l'applicabilità anche in seno ai sistemi regionali di tutela dei diritti umani, sarebbe superabile facendo riferimento alla natura *self-contained* o 'speciale' del diritto internazionale dei diritti umani, e, *a fortiori*, dei singoli sottosistemi creati dalle convenzioni sui diritti umani e relativi organi di controllo⁶³.

In questo senso, dunque, si potrebbero considerare sia l'articolo 41 CEDU sulla *just satisfaction*, sia l'articolo 63 CADU sulla *fair compensation* come *leges speciales*, nel senso di stabilire delle norme secondarie *ad hoc* sulle conseguenze dell'accertamento di una violazione dei diritti umani⁶⁴.

A ciò si aggiunga, poi, che entrambe le Corti attualmente trattano in

⁶² *Ivi*, par. 38.

⁶³ Sulla natura *self-contained* o speciale del diritto internazionale dei diritti umani, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *International Human Rights Law. Theory and Practice*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 18 ss.

⁶⁴ In riferimento, in particolare, alla definizione dell'art. 41 CEDU come *lex specialis*, si veda European Court of Human Rights [GC], *Cyprus v. Turkey*, Ricorso n. 25781/94, Sentenza del 12 maggio 2014. par. 43 «[...] bearing in mind the specific nature of Article 41 as *lex specialis* in relation to the general rules and principles of international law [...]».

maniera preponderante ricorsi individuali, il che renderebbe certamente più agevole – rispetto a un modello ‘classico’ di soluzione delle controversie interstatali – il riconoscimento e l’imposizione dei *punitive damages*⁶⁵, così discostandosi dal diritto internazionale generale in relazione alle forme e finalità che può assumere la riparazione per violazione di un obbligo internazionale in materia di diritti umani⁶⁶.

Peraltro, la seconda parte del Progetto di articoli, relativa alle conseguenze dell’accertamento di un illecito internazionale, deve ritenersi applicabile solo laddove la violazione dell’obbligo internazionale in questione venga contestata da uno o più Stati (e, dunque, non da individui, come avviene nei ricorsi individuali previsti dai sistemi regionali di tutela dei diritti umani)⁶⁷.

Infine, proprio in riferimento alle *gravi* violazioni dei diritti umani, occorre ricordare che già l’ultimo *Special Rapporteur* Crawford aveva ipotizzato la possibilità di prevedere «substantial damages reflecting the gravity of the breach, and even outright penalties» nel caso di violazioni di obblighi *erga omnes* (ossia, *obligations to the international community as a whole*)⁶⁸, che caratterizzano molte delle norme primarie a tutela dei diritti umani fondamentali⁶⁹.

Dunque, anche volendo ammettere il possibile riconoscimento di danni punitivi a fronte di gravi violazioni dei diritti umani in un’ottica di sviluppo progressivo del diritto internazionale⁷⁰, rimarrebbe comunque da chiarire se

⁶⁵ V. FIKEFAK, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, in «European Journal of International Law», 2019, p. 1118.

⁶⁶ A tal proposito, occorre tuttavia precisare che in termini di diritto internazionale generale – e quindi al di fuori di sistemi previsti dai trattati sui diritti umani che prevedano meccanismi di ricorso individuale – è discusso se gli individui possano invocare la responsabilità dello Stato per le violazioni dei diritti umani e, soprattutto, chiedere la riparazione per i danni subiti. Sul punto, si veda P. PUSTORINO, *Introduction to International Human Rights Law*, Springer, The Hague, 2023, pp. 263-264.

⁶⁷ BARTOLINI, *Riparazione per Violazione dei Diritti Umani e Ordinamento Internazionale*, cit., p. 205.

⁶⁸ CRAWFORD, *Third report on State responsibility*, cit., par. 380.

⁶⁹ PUSTORINO, *Tutela internazionale dei diritti umani*, Cacucci, Bari, 2022, p. 289-90; M. RAGAZZI, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 140.

⁷⁰ La posizione delle Corti regionali sui diritti umani nei confronti delle norme e dei principi del diritto internazionale generale si muove – come rilevato da Benedetto Conforti – essenzialmente in tre direzioni, una delle quali consiste nel ricorso al diritto internazionale generale (ivi comprese le regole in materia di responsabilità internazionale), ma interpretandolo in maniera tale da contribuire alla sua evoluzione e allo sviluppo progressivo. B. CONFORTI, *The Specificity of Human Rights and International Law*, in *From bilateralism to Community interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (a cura di Ulrich Fastenrath et al.), Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 434.

la prassi riscontrabile in seno alla Corte Europea e alla Corte Interamericana realmente disveli la volontà di imprimere una ‘punizione’ nei confronti dello Stato responsabile, così scardinando la logica meramente compensativa che permea il regime generale di riparazione dell’illecito internazionale.

Ciò che non può certamente essere ignorato è che, in relazione a entrambe le Corti, la tesi della presunta natura punitiva delle misure rimediali (di carattere sia patrimoniale, sia non patrimoniale) indicate agli Stati responsabili è stata sostenuta proprio da giudici operanti all’interno di tali Corti⁷¹, che certamente meglio di un osservatore esterno dovrebbero avere contezza della *ratio* sottesa all’adozione di determinate forme di equa soddisfazione a fronte di gravi violazioni dei diritti umani.

5. *Verso il riconoscimento dei punitive damages a fronte di gravi violazioni dei diritti umani? Alcune considerazioni conclusive*

Premesso quanto sopra, c’è tuttavia almeno un elemento che dovrebbe portare a escludere – allo stato attuale – la possibilità di un effettivo riconoscimento dei *punitive damages* anche a fronte di gravi violazioni dei diritti umani. Invero, nella fase di determinazione della riparazione, entrambe le Corti hanno costantemente posto l’accento sulla situazione della vittima (comprendente anche la sua dimensione ‘emotiva’) e sulle ripercussioni che la violazione perpetrata dallo Stato ha avuto nella relativa sfera personale⁷². Ad esempio, in *Nagmetov v. Russia*⁷³, fra le «compelling considerations» prese in analisi dalla Corte Europea al fine di decidere se e in quale misura riconoscere un’equa soddisfazione *ex art. 41 CEDU* pur in assenza di una richiesta in tal senso avanzata dalla vittima, figurano «[...] the particular gravity and the particular impact of the violation of the Convention, which, for example, significantly harmed the moral well-being

⁷¹ Ci si riferisce, in particolare, alle sopra richiamate posizioni espresse dal giudice Pinto de Albuquerque per quanto riguarda l’ambito CEDU e dal giudice Cançado Trindade per quanto attiene, invece, all’ambito CADU.

⁷² Tuttavia, non mancano posizioni in dottrina diametralmente opposte a quella qui sostenuta, nella misura in cui si afferma che l’*an* e il *quantum* dell’equa soddisfazione sono stabiliti in base a valutazioni condotte sullo Stato convenuto e, in particolare, sui relativi *human rights records*, a discapito della necessità di indennizzare la vittima del pregiudizio sofferto. Sul punto, si veda FIKFAK, *Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it’s all about the State*, in «Leiden Journal of International Law», 2020, p. 361.

⁷³ European Court of Human Rights [GC], *Nagmetov v. Russia*, cit.

of the applicant, otherwise seriously affected his or her life or livelihood, or caused another particularly significant disadvantage»⁷⁴.

Se si muove, dunque, dalla nozione generalmente accolta di danni punitivi, *i.e.* quelle misure «intended to punish the defendant and thereby to deter blameworthy conduct»⁷⁵, fintantoché permane un *focus* sulla situazione personale e sulle ripercussioni che la violazione ha avuto per la vittima piuttosto che sulla posizione e sulla condotta dello Stato autore dell'illecito, la *ratio* sarà allora sempre intrinsecamente compensativa ed eventuali oscillazioni nelle somme riconosciute a titolo di equa soddisfazione saranno da imputare all'alea che inevitabilmente contraddistingue la quantificazione del danno, ancor più evidente proprio laddove si tratti di un danno non patrimoniale.

Se è vero, quindi, che è stata talvolta riconosciuta – in particolare, dalla Corte Europea – un'equa soddisfazione in misura maggiore a quanto richiesto o, addirittura, in assenza di una specifica domanda avanzata dal ricorrente, è parimenti vero che, nel determinare l'ammontare delle somme di denaro dovute dallo Stato responsabile, è sempre preso come parametro di riferimento (almeno, stando a quanto emerge *prima facie* dalla lettura delle sentenze) il pregiudizio sofferto dalla vittima, e non le caratteristiche della condotta dello Stato che renderebbero quest'ultimo meritevole di 'punizione'.

Guardando, poi, al risvolto pratico della questione, se davvero si iniziasse ad accogliere favorevolmente la tesi del riconoscimento dei danni punitivi per gravi violazioni dei diritti umani, spostando dunque l'attenzione dalla vittima allo Stato autore dell'illecito in fase di determinazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, si correrebbe il rischio di ottenere un effetto contrario a quello auspicato, lasciando intendere che le somme di denaro ingiunte a titolo di danni punitivi rappresentino una sorta di 'prezzo da pagare' per la violazione posta in essere⁷⁶.

A tal proposito, tenendo in considerazione anche aspetti di *state behaviour*, un siffatto approccio sarebbe ancor più rischioso proprio in relazione a quegli Stati rispetto a quali siano state accertate gravi e ripetute violazioni dei diritti umani⁷⁷, nella misura in cui tali Stati si troverebbero

⁷⁴ *Ivi*, par. 81. L'altra *compelling consideration* presa in esame dalla Corte è, invece, rappresentata da «unavailability or partial availability of adequate reparation at domestic level».

⁷⁵ WITTICH, *Punitive Damages*, cit., p. 667.

⁷⁶ K. ROACH, *Remedies for Human Rights Violations. A Two-Track Approach to Supranational and National Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 271.

⁷⁷ FIKFAK, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, cit., p. 1105 «the practice of attaching "price" to a human right violation can be prob-

– per assurdo – nella posizione di poter calcolare in anticipo il costo delle violazioni e prevedere quante (e quali) poterne ancora commettere.

Laddove si rinvenisse comunque una intenzione di ‘stigmatizzare’ lo Stato autore di gravi violazioni dei diritti fondamentali, si potrebbe tutt’al più parlare di una tendenza verso il riconoscimento di *aggravated* – e non già di *punitive* – *damages*, non potendosi prescindere dall’ottica primariamente compensativa sottesa alle pronunce in materia di equa soddisfazione per violazioni dei diritti umani, che parametrano la riparazione sulla vittima piuttosto che sull’autore della violazione⁷⁸.

Quanto sin qui sostenuto si riferisce in particolare alla prassi della Corte Europea che, come noto, ricorre allo strumento dell’equa soddisfazione *ex art.* 41 CEDU declinandola principalmente in forma di compensazione monetaria (in altre parole, la riparazione per i danni non patrimoniali nel sistema CEDU è perseguita attraverso la condanna dello Stato convenuto alla corresponsione di somme più o meno ingenti di denaro in favore della vittima).

Tuttavia, considerazioni simili sembrano valere anche per quanto riguarda la prassi della Corte Interamericana, nonostante sia stato evidenziato come tale Corte adotti *ex art.* 63 (1) CADU un novero più ampio di misure, al di là della mera compensazione monetaria.

Per quanto riguarda, in particolare, le altre forme di soddisfazione adottate dalla Corte, sebbene esse possano talvolta determinare uno stigma nei confronti dello Stato che abbia perpetrato gravi e ripetute violazioni dei diritti fondamentali, appare prematuro considerare tali misure come implicanti il riconoscimento di danni punitivi. E ciò a meno che non si interpreti *lato sensu* il concetto di *punitive damages* nel contesto del contenzioso sui diritti umani, come misure che tendano a (ri)educare lo Stato verso una cultura del rispetto dei diritti umani, anche in considerazione del fatto che – per l’attuazione di siffatte misure – è imprescindibile una cooperazione da parte delle autorità statali che va ben oltre il pagamento di una somma di denaro.

In tal senso, una finalità di deterrenza – e non già di punizione – potrebbe essere perseguita attraverso il c.d. *two-track approach*⁷⁹, secondo cui

lematic since it may have an unexpected, negative effect on violators».

⁷⁸ Tuttavia, per quanto attiene alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, dubbi potrebbero sorgere in relazione al ricorso interstatale *Cyprus v. Turkey* di cui si è detto in precedenza, posto che in quel caso non era stato possibile accertare né l’esatto numero, né l’identità di tutte le vittime.

⁷⁹ ROACH, *Remedies for Human Rights Violations. A Two-Track Approach to Supra-national and National Law*, cit., pp. 124-127.

l'equa soddisfazione per gravi violazioni dei diritti umani andrebbe attuata *in primis* attraverso la riparazione (generalmente, in forma di compensazione monetaria) del danno subito dalla vittima; inoltre, potrebbe poi aggiungersi la previsione di un rimedio ulteriore di natura non patrimoniale (come suggerito dalla prassi della Corte Interamericana), i cui effetti possano andare a beneficio non solo della singola vittima, ma della totalità degli individui, così rafforzando il *public law approach* sotteso al sistema dei rimedi per le violazioni diritti umani⁸⁰.

Attraverso tale approccio, dunque, si supererebbe la tradizionale dicotomia fra *compensatory damages* e *punitive damages*, declinando l'equa soddisfazione per le gravi violazioni dei diritti umani come *obligations to do* (e non solo *obligations to pay*), che potrebbero rappresentare un rimedio più appropriato – nonché efficace – a fronte di tali illeciti⁸¹. Peraltro, tale impostazione sarebbe maggiormente coerente con gli obiettivi individuati dai *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law*⁸².

In questo senso, si può dunque concludere che le Corti regionali sui diritti umani stiano contribuendo a uno sviluppo progressivo del diritto internazionale per quanto attiene alle conseguenze dell'illecito internazionale rispetto al regime generale cristallizzato negli ARSIWA, senza tuttavia aver (ancora) attuato un riconoscimento dei *punitive damages*.

⁸⁰ *Ivi*, p. 272. In contrapposizione al *public law approach*, «A private law approach would have the tendency to monetize all remedies for human rights and ignore other potentially more meaningful remedies».

⁸¹ D'altra parte, lo stesso Giudice Conçado Trindade aveva evidenziato che «Punitive damages may also be conceived in this sense, akin to the “obligations to do” that are both compensatory and punitive (thus overcoming the dichotomy between civil and criminal aspects, typical of the regime of responsibility under domestic law). [...] Said reparations for damages are in fact both compensatory and punitive; “punitive damages,” thus understood, actually have already been applied, for a long time, in the domain of international human rights protection. In evolving contemporary international law, “punitive damages” lato sensu (beyond the merely pecuniary meaning inappropriately given to them) can be an appropriate response or reaction of the juridical order against a crime of State». Inter-American Court of Human Rights, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Judgment of 25.11.2003 (Merits, Reparations and Costs), *Reasoned Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade*, par. 51-52.

⁸² United Nations General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, A/Res/60/147, 21 marzo 2006, par. 19-23.

Chiara Venturini

*L'opposability clause della complicità tra Stati
nel fatto illecito internazionale: qualche osservazione*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La complicità nel fatto illecito di un altro Stato – 3. Critica alla *opposability clause* – 4. Implicazioni pratiche dell'art. 16, lett. b – 5. Implicazioni teoriche della *opposability clause* – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'attenzione degli studiosi ha iniziato a rivolgersi alla complicità solo a partire dagli anni '70 del secolo scorso; prima di allora, la concezione classica della responsabilità di tipo prettamente bilaterale era assolutamente prevalente e rendeva superfluo approfondire le ipotesi di cooperazione tra Stati alla realizzazione di un fatto illecito. Tuttavia, prima con l'impulso del relatore speciale Ago¹, poi sotto le indicazioni dell'ultimo relatore speciale Crawford, l'aiuto o l'assistenza all'altrui illecito hanno assunto progressivamente rilevanza, fino a essere codificate in entrambi i progetti di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito internazionale (da qui in avanti, anche progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati), rispettivamente del 1996 e del 2001. La partecipazione all'altrui illecito è codificata all'art. 16 del progetto di articoli del 2001, cui la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto natura consuetudinaria nella sentenza del 2007 sull'*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*².

¹ È innegabile l'apporto fondamentale del relatore speciale Ago all'impostazione teorica dell'intera materia della responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito, A. GIANELLI, *Il contributo della dottrina italiana al tema della responsabilità internazionale degli Stati per fatto illecito: qualche osservazione*, in «Rivista di diritto internazionale», 2016, p. 1044.

² Corte internazionale di giustizia, sent. del 26 febbraio 2007, *Application of the*

Oltre ai lavori della Commissione per il diritto internazionale (da qui in avanti, anche Commissione), è la produzione scientifica contemporanea che si è concentrata sulla complicità³, approfondendo i numerosi aspetti problematici che la caratterizzano. Le ragioni di questo progressivo interesse sembrano giustificate dalla natura sempre più multilaterale dei rapporti internazionali e dalla necessità di avere un sistema in grado di rispondere agli illeciti commessi in concorso dagli Stati.

Eppure, nonostante la progressiva attenzione degli studiosi e il modificarsi della realtà dei rapporti interstatuali, ad oggi la prassi in materia di complicità rimane scarsa⁴. Ciò sembra giustificato da motivi sia sostanziali, attribuibili

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, p. 178, par. 420; J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part, Cambridge Studies in International and Comparative Law*, CUP, Cambridge, 2013, p. 400.

³ *Ex multis*, M.L. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Giuffrè, Milano, 1990; S. BESSON, *La pluralité d'Etats responsables*, in «Swiss Review of International and European Law», 2007, p. 13 ss.; H.P. AUST, *Complicity and the Law of State Responsibility, Cambridge Studies in International and Comparative Law*, CUP, Cambridge, 2011; M. JACKSON, *Complicity in International Law*, OUP, Oxford, 2015; V. LANOVY, *Complicity and Its Limits in the Law of International Responsibility*, OUP, Oxford, 2016; G. PUMA, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018; D. MAURI, *On American Drone Strikes And (Possible) European Responsibilities: Facing The Issue Of Jurisdiction For "Complicity" In Extraterritorial Targeted Killings*, 2019, in «Italian Yearbook of International Law», pp. 249-272; A. NOLLKAEPPER, J. D'ASPREMONT, C. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, J. DOV, *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law*, in «European Journal of International Law», 2020, p. 15 ss.

⁴ Tuttavia quest'ultima sembra in progressivo aumento. Rilevano le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *extraordinary renditions*: Grande Camera, sent. del 13 dicembre 2012, *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ricorso n. 39630/09, par. 97 per il richiamo esplicito all'art. 16 del progetto di articoli; Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 10 luglio 2014, *Al Nashiri v. Poland*, ricorso n. 28761/11, in cui la Corte, al par. 440, afferma la complicità della Polonia nelle operazioni con la CIA (paragrafi 509 e 517-518); ancora si veda sent. 23 febbraio 2016, *Nasr et Ghali c. Italia*, ricorso n. 36357/04, paragrafi 284 e 288-290. Non deve essere tralasciata la prassi dei 'respingimenti delegati' nel Mediterraneo (così definibili se l'illecito venisse attribuito all'Italia), cfr. ricorso n. 21660/18, *S.S. e altri contro Italia*; sul punto A. MARCHESI, *Refoulement delegato? Note sull'inquadramento giuridico del contributo italiano ai pull-backs della guardia costiera libica*, in (a cura di CARACCILO, CELLAMARE, DI STASI, GARGIULO) *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte* Napoli, 2020, p. 253 ss. Rilevano le decisioni in materia di complicità nella tortura e complicità tramite il trasferimento di armamenti, Corte di appello di Londra, sentenza del 20 giugno 2019, *The Queen on the application on campaign against arm trade v. The secretary of state for international trade*, Case No: T3/2017/2079, Neutral Citation Number: [2019] EWCA Civ 1020, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/06/CAAT-v-Secretary-of-State-and->

alla difficoltà di applicare la fattispecie, sia procedurali⁵. A questo proposito, il presente breve elaborato intende soffermarsi sulla prima delle due questioni, evidenziando come l'inserimento nella disposizione che codifica la complicità della c.d. *opposability clause* contribuisca a restringere in modo non necessario l'ambito di applicazione della disposizione⁶.

A questo fine sarà doveroso definire la complicità ripercorrendo sia i lavori del relatore speciale Ago, che quelli del relatore speciale Crawford. Si osserveranno poi gli effetti distorsivi pratici della clausola di cui all'art. 16 lett. b e le sue implicazioni teoriche.

Ciò posto, è opportuna una premessa: la presente critica si basa sull'idea, peraltro non particolarmente innovativa, che il fine ultimo del sistema internazionale della responsabilità sia assicurare il rispetto delle regole⁷,

Others-Open-12-June-2019.pdf, par. 138- 141; per un commento in senso conforme a quanto qui sostenuto, P. PUSTORINO, *Diritto internazionale e complicità fra Stati: considerazioni sull'elemento soggettivo dell'illecito*, in «Rivista di diritto internazionale», 2020, p. 684 ss. Similmente, i ricorsi presentati contro il Paesi Bassi per il rifornimento di pezzi di ricambio di F-35 a Israele, L. YANEV, *Uneasy Alliances: The Gaza-Conflict before Dutch Courts*, in «EjilTalk!», 23.01.2024. Si segnala il recente ricorso presentato alla Corte internazionale di giustizia dalla Repubblica del Nicaragua contro la Repubblica federale di Germania del 1° marzo 2024 in cui si sostiene «Germany is facilitating the commission of genocide and, in any case has failed in its obligation to do everything possible to prevent the commission of genocide, being both distinct bases for Germany's responsibility.», p. 7, par. 16 del ricorso, *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, Nicaragua v. Germany*, del 1 marzo 2024. Ancora in fase iniziale, ma non meno interessante, è il ricorso presentato dall'associazione Defense for Children International - Palestine contro gli USA per il sostegno assicurato a Israele per le azioni da esso compiute in risposta alla crisi di Gaza (United States District Court of Northern District of California, *Defense for Children International – Palestine et Al. v. Joseph R. Biden, JR., President of the United States et al.*, case n. Case No.: 3:23-cv-5829).

⁵ Circa questo aspetto rileva il *Monetary Gold Principle*, già percepito come ostacolo per la complicità dalla Commissione. La questione fu rapidamente liquidata dal relatore speciale Crawford: «although this may present practical difficulties in some cases in establishing the responsibility of the assisting State, it is not a good reason for rejecting article 27» (J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/498 and Add.1-4, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, part two, p. 49, par. 173-176-179; Commentario all'art. 16, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 67, par. 11). Per un approfondimento sull'*indispensable third party principle* nel sistema della complicità A. NOLLKAEMPER, *Issues of Shared Responsibility before the international court of justice*, in *Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*, (a cura di RIETER, WAELE), Boston, 2012, pp. 208-219.

⁶ V. LANOVY, *Responsibility for Complicity in an Internationally Wrongful Act: Revisiting a Structural Rule*, Paper Presented at the SHARES Conference *Foundations of Shared Responsibility in International Law*, 17 and 18 November 2011, Amsterdam, p. 30.

⁷ Lanovoy, come altri, sostiene che la complicità abbia la finalità di garantire l'osservanza

nonostante la natura non ordinamentale del diritto internazionale. Se le norme sulla responsabilità sono a ciò volte, in un sistema sempre più multilaterale ogni condotta statale potrà assumere rilevanza giuridica se funzionale a un fatto illecito, seppure degli obblighi violati non siano titolari tutti o alcuni *omnes*⁸. Ebbene, la complicità, come ricostruita in via teorica da studiosi più e meno recenti⁹, sembrerebbe rappresentare lo strumento più adatto a questo fine.

2. La complicità nel fatto illecito di un altro Stato

La responsabilità internazionale dello Stato per l'agevolazione del fatto illecito altrui è codificata all'art. 16 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001¹⁰. Essa «concerns an actor's participation in wrongdoing committed by another actor»¹¹. La norma è il frutto di molteplici modifiche apportate negli anni dalla Commissione, anche se si può affermare che i relatori speciali che si sono occupati in modo particolare del tema sono Roberto Ago e James Crawford.

Nel 1939 il relatore speciale Ago esclude nettamente la possibilità di una forma di complicità tra Stati¹². Nel suo settimo rapporto alla Commissione del 1978¹³, egli rivide le sue posizioni costruendo la partecipazione all'illecito

delle norme di diritto internazionale in modo diffuso, abbandonando lo schema strettamente bilaterale dei rapporti tra Stati; V. LANOVY, *Responsibility for Complicity*, cit., p. 28.

⁸ In questo senso anche A. Modesto Predes, agli inizi del progetto di codificazione della responsabilità nel suo working paper in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1963, p. 244, par 3.

⁹ V. LANOVY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art* (a cura di NOLLKAEMPER, PLAKOKEFALOS, SCHECHINGER), Cambridge, 2014, p. 140; A. NOLLKAEMPER, J. D'ASPREMONT, C. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, J. DOV, *Guiding Principles*, cit., p. 15 ss.

¹⁰ Art. 16 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito internazionale: «A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State».

¹¹ M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., p. 10.

¹² R. AGO, *Le délit international*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 68, 1947, pp. 523-524.

¹³ R. AGO, *Seventh report on State Responsibility, The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility - Topic: State responsibility*, in *Yearbook of the*

altrui come una forma separata e distinta di responsabilità¹⁴. Egli sosteneva che la prassi fosse sufficientemente ricca per procedere alla codificazione della norma, senza riconoscerne il pieno carattere consuetudinario, ma qualificandola, piuttosto, come una norma di sviluppo progressivo¹⁵.

Nel progetto di articoli approvato in prima lettura la complicità era codificata all'art. 25, e in seguito all'art. 27. La fattispecie descritta dalla disposizione prevedeva la responsabilità dello Stato che con una condotta (sia lecita che illecita di per sé¹⁶) avesse materialmente e consapevolmente contribuito all'altrui illecito. Contrariamente a quanto avverrà per il progetto di articoli approvato in seconda lettura, l'intento agevolatore era essenziale per la fattispecie: la condotta agevolatrice doveva essere finalizzata all'assistenza del fatto altrui. La responsabilità che ne derivava era connessa al verificarsi dell'illecito principale¹⁷, ma aveva carattere autonomo, fondato sull'effettiva partecipazione al fatto illecito dell'altro Stato.

Il relatore speciale intendeva la complicità come una norma di applicazione generale¹⁸, il cui principale limite era l'accertamento dell'elemento soggettivo del complice, ovvero l'intento agevolatore¹⁹. In altre parole, secondo il relatore speciale Ago, l'aiuto materiale da solo non è sufficiente per la complicità, pur essendo condizione necessaria per il sorgere

International Law Commission, 1979, vol. I, part one, p. 53 ss., par. 55.

¹⁴ Commentario all'art. 16, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 67, par. 1. Jackson afferma che l'illecito principale è attribuito solo allo Stato autore, il complice sarà responsabile dell'agevolazione, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., pp. 167-168. Tuttavia l'autore, nel negare forme di *imputational complicity* (*Ibidem*, pp. 19-20, peraltro propria del sistema penale italiano, art. 110 c.p.), mette in evidenza correttamente la mancanza di chiarezza circa le conseguenze dell'illecito per il complice, le quali rischiano di essere le medesime per un'ipotesi di correatà (p. 170).

¹⁵ Così è definita la complicità nel commentario al primo progetto di articoli del 1996, riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, part two, p. 190. Tale qualifica è del tutto omessa nel commentario al secondo progetto di articoli.

¹⁶ Commentario al primo progetto di articoli del 1996, riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, part two, p. 196, par. 21.

¹⁷ Del resto, in assenza dell'illecito principale, l'agevolazione potrebbe non rappresentare più un fatto illecito, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., p. 12.

¹⁸ Il relatore speciale Ago aveva escluso che si potesse limitare la complicità ai soli casi di illecito grave, come invece era stato suggerito dall'allora solo membro della Commissione Riphagen; Statement by Riphagen at the 1518th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. I, p. 233, par. 8.

¹⁹ In questo senso M.L. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, cit., p. 78. Purtroppo, non è questa la sede per soffermarsi ulteriormente su quest'elemento di assoluta rilevanza e ancora oggi al centro di acceso dibattito in dottrina (già J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 49, par. 180).

di quest'ultima²⁰.

In ossequio a questa impostazione, il relatore speciale respinse l'osservazione dell'allora membro della Commissione Riphagen, il quale sosteneva che le relazioni tra Stati non hanno alcuna rilevanza per i terzi, a meno che non si verifichi la condizione per cui «the relationship between States B and C must be such that it involved not only the individual and mutual interests of those two States themselves but also, as in matters affecting international peace and security, the interests of the international community in general. That was the only case in which State A could not ignore the relationship between States B and C and was obliged to take account of the effect its assistance to State B would have on the latter's conduct towards State C»²¹.

Dall'impostazione generalista della norma si deduceva inoltre la sua natura primaria. Essa sembrava codificare un nuovo obbligo per gli Stati e il suo inserimento nel progetto stonava con la natura secondaria delle norme in esso codificate. Questo accese il dibattito in seno alla Commissione per il diritto internazionale, poiché la complicità sembrava infrangere la metodologia suggerita dallo stesso Ago²². Secondo il relatore, tuttavia, si trattava di un ostacolo superabile: egli riteneva che l'art. 27 dovesse essere mantenuto nei termini generali in cui era stato redatto, affermando che fosse concesso «leap the barrier between primary and secondary rules whenever necessary»²³.

La Commissione seguì l'impostazione del relatore Ago e adottò l'art. 27, che non fu più ridiscusso. Pertanto, la complicità «if it is established that it

²⁰ Elemento materiale e soggettivo devono coesistere, ma presi individualmente non sono sufficienti. È esclusa infatti in diritto internazionale la possibilità di essere complici per aver meramente incitato all'illecito. In questo senso, Statement by Castañeda at the 1517th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. I, p. 230, par. 9; R. AGO, *Seventh report on State Responsibility*, cit., pp. 54-57, par. 61-69.

²¹ Statement by Riphagen at the 1518th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. I, p. 233, par. 8.

²² Il relatore speciale definisce le due categorie di norme ponendo l'attenzione sulla rilevanza della distinzione: *Report of the Commission to the General Assembly*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, vol. II, p. 306, par. 66; Working paper prepared by Mr. Roberto Ago, UN Doc. A/CN. 4/SC.I/WP. 6, *Report of the Commission to the General Assembly*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 253. Questa impostazione, sebbene criticata da alcuni, permise alla Commissione di operare con il consenso degli Stati socialisti e i Paesi in via di sviluppo, sino ad allora estranei al progetto; A. GIANELLI, *Il contributo della dottrina italiana al tema della responsabilità internazionale*, cit., p. 1044 ss.

²³ Il relatore speciale risponde così alle osservazioni di Quentin-Baxter; Statement by Ago at the 1519th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1978, vol. I, p. 240, par. 27.

is rendered for the commission of an internationally wrongful act carried out by the latter, itself constitutes an internationally wrongful act, even if, taken alone, such aid or assistance would not constitute the breach of an international obligation»²⁴.

Ciononostante, l'attuale art. 16 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 si discosta dall'art. 27 del progetto di articoli approvato in prima lettura e per questo è stato criticato (*infra*). La prima sostanziale differenza tra le due norme concerne l'elemento soggettivo della complicità²⁵ e la seconda riguarda l'oggetto della presente indagine: la c.d. *opposability clause*, ovvero il fatto che l'illecito principale sarebbe tale anche se commesso dallo Stato complice (art. 16 lett. b)²⁶.

La disposizione è il risultato delle modifiche apportate dal relatore speciale Crawford. A suo avviso, l'art. 27 del progetto approvato in prima lettura avrebbe comportato l'estensione a Stati terzi di obblighi previsti da trattati²⁷. Per questo era particolarmente sentita l'esigenza di avvicinare la complicità il più possibile a una norma secondaria²⁸, dal momento che nella sua originaria formulazione essa sembrava creare nuovi obblighi per gli Stati²⁹.

In altre parole, prevedere la titolarità dell'obbligo violato con il

²⁴ Commentario al primo progetto di articoli del 1996, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, part two, p. 195, par. 18.

²⁵ Nell'attuale art. 16 il richiamo all'intenzione del complice è presente nel commentario all'articolo, ma nel testo della disposizione l'elemento soggettivo del complice non è il dolo, bensì la conoscenza delle circostanze dell'illecito altrui, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 66, par. 1, 5. Sul punto anche J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, cit., pp. 405-409.

²⁶ Questa condizione è definita da alcuni studiosi come *double obligation requirement*, poiché implica che gli Stati che partecipano all'illecito sono titolari del medesimo obbligo, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., p. 162-163.

²⁷ J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 50, par. 183, p. 51 par. 186. L'esempio citato dal relatore speciale è utile a comprendere la *ratio* della clausola: egli ritiene inaccettabile che uno Stato non parte di un trattato finalizzato a limitare la produzione di un determinato bene strategico e la vendita dello stesso a un certo prezzo, possa essere ritenuto responsabile a titolo di complicità se assiste uno Stato membro dell'accordo a vendere quel bene a un prezzo diverso da quello stabilito.

²⁸ Crawford affermava che la complicità è una norma primaria e, per questa ragione, dovesse essere esclusa dal progetto di codificazione, Statement by Crawford at the 2574th meeting, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. I, p. 54, par. 54, Introduction by the Special Rapporteur Crawford of article 27 (Assistance or direction to another State to commit an internationally wrongful act), in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, part two, p. 70, par. 253 e 257.

²⁹ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, cit., p. 409; B.K. NUSSBERGER, *Interstate assistance to the use of force*, 2023, Nomos, Baden-Baden, pp. 807-808.

fatto illecito principale in capo anche allo Stato complice esclude che il complice stesso sia responsabile della violazione di un obbligo diverso e nuovo³⁰. E allora, in ragione del fatto che a *State cannot do by another, what it cannot do by itself*³¹, Crawford aggiunse la clausola³² dopo aver convinto la Commissione che la complicità non potesse essere applicata *to bilateral obligations in an unqualified form*³³. Secondo il relatore speciale, l'unico modo per accettare una complicità come formulata dal relatore speciale Ago, sarebbe stato ammettere che lo Stato complice avesse la possibilità di invocare una causa di giustificazione per il proprio supporto. Ciò avrebbe comportato, di nuovo, l'inserimento nel progetto di articoli di una norma primaria, il che non era accettabile.

3. Critica alla opposability clause

Nonostante l'accoglimento da parte della Commissione, la lettera b dell'art. 16 del progetto di articoli è stata sin da subito oggetto di critiche. Le principali, e più risalenti, riguardavano proprio la limitazione applicativa dell'intera fattispecie che deriva dalla clausola stessa. Economides³⁴ si pronunciava esattamente in questo senso, asserendo che la disposizione avrebbe impedito di applicare la complicità non solo nei casi in cui si fosse verificata partecipazione alla violazione di un obbligo previsto da un accordo bilaterale, ma anche da quelli multilaterali rispetto ai quali il complice rimaneva terzo. L'autorevole membro della Commissione, poi, ricordava che non sussisteva – come non sussiste oggi – prassi a sostegno³⁵ della clausola.

³⁰ J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 51, par. 186; B.K. NUSSBERGER, *Interstate assistance to the use of force*, cit., p. 822.

³¹ Commentario all'art. 16, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 66, par. 6.

³² In senso conforme M.L. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, cit., p. 80; Statement by Simma at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1999, vol. I, part one, p. 70, par. 25; Statement by Brownlie at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1999, vol. I, part one, p. 70, par. 27; Statement by Rosenstock at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1999, vol. I, part one, p. 71, par. 31; Statement by Hafner at the 2578th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1999, vol. I, part one, p. 74, par. 1, p. 75, par. 9.

³³ J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 51, par. 186.

³⁴ Statement by Economides at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission* 1999, vol. I, part one, p. 68, par. 5 ss.

³⁵ Si ricorda che la prassi richiamata nell'arco di tutti i lavori di codificazione e che con-

Tuttavia, la maggioranza dei membri della Commissione acconsentì alla modifica. Dopo la riformulazione dell'art. 27 nell'art. 16, un altro membro della Commissione, Lukashuk, restava molto critico nei confronti della clausola di cui alla lett. b. Egli affermava che escludere la complicità quando lo Stato complice non è interessato dall'obbligo violato dall'autore principale ha la conseguenza di rendere lecita la partecipazione all'altrui illecito. Inoltre, secondo il membro della Commissione, il riferimento alla Convenzione di Vienna era del tutto fuori luogo. Egli argomentava: se è vero che un trattato non produce obblighi per gli Stati terzi, è altrettanto vero che ciò non significa che lo Stato terzo sia autorizzato a violare gli obblighi da esso imposti, o ad assistere le Parti dell'accordo nella loro violazione³⁶.

Durante i lavori di codificazione anche gli Stati hanno commentato l'inserimento della clausola. Gli Stati Uniti si espressero a favore della modifica dell'art. 16³⁷, così come la Svezia, che evidenziava da tempo l'incompatibilità dell'art. 27 con gli articoli 34 e 35 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³⁸. Non stupisce che alcuni Stati si siano pronunciati in senso favorevole alla modifica. Infatti, la presenza della clausola permette di limitare le ipotesi in cui uno Stato può essere ritenuto responsabile. Si può, d'altra parte, rilevare che il numero dei commenti a favore della modifica non è stato poi così cospicuo. Ciò potrebbe essere sintomo del consolidamento di una *opinio iuris* più conforme alla complicità come strutturata dall'art. 27 del progetto di articoli approvato in prima lettura.

fluisce poi nel commentario riguarda obblighi *erga omnes*, pertanto è irrilevante per la *opposability clause*. Particolarmente critico nei confronti della clausola è Lanovoy, secondo il quale non solo la modifica introdotta dal relatore speciale Crawford non avrebbe riscontro nella prassi, ma si tratterebbe di una limitazione all'applicabilità della complicità priva di fondamento (V. LANOVOY, *Complicity and Its Limits*, cit., pp. 80-81; così anche H.P. AUST, *Complicity*, cit., p. 251; G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., p. 128). Lanovoy sostiene che la scelta di inserire la clausola sia stata prettamente politica, data la mancanza di prassi. Anzi, l'autore resta critico proprio alla luce dei commenti degli Stati a favore dell'art. 27, redatto con una formulazione più generale, V. LANOVOY, *Complicity and Its Limits*, cit., p. 246. Circa invece l'*opinio iuris*, la Svezia fece riferimento all'opportunità di inserire la disposizione, *Yearbook of the International Law Commission*, 1981, vol. II, part one, p. 77.

³⁶ Statement by Lukashuk at the 2672nd meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. 1, p. 42, par. 53.

³⁷ Cfr. *Comments and observations received from Governments*, UN Doc. A/CN.4/515 and Add.1-3, p. 52, par. 1.

³⁸ Nelle osservazioni svedesi è sottintesa la natura primaria dell'art. 27 che, per come redatto, ha carattere generale. *Comments of Governments on part one of the draft articles on State responsibility for internationally wrongful acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1981, vol. II, part one, p. 77.

Alcuni studiosi contemporanei hanno severamente criticato la scelta del relatore speciale di inserire la clausola³⁹ e di utilizzare il diritto dei trattati per giustificarla⁴⁰. In effetti, la logica dei *pacta tertiis neque nocent neque prosunt* svolge una sua funzione precipua per il diritto dei trattati, ma perde di significato se la medesima fattispecie si osserva dal punto di vista della responsabilità⁴¹.

È noto che si tratti di due regimi indipendenti, ma coordinati⁴². Può indubbiamente accadere – e anzi è molto comune – che sia la responsabilità che il diritto dei trattati siano applicabili alla stessa fattispecie, ma anche in questo caso le due branche del diritto internazionale svolgono funzioni diverse: la prima opera sul piano normativo, l'altra qualifica il fatto come illecito o meno.

Circa questo aspetto è bene chiarire che l'obiettivo della lett. b dell'art. 16 del progetto di articoli è evitare che uno Stato che non è parte di un accordo, si trovi costretto a rispettarlo in virtù del rapporto, di tipo diverso, che lo lega a uno Stato parte. Su queste basi, l'art. 16 ritiene non esigibile richiedere a uno Stato terzo di avere contezza degli obblighi che intercorrono tra le parti di un trattato: uno Stato non può essere responsabile della violazione di obblighi di cui altri soggetti sono titolari. L'argomentazione può a prima vista apparire condivisibile.

A ben guardare, tuttavia, in casi di questo genere non è la clausola dell'art. 16 lett. b a escludere la responsabilità per complicità, ma la sussi-

³⁹ V. LANOVY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, cit., p. 157 ss.; lo stesso autore è di nuovo molto critico nei confronti della clausola, affermando che sia stata inserita a vantaggio delle osservazioni di alcuni Stati, ma a svantaggio dello sviluppo progressivo della norma sulla complicità, V. LANOVY, *Responsibility for Complicity*, cit., p. 28 ss. Jackson evidenzia come la clausola potrebbe limitare l'ambito di applicazione della norma oltre alla formulazione, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., pp. 163-165; Aust ritiene la clausola non soddisfacente nella formulazione, tuttavia sembra ritenerla necessaria, H.P. AUST, *Complicity*, cit., p. 251.

⁴⁰ G. PUMA, *Complicità di Stati*, p. 126 ss.; V. LOWE, *Responsibility for the Conduct of Other States*, in «The Japanese Journal of int. law and diplomacy», 2002, p. 7; A. ORAKHELASHVILI, *Division of Reparation Between Responsible Entities*, in (a cura di CRAWFORD, PELLET, OLLESON, PARLETT,) *The Law of International Responsibility*, 2010, OUP, Oxford, pp. 647-665.

⁴¹ Alcuni hanno individuato nell'abuso di diritto una possibile soluzione all'*empasse* che si crea di fronte a due accordi bilaterali confliggenti più che nella *opposability clause*, H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 81-83, p. 259.

⁴² Ancorché parti di un sistema coerente, S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005; A. GIANELLI, *Aspects of the Relationship Between the Law of the Treaties and State Responsibility*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 758.

stenza o meno di un altro elemento: la consapevolezza di agevolare il fatto illecito altrui, come già prescritto dall'art. 27 del primo progetto di articoli.

Un esempio può essere utile per chiarire che cosa si intende. Si ipotizzi un accordo multilaterale che impone di non produrre carbone oltre una determinata soglia, di cui sono parte Stato A, Stato B e Stato C. Se C assiste A nella produzione di carbone oltre la soglia stabilita, C è complice della violazione di A, in ragione dell'art. 16 del progetto. Nel caso in cui, rispetto al medesimo accordo, fosse lo Stato D ad agevolare consapevolmente il fatto illecito di A, per D non sorgerebbe alcuna responsabilità – grazie all'art. 16 lett. b – nonostante la comprovata conoscenza di D delle circostanze dell'illecito di A. Non è, questo, un esito soddisfacente⁴³. Diverso sarebbe il caso in cui D non fosse affatto a conoscenza dell'accordo multilaterale tra gli Stati: mancando la conoscenza delle circostanze dell'altrui illecito, verrebbe a non sussistere complicità.

Come sostenuto da alcuni⁴⁴, in presenza dell'elemento materiale della condotta agevolatrice e dell'elemento soggettivo della conoscenza della commissione di un fatto illecito sembra irragionevole escludere la complicità, con buona pace dell'art. 16 lett. b. Concludere altrimenti significherebbe accettare la possibilità che uno Stato possa liberarsi da responsabilità perchè non titolare di quell'obbligo, nonostante la condotta agevolatrice del fatto illecito; ciò implicherebbe che *a State can do by another what it can not do by itself*⁴⁵.

Circa l'applicazione alla complicità dello schema contrattualistico, anche Gaja, allora membro della Commissione, invitava alla cautela, sottolineando la necessità di chiarire l'effettivo funzionamento della clausola nelle situazioni concrete. Secondo l'eminente studioso, esiste la possibilità che anche in caso di trattati multilaterali sorgano tra gli Stati relazioni bilaterali, con la conseguenza che anche la parte dell'accordo multilaterale, non coinvolta nel rapporto bilaterale, resta terza e non vincolata da alcun obbligo. Nel caso di un accordo multilaterale di estradizione, ad esempio, lo Stato terzo non richiesto non è titolare di alcun obbligo. Pertanto, applicando la *opposability clause*, potrebbe non essere ritenuto complice anche se adottasse una condotta agevolativa (e consapevole) nei confronti dello Stato richiesto che

⁴³ In questo senso M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., pp. 162-164, p. 166.

⁴⁴ Lanovoy correttamente sostiene che sarebbe sufficiente chiarire questi due elementi per limitare l'applicazione della complicità ed evitarne derive non volute, V. LANOVY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, cit., p. 160; nello stesso senso G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., pp. 123 ss.; altri affermano che si tratta di una precisa scelta politica, B.K. NUSSBERGER, *Interstate assistance to the use of force*, cit., p. 822.

⁴⁵ Citazione volutamente distorta dell'affermazione del relatore speciale Crawford con cui lo stesso ha giustificato l'inserimento della lett. b all'art. 16 (commentario all'art. 16, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 54, par 6); similmente, V. LANOVY, *Responsibility for Complicity*, cit., pp. 31-32.

non intende riconsegnare l'individuo allo Stato richiedente⁴⁶.

Alla clausola è stata mossa un'ulteriore critica di carattere metodologico⁴⁷: il limite di cui alla lett. b dell'art. 16 non è previsto in caso di coercizione, di cui all'art. 18 del progetto del 2001, ma adottato per i soli casi di complicità e direzione. L'art. 18 prevede che quando uno Stato eserciti una coercizione su un altro al fine di commettere un illecito, del fatto sarà responsabile lo Stato che ha esercitato detta coercizione. Ciò significa che sussiste una situazione in cui uno Stato implicato nel fatto illecito altrui è responsabile a prescindere dalla duplice titolarità del medesimo obbligo. A rilevare sono solo la condotta dello Stato che esercita una coercizione sull'altro, ovvero il legame causale tra le due condotte, nonché l'elemento soggettivo con cui lo Stato ha esercitato la costrizione (art. 18 lett. b).

Inoltre, tra le varie forme di coercizione di cui all'art. 18 del progetto di articoli del 2001, è prevista anche quella di carattere economico, notoriamente esclusa dalle ipotesi di violenza ai sensi dell'art. 52 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁸. Si tratta di un elemento da cui è possibile dedurre l'irrelevanza del regime dei trattati per la responsabilità. Ciò evidenzia quanto sia articolato il nesso tra responsabilità internazionale e diritto dei trattati e come non sia possibile applicare sempre al regime di responsabilità l'approccio consensualistico proprio del diritto dei trattati.

L'impostazione dell'art. 18 del progetto di articoli è funzionale a impedire che lo Stato leso sia privato della possibilità di ottenere una riparazione, vedendosi opposta l'estraneità dello Stato che esercita la pressione. Di nuovo, però, vale quanto precedentemente affermato: l'estraneità può essere valutata sulla base della conoscenza delle circostanze dell'altrui illecito, cioè dell'elemento soggettivo, e tanto sarebbe sufficiente per tutti i casi di responsabilità per implicazione nell'illecito di un altro Stato.

E allora, la *opposability clause* non convince perché sembra applicare alla responsabilità uno schema che le è estraneo, ovvero quello contrattualistico⁴⁹. Le implicazioni di questa distorsione sono sia teoriche che pratiche.

⁴⁶ Statement by Gaja at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, p. 73, par. 54-58.

⁴⁷ Così G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., pp. 129-130; A. ORAKHELASHVILI, *Division of Reparation Between Responsible Entities*, cit., pp. 652-653.

⁴⁸ Commentario all'art. 18, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 70, par. 3.

⁴⁹ Lo stesso approccio è stato adottato per gli articoli 14 e 58 del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. In questa sede la *opposability clause* genera ancora più dubbi, perché è oltremodo difficile che una organizzazione internazionale e uno Stato siano titolari dei medesimi obblighi (V. LANOVY, *Responsibility for*

4. Implicazioni pratiche dell'art. 16, lett. b

Vari sono gli effetti distorsivi della clausola di cui all'art. 16 lett. b. Tra questi, uno riguarda aspetti di intertemporalità. Infatti, per poter applicare la complicità è necessario che al momento dell'avvio della condotta ancillare, il complice sia titolare del medesimo obbligo violato con il fatto principale. Invece, nel caso in cui il complice non sia titolare dell'obbligo principale, la complicità deve essere esclusa. Tale conclusione diviene paradossale se il complice assume la titolarità dell'obbligo violato con il fatto principale in un momento immediatamente successivo al verificarsi del fatto. In questo caso, è evidente che la *opposability clause* diviene uno strumento per eludere la responsabilità. Lo stesso vale nell'ipotesi in cui uno Stato sia firmatario di un trattato, ma non abbia ancora depositato lo strumento di ratifica. Qualora lo Stato firmatario partecipi alla violazione di un obbligo imposto da quel medesimo accordo realizzata da uno Stato parte, la complicità dovrebbe essere esclusa in ragione della clausola dell'art. 16⁵⁰.

Alcune considerazioni meritano anche i trattati che impongono regimi obiettivi⁵¹. Come è noto, per regimi obiettivi si intendono quei sistemi previsti da trattati che, nel regolamentare aspetti territoriali (come la definizione di un confine), impongono di fatto una certa situazione anche agli Stati terzi. Ci si domanda qui nuovamente perché uno Stato terzo che assiste uno Stato parte del trattato che impone il regime obiettivo non possa essere considerato responsabile per complicità, solamente in ragione della non titolarità degli obblighi derivanti da quel trattato⁵². Ciò non sembra accettabile, soprattutto se si ipotizza che sussistano l'agevolazione e l'intento agevolatore.

Un'altra osservazione critica riguarda la compatibilità dell'art. 16 lett. b con quelli che sono definiti 'obblighi sovrapponibili'⁵³. Si tratta di quelle situazioni in cui un obbligo è previsto da fonti diverse, ma con il medesimo

Complicity, cit., pp. 32-34). Stesse criticità sorgono se si ritiene di poter applicare l'art. 16 del progetto di articoli anche ai casi di cooperazione tra Stato e individui, come sembrerebbe aver suggerito la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *sull'Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, cit., dati sia i dubbi sulla soggettività, prima ancora dei dubbi sulla duplice titolarità degli obblighi internazionali.

⁵⁰ Così G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., p. 135. È da tenere in considerazione l'obbligo di buona fede di cui è titolare lo Stato che abbia apposto la firma, di cui all'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁵¹ H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 255-258; G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., pp. 134-135.

⁵² Si pensi al regime imposto dal Trattato sull'Antartide, testo disponibile online <https://www.ats.aq/e/key-documents.html>.

⁵³ H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 258-265.

contenuto⁵⁴. Se, nell'applicare la *opposability clause*, si dovessero tenere distinte le diverse fonti degli obblighi, si avrebbe la conseguenza di escludere la complicità assai di frequente. Questa soluzione, estremamente formalista, non convince, soprattutto se si considera che un esempio di situazioni di questo genere sono i trattati in materia di diritti umani. Si rischierebbe, ad esempio, di escludere complicità in un caso di violazione del diritto alla vita privata e familiare, perché lo Stato autore dell'illecito principale è parte del *Covenant*, ma non è parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di cui invece è parte lo Stato complice, e la controversia è instaurata innanzi alla Corte europea. Il relatore speciale Crawford ha tentato di fornire una soluzione a questa ipotesi: egli ha affermato che si deve osservare l'illiceità della condotta per ciascuno Stato, non essendo necessaria l'identità delle fonti da cui scaturiscono gli obblighi⁵⁵. Per quanto possa ritenersi una soluzione ragionevole, essa non compare affatto nel commentario all'art. 16. Inoltre, se la *ratio* della *opposability clause* è il principio dell'estraneità dei terzi ai trattati – questo sì presente nel commentario a supporto della clausola –, ciò implica necessariamente l'identità di fonte dell'obbligo.

Nel caso degli obblighi sovrapponibili, poche paiono le alternative per l'interprete: la prima, il ricorso a un principio generale o a una norma consuetudinaria comune ai due sistemi convenzionali di tutela, operazione oltremodo complessa soprattutto in materia di diritti umani; la seconda, non tenere conto dell'art. 16 lett. b e ritenere complice lo Stato che abbia consapevolmente agevolato il fatto principale.

Come accennato, e contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, altra criticità dell'art. 16 lett. b riguarda gli obblighi prescritti dal diritto consuetudinario, nonostante la loro portata generale. Difatti, se è sicuramente vero che tutti i soggetti della comunità internazionale sono titolari dell'obbligo consuetudinario, non è detto che il problema della duplice titolarità dell'obbligo non sorga anche in questo contesto, non solo nel caso in cui il potenziale complice sia un obbietto persistente⁵⁶, ma anche

⁵⁴ Ad esempio, l'obbligo di tutelare la vita umana, previsto sia dal Patto sui diritti civili e politici del 1966, sia dalla Convenzione europea: accordi che presentano disomogeneità nelle parti contraenti, ma omogeneità nei contenuti.

⁵⁵ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, cit., p. 410.

⁵⁶ La teoria dell'obietto persistente ha trovato accoglimento nella sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa alle *Pescherie Norvegesi* del 18 dicembre 1951, *Regno Unito c. Norvegia*, ICJ Reports p. 116 ss. In senso favorevole alla teoria si è poi pronunciato il relatore speciale Wood nel terzo rapporto sull'identificazione del diritto consuetudinario. Così anche la *Draft Conclusion* n. 9 (*Draft conclusions on identification of customary international law*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, part two). L'applicazione della *opposability clause* porterebbe alla paradossale conseguenza che uno Stato complice

nel caso in cui sia del tutto estraneo alla fattispecie concreta che fa sorgere in pratica l'obbligo⁵⁷.

5. *Implicazioni teoriche della opposability clause*

Oltre agli effetti pratici sopra riportati, l'opportunità o meno di mantenere la clausola di cui all'art. 16 lett. b è strettamente collegata alla concettualizzazione della complicità⁵⁸. Come già accennato, tra il primo e il secondo progetto di codificazione esistono differenze circa la ricostruzione teorica della norma. Nel primo progetto di articoli, l'art. 27 codificava una complicità dal carattere generale rispetto alla quale rilevavano l'apporto causale della condotta ancillare e l'intenzione di agevolare l'illecito principale. Era una norma che accedeva a qualunque tipologia di norma primaria, qualificando come illecita la condotta ancillare in ragione di questi soli elementi.

Se si aderisce all'impostazione generalista del relatore speciale Ago, non sarà assolutamente necessaria la duplice titolarità dell'obbligo sia per il fatto illecito principale che per il fatto accessorio. Infatti, la funzione di limitare l'applicazione della complicità a quei casi in cui vi sia effettiva partecipazione è assolta dall'elemento soggettivo della complicità. Per quanto si tratti di un elemento complesso e di difficile indagine, è proprio nella consapevolezza dell'altrui illecito, oltre che nella volontà di agevolarlo, che risiede la partecipazione. Il fatto accessorio diviene tale in ragione dell'apporto causale e dell'intento agevolatore che lo connotano; questi stessi elementi sono quindi al contempo i limiti della fattispecie e le uniche condizioni affinché questa possa essere applicata. Lo stesso Ago, nell'osservazione della prassi durante i lavori di codificazione aveva qualificato la complicità come un titolo autonomo e parallelo alla responsabilità per il fatto illecito principale. Le due condotte sono collegate da un nesso eziologico, e per il sorgere dell'una è necessario che il fatto illecito si verifichi, ma tanto è sufficiente. Non è quindi possibile qualificare la complicità come responsabilità per fatto

potrebbe vedersi liberato da responsabilità qualora dimostrasse di aver obiettato alla consuetudine che prescriveva l'obbligo violato con l'illecito principale (V. LANOVY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, cit., p. 158). Anche questa soluzione non sembra accettabile, e come quelle sopra riportate, porta a dubitare dell'opportunità della lett. b.

⁵⁷ V. LOWE, *Responsibility for the Conduct of Other States*, cit., pp. 7-8.

⁵⁸ Aust afferma che la presenza della lett. b contribuisce a creare dubbi circa la corretta interpretazione da dare all'art. 16, creando incertezza (*Complicity*, cit., p. 266).

altrui, come invece avviene per le altre forme di responsabilità condivisa.

La posizione del relatore speciale Crawford in realtà non si discosta da questa impostazione generalista⁵⁹: anche l'art. 16 ha la medesima indipendenza e lo stesso carattere generale dell'art. 27⁶⁰. Tuttavia, per l'ultimo relatore speciale la complicità assolve alla funzione di qualificare un fatto accessorio a un illecito, prescindendo dalla sua illiceità. La differenza con l'approccio del relatore Ago è sottile, ma sussiste.

Nel primo caso, il fatto del complice è illecito perché contrario al divieto generale di partecipare all'altrui illecito; nel secondo caso, la complicità è un meccanismo per qualificare come illecito il fatto del complice in ragione di una estensione della fattispecie definita dalla norma primaria. La funzione della complicità sarebbe quella di tipizzare una condotta che diversamente sarebbe atipica⁶¹. In altre parole, la ragione per cui la condotta del complice deve essere sanzionata è che questa reca un'offesa a un interesse protetto da una norma internazionale. In entrambe le circostanze la complicità rischia di assumere i caratteri di una norma primaria, conclusione inaccettabile per il relatore speciale Crawford. La soluzione a questa indebita estensione dell'obbligo previsto da una norma primaria sarebbe allora proprio l'art. 16 lett. b⁶², poiché non verrebbe a sussistere alcun nuovo obbligo per il complice, dato che anch'esso è vincolato dall'obbligo violato con l'illecito principale.

Nonostante la pregevolezza del ragionamento, non pare che la struttura della complicità abbia subito modifiche grazie alla *opposability clause*⁶³; nemmeno la scarsa prassi esistente depone in tal senso. Ancora oggi, a rendere illecito il fatto del complice non è la duplice titolarità della norma primaria.

La norma continua a esprimere il principio per cui è illecita la partecipazione all'altrui fatto illecito⁶⁴ e in questo senso qualifica la condotta

⁵⁹ In alcuni casi particolari la complicità sembra una responsabilità per fatto altrui perché comporta l'attribuzione anche al complice del fatto illecito principale. Si pensi all'aggressione tramite messa a disposizione del territorio, lett. 3 f della risoluzione dell'Assemblea generale sulla definizione di aggressione del 1974 (B.K. NUSSBERGER, *Interstate assistance to the use of force*, cit., pp. 789-838, p. 829).

⁶⁰ Ciò emerge chiaramente dal commentario all'art. 16, riprodotto in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 67, par. 10, «In accordance with article 16, the assisting State is responsible for its own act in deliberately assisting another State to breach an international obligation by which they are both bound. It is not responsible, as such, for the act of the assisted State».

⁶¹ Per una sintesi T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano¹⁰, 2012, p. 288 ss.; il paragone con il diritto penale è operato anche da Jackson, il quale esplora le teorie sulla partecipazione unitaria e differenziata, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., p. 18 ss.

⁶² J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, cit., p. 409.

⁶³ G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., pp. 124-125.

⁶⁴ J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 48, par. 171.

accessoria. L'art. 16, tuttavia, non estende l'obbligo previsto dalla norma primaria e violato con l'illecito principale dal complice; piuttosto, esso collega il fatto ancillare al principale, qualificandolo come partecipazione a un illecito e per questo illecito anch'esso.

In ragione di quanto sopra resta da comprendere se la complicità – comprensiva di *opposability clause* – appartenga alle norme primarie o alle norme secondarie⁶⁵. La questione ad oggi ha più rilevanza teorica che pratica, dato che la norma non è stata eliminata dalla codificazione, come alcuni in Commissione suggerivano⁶⁶, e ha avuto perciò la possibilità di consolidarsi come consuetudinaria⁶⁷.

Sul punto gli studiosi sono assai divisi⁶⁸; sinteticamente, non sembra che

⁶⁵ Secondo il commentario al progetto «it is not the function of the articles to specify the content of the obligations laid down by particular primary rules, or their interpretation. Nor do the articles deal with the question whether and for how long particular primary obligations are in force for a State», in *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, part two, p. 31, par. 4. Come ricordato, l'adozione della distinzione nel lavoro di codificazione è attribuibile al relatore speciale Ago. Tuttavia, essa affonda le radici nelle teorie di Anzilotti, che aveva affrontato il tema svincolando la responsabilità dello Stato dagli schemi tipici del diritto interno partendo dalla prassi degli Stati (D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902); A. GIANELLI, *Il contributo della dottrina italiana al tema della responsabilità internazionale*, cit., pp. 1047-1048. Circa la qualificazione della complicità come una norma primaria, G. GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on States Responsibility*, in «Rivista di diritto internazionale», 2014, p. 981 ss.

⁶⁶ Crawford sosteneva che in assenza della *opposability clause* la complicità dovesse essere eliminata dal progetto di articoli (J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, cit., p. 47, par. 167; Statement by Crawford at the 2577th meeting of the ILC, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. I, p. 68, par. 11-12; *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, part two, p. 68, par. 250).

⁶⁷ H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 103-107. Sul punto si ricorda che nonostante l'identificazione come norma consuetudinaria operata dalla Corte internazionale di giustizia, mancano dettagli sulla clausola dell'art. 16 lett. b; al contrario la Corte si è ben spesa nella definizione di altri elementi della norma, sent. del 26 febbraio 2007 nel caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., pp. 178-179, par. 419-421.

⁶⁸ H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 186-191, p. 188; Lanovoy parla di 'meta regola', V. LANOVOY, *Complicity and Its Limits*, cit., p. 245, p. 259; Jackson la definisce norma primaria, M. JACKSON, *Complicity in International Law*, cit., p. 150; così come E. DE WET, *Complicity in Violations of Human Rights and Humanitarian Law by Incumbent Governments through Direct Military Assistance on Request*, in «Int. and Comparative Law Quarterly», 2018, p. 290; H. MOYNIHAN, *Aiding and Assisting: The Mental Element Under Article 16 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility*, in «Int. and Comparative Law Quarterly», 2018, p. 455 ss.

la complicità sia dotata dei caratteri propri della norma secondaria, proprio in ragione della funzione accessoria che svolge. È in ragione di questo che autorevole dottrina esclude la natura di norma secondaria della complicità⁶⁹. Gaja vaglia sia la critica per cui la complicità implicherebbe l'insorgere di un nuovo obbligo oltre a quello statuito dalla norma primaria – ovvero quello di non assistere nella violazione dello stesso –, sia la ricostruzione fondata sulla funzione qualificatrice⁷⁰ della complicità. Secondo l'autore, a prescindere dalla ricostruzione prediletta, «these are all primary rules»⁷¹.

Su posizioni simili, ma meno nette in termini di qualificazione della complicità si collocano altri studiosi⁷² che affermano che la complicità non trovi una collocazione né tra le norme primarie né tra quelle secondarie⁷³.

⁶⁹ G. GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on States Responsibility*, cit., p. 989.

⁷⁰ «It specifies certain conduct as internationally wrongful. This may seem to blur the distinction maintained in the articles between the primary or substantive obligations of the State and its secondary obligations of responsibility. It is justified on the basis that responsibility under chapter IV is in a sense derivative», commentario in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 65, par. 7.

⁷¹ G. GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on States Responsibility*, cit., p. 989.

⁷² G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., pp. 139-144. Aust si concentra sulla differenza tra norme primarie speciali sulla complicità e norme secondarie: nel primo gruppo rientrebbero tutte quelle norme che riguardano la partecipazione di uno Stato all'illecito di un altro, mentre l'art. 16 sarebbe una norma secondaria dal carattere generale, ma con caratteristiche proprie di una norma primaria in quanto estende le conseguenze della violazione dell'obbligo imposto dalla norma primaria a cui accede, H.P. AUST, *Complicity*, cit., pp. 188-189.

⁷³ È noto che il distinguo tra l'una e l'altra categoria di norme sia da ricondurre all'impostazione enunciata da Hart nella opera *Il concetto di diritto* Einaudi, Torino, 1965. Il filosofo afferma che appartengono alla categoria delle norme primarie quelle che impongono obblighi, mentre sono norme secondarie quelle che attribuiscono poteri. Nel 1963 il relatore speciale Ago, con il fine di accelerare i lavori in Commissione, propose di applicare questa categorizzazione alla codificazione della responsabilità, decidendo di inserirvi solo norme secondarie, «taking care not to confuse the definition of the rules relating to responsibility with that of the rules of international law – and in particular those relating to the treatment of aliens – the breach of which can give rise to responsibility» (R. AGO, *Report of the 637th meeting of Sub-Committee on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. II, p. 227 ss.). Non pare che si sia del tutto riusciti nell'intento di mantenere questa rigida distinzione, si pensi alle circostanze che escludono l'illiceità, la legittima difesa e la disciplina delle contromisure (G. GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on States Responsibility*, cit., p. 985). Peraltro, già il relatore speciale Riphagen aveva espresso dubbi circa l'opportunità di mantenere la distinzione nel processo di codificazione (W. RIPHAGEN, *Second report on the content, forms and degrees of international responsibility (Part Two of The draft articles)*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1981, vol. II, part one, p. 98, par. 143).

Secondo Puma⁷⁴ la complicità avrebbe il fine di assistere le norme primarie nella tutela del bene giuridico protetto. Infatti, essa non sarebbe una norma del tutto autonoma, ma integrativa, che opera qualora una condotta – non tipica – sia però idonea ad offendere l'interesse protetto e funzionale a questo scopo⁷⁵. L'autore sottolinea che la complicità opera esternamente alla fattispecie della norma primaria, senza estenderne la portata soggettiva. Essa, pertanto, non necessiterebbe della limitazione imposta dalla *opposability clause*, poiché la complicità ha il mero fine di qualificare la condotta ancillare.

La ricostruzione poggia sulla teoria, di stampo penalistico, della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Questa, in caso di concorso, impone di considerare separatamente le singole condotte degli offensori che, seppur non tipiche, lo divengono in ragione della finalità offensiva che le caratterizza e del loro apporto causale all'offesa. Il rapporto tra complicità e norma primaria diventa di accessorietà⁷⁶: la complicità insieme alla norma primaria crea una nuova fattispecie plurisoggettiva (eventuale). La complicità, quindi, qualifica una condotta, diversa da quella prevista nella norma primaria, ma non ha la funzione di estendere quest'ultima alla condotta complice. In sostanza, la complicità non estende un obbligo al complice di cui in origine non era titolare⁷⁷, ma sanziona la condotta contraria al divieto di partecipare all'illecito altrui. Peraltro, il divieto di partecipare all'illecito è un obbligo oramai consuetudinario di cui gli Stati sono già titolari, come affermato dalla Corte internazionale di giustizia⁷⁸. Conseguentemente la lett. b dell'art. 16 non dovrebbe rilevare.

⁷⁴ G. PUMA, *Complicità di Stati*, cit., p. 138 ss, in part. p. 143.

⁷⁵ In senso conforme PUSTORINO, *Diritto internazionale e complicità fra Stati*, cit., pp. 659-660, 664.

⁷⁶ Sebbene si tratti di piani diversi, i paragoni con il diritto penale possono essere utili per meglio comprendere che cosa si intende. Alcuni autori, nell'affrontare il concorso di persone nel reato fanno riferimento alla teoria accessorietà (minima) adottata nell'ordinamento italiano. Secondo questa impostazione, la rilevanza della condotta ancillare è giustificata dalla presenza del fatto tipico (previsto dalla norma primaria) a cui essa accede sebbene atipica; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*¹¹, Giuffrè, Milano, 2023, p. 576.

⁷⁷ V. LOWE, *Responsibility for the Conduct of Other States*, cit., p. 13.

⁷⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, cit., p. 178, par. 420 «[...] reference should be made to Article 16 of the ILC's Articles on State Responsibility, reflecting a customary rule [...]».

6. *Considerazioni conclusive*

Nel presente lavoro si è osservato come l'applicazione rigida della *opposability clause* di cui all'art. 16 lett. b del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito sollevi notevoli criticità sia pratiche che teoriche. Prima tra tutte, essa ha l'effetto di escludere la complicità nei casi in cui la condotta ancillare non solo abbia un apporto causale sull'illecito altrui, ma sia anche posta in essere con la consapevolezza di contribuirvi, quando lo Stato complice non sia destinatario in concreto della stessa norma violata dallo Stato autore.

Si tratta di un esito non accettabile, soprattutto alla luce del progressivo evolversi dei rapporti tra soggetti di diritto internazionale che invece richiedono un sistema il più possibile idoneo a contrastare tutte le forme di illecito, anche quelle partecipative⁷⁹. Difatti, appare difficile poter ridurre le relazioni internazionali contemporanee a rapporti dal carattere strettamente bilaterale e isolate da un più ampio contesto, come la clausola oggetto di esame sembra suggerire. Il sistema della responsabilità deve invece essere adeguato ad applicarsi in un numero crescente di violazioni di obblighi che comportano l'interfacciarsi costante di più soggetti contemporaneamente e su piani giuridici diversi.

La responsabilità per complicità svolge esattamente questo compito. In ragione di questa norma riescono ad acquisire rilevanza condotte che nei confronti dell'illecito hanno un apporto causale, ma talvolta non rappresentano un illecito di per sé o non sono sussumibili nella fattispecie della norma primaria. Come codificata all'art. 16 del progetto di articoli, la complicità pare incoerente con la *ratio* della norma stessa.

⁷⁹ V. LOWE, *Responsibility for the Conduct of Other States*, cit., pp. 14-15.

Luigi Zuccari

*Gravi violazioni del diritto internazionale
e limiti al commercio di armi convenzionali*

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi – 2. Crimini internazionali e limiti al commercio di armi nella prospettiva dell'*Arms Trade Treaty* – 3. Le gravi violazioni del diritto cogente e il divieto di assistere, anche militarmente, lo Stato autore della violazione – 4. *Serious violations* dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario. Quali limiti al commercio di armi? – 4.1. Gli elementi che qualificano una *serious violation* dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, nel diritto internazionale del commercio di armi – 4.2. Gli obblighi in materia di commercio di armi correlati al rischio di gravi violazioni dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario – 5. Conclusioni.

1. *Aspetti introduttivi*

I recenti conflitti armati, in particolare quello russo-ucraino e quello tra Israele e Hamas hanno posto con straordinaria evidenza il tema dei trasferimenti di armi a favore di attori statali e non statali che commettono gravi violazioni del diritto internazionale.

Con riferimento alla crisi ucraina, la questione è stata dibattuta non soltanto in dottrina¹, ma anche in senso al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite² dove diversi Stati hanno invocato le responsabilità internazionali della Bielorussia e dell'Iran per aver fornito sostegno militare al Cremlino, nonostante questi abbia commesso gravi violazioni del diritto internazionale³.

¹ O.A. HATHAWAY and S. SHAPIRO, *Supplying Arms to Ukraine is Not an Act of War*, in «Just Security», 12 March 2022; G.R. HERNÁNDEZ, *Iran supplies arms to Russia*, in «Proquest», 2022; E. LOB, *Iran's Drone Industry and Its Military Cooperation with Russia in Ukraine*, in «The Great Power Competition», vol. 5, edited by A. Farhadi, M. Grzegorzewski, A. J. Masys, Switzerland, 2023.

² Consiglio di sicurezza, verbale della riunione del 25 luglio 2024 (S/PV.9693), intervento dell'Alto rappresentante per il disarmo.

³ Consiglio di sicurezza, verbale della riunione del 28 giugno 2022 (S/PV.9080), inter-

Il tema dei trasferimenti di armi verso Stati che compiono violazioni gravi del diritto internazionale ha assunto una certa rilevanza anche nel conflitto tra Israele e Hamas dove le contestazioni alle forniture di materiali militari a favore di Tel Aviv sono giunte sino alla Corte internazionale di giustizia. Nel procedimento relativo alle conseguenze giuridiche delle politiche israeliane nei territori palestinesi occupati⁴, infatti, diversi Stati hanno dapprima evidenziato le gravi violazioni commesse da Israele nella striscia di Gaza, in particolare l'occupazione illecita del territorio palestinese, la violazione del principio di autodeterminazione dei popoli e quella del divieto di apartheid, poi hanno rammentato che «all States must refrain from all forms of assistance, including transfer of arms [...] that *de facto* perpetuates the occupation»⁵.

Questi ed altri esempi simili che potremmo proporre⁶ mettono in evidenza come gli Stati siano ben consapevoli dei limiti che il diritto internazionale pone ai trasferimenti di armi verso soggetti che commettono violazioni gravi del diritto internazionale. Tanto il diritto internazionale generale quanto quello pattizio, infatti, prevedono una serie di restrizioni ai trasferimenti di armi convenzionali quando il Paese destinatario delle stesse abbia perpetrato condotte antigiuridiche particolarmente gravi. Tali restrizioni, il più delle volte, prendono la forma giuridica del “divieto di commercializzazione” che viene ad assumere valori e contenuti differenti in funzione del livello di gravità della violazione commessa dal soggetto che intende acquisire le armi. Se la violazione è particolarmente grave, infatti, il divieto di trasferire armi assume valore assoluto, o quantomeno aspira ad

vento del rappresentante della Polonia, p. 20. In modo simile, v. l'intervento del rappresentante ucraino nell'ambito della riunione del Consiglio di sicurezza del 13 gennaio 2023 (S/PV.9243), p. 17 ss.

⁴ Corte internazionale di giustizia, udienza pubblica del 26 febbraio 2024 concernente il caso *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, Request for advisory opinion submitted by the General Assembly of the United Nations*.

⁵ *Ibidem*, par. 43, intervento del rappresentante della Namibia. Nel paragrafo successivo, il rappresentante dello Stato africano aggiunge che «In Namibia's view, this means, in particular, that all States are under an obligation to ensure that companies under their jurisdiction or control do not trade in Israeli goods or with Israeli companies originating from or linked to Israel's illegal occupation». Nella stessa occasione, il rappresentante dell'Oman ha rammentato come «United Nations General Assembly resolution 77/25 called upon all States consistent with their obligations under the Charter and relevant Security Council resolutions to a policy of non-recognition, non-cooperation, non-assistance to the Israeli occupation and to ensure respect for international law in this regard».

⁶ V. anche Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, A/HRC/55/L.30, risoluzione adottata il 5 aprile 2024.

essere tale⁷; al contrario, quando la condotta illecita non si caratterizza per un livello di gravità eccezionale, i limiti alla libertà degli Stati di vendere armi sono meno stringenti e lasciano ampia discrezionalità allo Stato responsabile del trasferimento.

Il livello di gravità della violazione, peraltro, incide anche sull'ambito di applicazione *ratione personae* dei divieti in questione. In alcuni casi, quando la gravità della violazione raggiunge livelli particolarmente elevati, la proibizione si impone a tutti gli Stati che partecipano alla transazione commerciale (quindi Paesi esportatori, importatori, di transito, di trasbordo e di intermediazione); in altri, invece, il divieto interessa esclusivamente il Paese esportatore⁸.

Va tenuto conto, poi, che non tutte le gravi violazioni del diritto internazionale determinano, *ipso facto*, un divieto di trasferimento. In alcuni casi, infatti, il diritto internazionale si limita ad istituire in capo agli Stati un mero obbligo di valutazione, affinché le armi trasferite non contribuiscano ad alimentare le condotte illecite. In queste circostanze, dunque, l'operatività del divieto di trasferimento è condizionata dall'esito della valutazione dello Stato esportatore⁹.

Questi limiti al commercio di armi, a cui abbiamo sommariamente accennato, sono in larga parte contenuti nel Trattato sul commercio di armi del 2013 (di seguito anche ATT – *Arms Trade Treaty*), primo accordo universale giuridicamente vincolante che disciplina organicamente il settore del commercio di armi convenzionali¹⁰. Sebbene il Trattato stabilisca diversi limiti alla libertà degli Stati di trasferire armi, in questo contributo ci limiteremo ad analizzare quelli derivanti dalle violazioni più gravi del diritto internazionale¹¹, che sono previsti, nello specifico, negli artt. 6, par. 3 e 7 dell'Accordo.

Alle proibizioni introdotte dal Trattato del 2013, si aggiungono quelle

⁷ Sul punto, ci sia consentito rinviare a L. ZUCCARI, *Il commercio di armi convenzionali nel diritto internazionale. Normativa e prassi italiana alla luce degli obblighi internazionali*, Napoli, 2024, p. 56.

⁸ È questo il caso dell'art. 7 del Trattato del commercio di armi, di cui si parlerà a breve. *Infra*, par. 4.

⁹ Per ulteriori dettagli, *infra*, par. 4.2.

¹⁰ Trattato sul commercio di armi, adottato dall'Assemblea generale dell'ONU il 2 aprile 2013, con 154 voti favorevoli, 24 astensioni e 3 contrari (Corea del Nord, Siria e Iran). Nel momento in cui si scrive (06/06/2024) il Trattato conta 113 Stati parti. Non sono parti del Trattato i principali esportatori di armi, vale a dire USA e Federazione russa. La Cina è divenuta parte del Trattato il 6 luglio 2020.

¹¹ Ciò vuol dire, che non saranno oggetto di analisi i limiti al commercio di armi che derivano da violazioni "ordinarie" del diritto internazionale.

previste dal diritto internazionale generale dove possiamo rinvenire diverse norme direttamente o indirettamente applicabili al commercio di armi, anche se non sempre correlate al concetto di “grave violazione”. Si pensi, a titolo di esempio, alla norma che vieta l'intervento negli affari interni di uno Stato, da cui si può ricavare il divieto di trasferire armi ai movimenti insurrezionali; in modo simile, si potrebbe far riferimento al principio di autodeterminazione dei popoli, che impedisce di sostenere militarmente il governo razzista, coloniale o straniero che reprime l'autodeterminazione¹². Particolarmente rilevante ai fini della nostra analisi è il divieto di assistere, anche mediante la fornitura di armi, gli Stati che commettono gravi violazioni del diritto internazionale cogente, che si ricava dall'applicazione della normativa secondaria in materia di responsabilità internazionale, oggi codificata nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001.

Nel tentativo di definire con maggiore precisione ciascuno degli aspetti sopra richiamati, nel presente contributo si intende mettere in evidenza quali sono le conseguenze giuridiche più rilevanti che una grave violazione del diritto internazionale produce nel settore del commercio internazionale di armi convenzionali esaminando, nello specifico, quelle derivanti dalla commissione di crimini internazionali, di gravi violazioni del diritto cogente e di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

2. Crimini internazionali e limiti al commercio di armi nella prospettiva dell'Arms Trade Treaty

I crimini internazionali sono oggi comunemente considerati tra le più gravi violazioni del diritto internazionale, non soltanto perché comportano l'infrazione di norme fondamentali per la Comunità internazionale¹³, ma

¹² Conseguenze giuridiche diverse si hanno nel caso in cui al popolo non viene riconosciuto il diritto di autodeterminarsi, ma soltanto di autogovernarsi. In questi casi, si parla di “autodeterminazione interna”, vale a dire realizzata nell'ambito e secondo l'ordinamento giuridico di uno Stato. In tali circostanze, il commercio di armi a favore dello Stato centrale resta consentito.

¹³ In questo senso, in dottrina è stato messo in rilievo come la caratteristica principale dei crimini internazionali sia «the violation of universal principles of fundamental importance». B. BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, 2009, p. 81. Sul punto, peraltro, va messo in evidenza come la Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, 2022, ha considerato i crimini internazionali come norme cogenti, vale a dire quali norme inderogabili

anche perché producono conseguenze di gravità straordinaria sia per la vittima della violazione, sia per l'ordinamento internazionale¹⁴.

Come si può facilmente immaginare, la commissione di un crimine internazionale, oltre a generare la responsabilità penale individuale dell'autore del crimine, produce degli effetti anche nel settore del commercio di armi convenzionali. Le armi, del resto, rappresentano il principale strumento attraverso il quale vengono perpetrate tali condotte illecite; i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra, il crimine di genocidio e il crimine di aggressione, altro non sono che il risultato della diffusione incontrollata delle armi e soprattutto dell'uso illecito che ne viene fatto. Per questa ragione, la Comunità internazionale si è dotata di strumenti e norme volte a controllare, specificamente, la diffusione di armi convenzionali al fine di impedire che il commercio di materiale militare possa alimentare la commissione di crimini internazionali.

Di particolare rilievo, in proposito, è l'art. 6, par. 3, del Trattato sul commercio di armi del 2013, secondo cui «A State Party shall not authorize any transfer of conventional arms [...] or of items covered under Article 3 or Article 4, if it has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949». La norma, dunque, vieta agli Stati parti di trasferire armi se possono essere utilizzate per commettere gravi violazioni del diritto internazionale, in particolare: crimine di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Stupisce, come il crimine di aggressione non costituisca un presupposto giuridico idoneo ad attivare il divieto previsto dall'art. 6. Vale a dire, che a tenore della disposizione, gli Stati parti del Trattato non sono formalmente obbligati a vietare i trasferimenti di armi verso uno Stato aggressore, quale può essere considerata, ad esempio, la Federazione russa nell'ambito dell'attuale conflitto russo-ucraino¹⁵.

che riflettono i valori fondamentali della Comunità internazionale.

¹⁴ Si pensi, a questo proposito, alle conseguenze giuridiche, in termini di responsabilità, che derivano dalla commissione di un crimine internazionale. Una condotta criminosa, infatti, è suscettibile non soltanto di determinare una responsabilità penale individuale, ma anche di attivare, al ricorrere di determinate condizioni di cui si dirà a breve, le conseguenze giuridiche "speciali" previste dal regime di responsabilità aggravata di cui agli artt. 40 e seguenti del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati.

¹⁵ Non soltanto autorevole dottrina, ma anche l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha formalmente affermato che l'operazione speciale avviata dal Cremlino il 24 febbraio 2022 contro l'Ucraina deve considerarsi un atto di aggressione. Sul punto, v. Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Aggression against Ukraine*, risoluzione del 1° marzo 2022. In dottrina, vedi tra gli altri, S. HILL, *International Efforts to Collect Evidence Related to Russia's Aggression*

Va notato, inoltre, come la norma istituisca un divieto di “trasferimento”, termine che ai sensi dell’art. 2 del Trattato sta ad indicare «export, import, transit, trans-shipment and brokering». Ciò significa che non solo lo Stato esportatore, ma anche gli altri Stati interessati dall’operazione commerciale, ossia gli Stati di transito, di trasbordo e di intermediazione sono parimenti obbligati ad impedire, per quanto di loro competenza, il trasferimento delle armi.

Si rileva, poi, come il divieto di trasferimento previsto dall’art. 6, par. 3, del Trattato riguardi non soltanto le armi convenzionali elencate nell’art. 2, ma anche «items covered under Article 3 or Article 4», vale a dire munizioni e componenti ad esse correlate.

Al verificarsi delle più gravi violazioni del diritto internazionale, quali sono comunemente considerati i crimini internazionali, dunque, il Trattato sul commercio di armi ricollega conseguenze giuridiche particolarmente severe, prevedendo un divieto di trasferimento dal campo applicativo ampio, che si impone tanto ai Paesi esportatori quanto ai Paesi importatori, di transito e di intermediazione e che riguarda sia le armi convenzionali sia le loro componenti.

Ciò posto, va tenuto conto come tale divieto operi esclusivamente se lo Stato (sia esso esportatore, importatore, di transito o di intermediazione) «has *knowledge* at the time of authorization» dell’utilizzo criminoso delle armi. L’attuazione della norma, dunque, è strettamente correlata all’interpretazione del termine “conoscenza” che si presta ad una duplice lettura. Da un lato, infatti, tale termine potrebbe intendersi come una *piena conoscenza* fondata su dati aggregati e prove concrete, come sostenuto dal Presidente della Conferenza ONU sull’ATT, nel corso della 67^a sessione dell’Assemblea generale; dall’altro, invece, potrebbe indicare una *mera consapevolezza* che un determinato fatto potrebbe verificarsi nel normale corso degli eventi, in linea, *mutatis mutandis*, con quanto previsto dall’art. 30 dello Statuto della Corte penale internazionale¹⁶. Nel primo caso, il divieto opererebbe esclusivamente in presenza di prove certe che dimostrano in modo inconfutabile la

against Ukraine, in «Saint Louis University Law Journal», 2024, p. 243 ss.; J.A. GREEN, C. HENDERSON, T. RUYS, *Russia’s attack on Ukraine and the jus ad bellum*, in «Journal on the Use of Force and International Law», 2022, p. 4 ss.; U. YASUHIRO, *Russia’s aggression against Ukraine and the pursuit of individual criminal responsibility*, in «US-China Law Review», 2023; M.N. SCHMITT, *Providing Arms and Materiel to Ukraine: Neutrality, Co-Belligerency and the Use of Force*, in «Lieber Institute - Articles of War», 2022.

¹⁶ Ai sensi dell’art. 30 dello Statuto della Corte penale internazionale, «‘knowledge’ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events».

possibilità che si verifichino dei crimini internazionali; nel secondo, invece, i limiti al commercio di armi dovrebbero applicarsi anche laddove sussista soltanto la mera possibilità che si verifichino condotte criminose.

Va precisato, poi, che il divieto di trasferimento previsto dall'art. 6, par. 3, trova attuazione esclusivamente se la conoscenza dello Stato responsabile del trasferimento sussiste «*at the time of authorization*». Vale a dire, che laddove in un momento successivo all'autorizzazione dovessero emergere elementi che dimostrano il coinvolgimento del Paese destinatario delle armi nella commissione di crimini internazionali, gli Stati parti del Trattato non sarebbero, a tenor di norma, obbligati a revocare il trasferimento. Ciò posto, va evidenziato come la prassi, soprattutto europea, in alcune circostanze, si sia mossa spontaneamente nel senso di revocare o sospendere i trasferimenti di armi verso Stati che, successivamente al rilascio della licenza di trasferimento, si sono macchiati di crimini internazionali o, più in generale, di gravi violazioni del diritto internazionale. Ciò si è verificato, ad esempio, nel 2018 quando diversi Paesi europei, nello specifico Paesi Bassi, Germania, Norvegia, Danimarca e Finlandia hanno sospeso le licenze di esportazione di armi verso l'Arabia Saudita che aveva commesso prima crimini di guerra in Yemen, poi un efferato «crimine di Stato» ai danni del giornalista Jamal Kashoggi¹⁷. In modo del tutto simile, si può rammentare che nel 2019, su impulso del Consiglio europeo¹⁸, diversi Paesi membri hanno interrotto le esportazioni di armi verso la Turchia, colpevole di aver sferrato un attacco armato contro le basi militari curde nel Nord-Est della Siria, senza il consenso dello Stato territoriale. Più recentemente, questa prassi trova conferma nell'interruzione dei trasferimenti di armi a favore di Israele, da parte dei Paesi Bassi e del Belgio, a cui si è aggiunto il Canada¹⁹.

¹⁷ Così è stata definita l'uccisione del giornalista nel *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jamal Khashoggi*, adottato dal Consiglio dei diritti umani il 19 giugno 2019 (Doc. A/HRC/41/CRP.1). J. ABRAMSON, *Europeans Cut Saudi Arms Sales*, in «Arms Control Today», 2018, p. 2 ss.

¹⁸ Conclusioni del Consiglio europeo del 14 ottobre 2019, *Nord Est della Siria*.

¹⁹ A onor del vero, la decisione dei Paesi bassi di interrompere il trasferimento degli F-35 allo Stato israeliano è stata imposta dall'Alta Corte di appello olandese che con sentenza del 12 febbraio 2024 (ECLI:NL:RBDHA:2023:19744), condividendo le argomentazioni delle ricorrenti (le ONG Oxfam e Pax) ha affermato la sussistenza di un rischio evidente che gli aerei oggetto della transazione potessero essere utilizzati da Israele in violazione del diritto internazionale umanitario. Tra i Paesi che hanno sospeso i trasferimenti di armi a favore di Israele non può essere annoverata l'Italia che, sebbene abbia bloccato il rilascio di nuove licenze, sta continuando a dare esecuzione agli accordi di trasferimento di armi conclusi prima del 7 ottobre 2023.

3. *Le gravi violazioni del diritto cogente e il divieto di assistere, anche militarmente, lo Stato autore della violazione*

La disciplina pattizia del Trattato del 2013, in tema di crimini internazionali, viene integrata e per alcuni aspetti rafforzata da alcune norme di origine consuetudinaria oggi codificate nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001. Il riferimento specifico è agli artt. 40 e 41 del Progetto che istituiscono un regime di responsabilità aggravata al fine di contrastare specificamente, non crimini internazionali, ma gravi violazioni di norme cogenti che, secondo la Commissione del diritto internazionale, «reflect and protect fundamental values of the international community. They are universally applicable and are hierarchically superior to other rules of international law»²⁰.

Sebbene le gravi violazioni a cui fa riferimento l'art. 40 del Progetto di articoli coincidano in larga misura con i crimini internazionali di cui al paragrafo precedente, le due fattispecie di illecito assumono caratteristiche differenti e producono conseguenze giuridiche sostanzialmente diverse, nondimeno nel settore del commercio internazionale di armi.

Le prime, infatti, rappresentano il presupposto giuridico per il sorgere di una responsabilità aggravata dello Stato²¹, mentre i crimini internazionali, come è noto, costituiscono l'assunto necessario per determinare una responsabilità penale dell'individuo. Si aggiunga, poi, che le gravi violazioni del diritto cogente si caratterizzano per *sistematicità* o *intensità*, nel senso indicato dalla Commissione del diritto internazionale nell'art. 40, par. 2, del Progetto²². Con il criterio della *sistematicità*, la Commissione fa riferimento espressamente al grado di pianificazione e premeditazione della violazione²³,

²⁰ Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (ius cogens)*, 2022. Va notato, come la definizione di *ius cogens* elaborata dalla Commissione allude espressamente ad una gerarchia tra le fonti del diritto internazionale. Questa visione dell'ordinamento internazionale fondato su un ordine gerarchico delle fonti è stata contestata in dottrina da, G. GUARINO, *Diritto internazionale e Decamerone: l'ordine dell'anarchia*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 3/2021, pp. 543-567, secondo cui, l'ordinamento internazionale «guarda alla funzionalità e all'efficienza del sistema e, se del caso, ignora le gerarchie, nella misura in cui possano falsare o deviare le dette efficienza e funzionalità, cioè danneggiare l'interesse generale, per cui l'intero sistema giuridico è necessariamente concepito».

²¹ Il regime di responsabilità aggravata previsto dal Progetto di articoli verrà illustrato a breve.

²² Commissione del diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali*, adottati nel 2001.

²³ «To be regarded as systematic, a violation would have to be carried out in an organized and deliberate way». Commissione del diritto internazionale, commento all'art. 40 del

mentre con quello dell'*intensità* allude piuttosto agli effetti della condotta illecita che devono essere particolarmente severi o estesi²⁴. Sebbene alcuni dei crimini internazionali possano considerarsi, *ipso facto* gravi ai sensi dell'art. 40, ciò vale ad esempio, per il crimine di aggressione e per quello di genocidio che «by their very nature require an intentional violation on a large scale»²⁵, per gli altri, invece, resta ferma la necessità di accertare, di volta in volta, la sussistenza dei requisiti indicati dalla norma. Vale a dire che i crimini di guerra o i crimini contro l'umanità non necessariamente integrano il concetto di «grave violazione» ai sensi dell'art. 40. È possibile, dunque, che un crimine di guerra commesso da un individuo-organo dello Stato, sebbene possa determinare la responsabilità penale dell'autore del crimine, potrebbe non essere sistematico o grave al punto di determinare la responsabilità aggravata dello Stato.

Se è vero che un crimine internazionale non integra necessariamente una grave violazione del diritto cogente ai sensi dell'art. 40, è altrettanto vero il contrario; ossia che una grave violazione del diritto cogente non rappresenta sempre un crimine internazionale. Va ricordato, infatti, come le due fattispecie di violazioni sono anche sostanzialmente diverse. I crimini internazionali, in fatto, sono riconducibili ai crimini contro l'umanità, di guerra, di genocidio e di aggressione, mentre l'elenco delle norme cogenti si presenta più ampio. Secondo la Commissione del diritto internazionale, ad esempio, rappresentano norme cogenti anche il divieto di discriminazione razziale e apartheid, il divieto di schiavitù, quello di tortura nonché il principio di autodeterminazione dei popoli²⁶. In questo senso, risulta evidente che una violazione del principio di autodeterminazione dei popoli non comporta sempre un crimine internazionale, ma può essere certamente sistematica al punto da determinare una grave violazione ai sensi dell'art. 40. Si pensi, in questo senso, alla condotta dello Stato marocchino nel Sahara Occidentale, o alla politica degli insediamenti israeliani nei territori palestinesi occupati. In entrambi i casi, le condotte delle due Potenze

Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati.

²⁴ «[T]he term “gross” refers to the intensity of the violation or its effects; it denotes violations of a flagrant nature, amounting to a direct and outright assault on the values protected by the rule». *Ibidem*. Per ulteriori dettagli sui criteri della sistematicità e dell'intensità, in dottrina v., J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Oxford, 2013, p. 378 ss.; M. AJEVSKI, *Serious Breaches, the Draft Articles on State Responsibility and Universal Jurisdiction*. in «European Journal of Legal Studies», 2008, p. 12 ss.

²⁵ Commissione del diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali*, adottati nel 2001, p. 113. commento all'art. 40.

²⁶ Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens)*, 2022.

occupanti possono certamente integrare il requisito della sistematicità a norma dell'art. 40, ma più difficilmente possono essere ricondotte nelle categorie dei crimini internazionali richiamati in precedenza²⁷.

Queste differenze che distinguono i crimini internazionali dalle gravi violazioni *ex art. 40* del Progetto, si riflettono anche nelle diverse conseguenze giuridiche che le due fattispecie di illecito producono nel settore del commercio di armi.

Al verificarsi di una grave violazione dello *ius cogens*, infatti, il diritto internazionale ricollega dei precisi effetti giuridici che, aggiungendosi alle tradizionali conseguenze derivanti da un fatto illecito²⁸, determinano il regime di responsabilità aggravata definito nell'art. 41, parr. 1 e 2²⁹. Questo regime di responsabilità aggravata si sostanzia, nel concreto, nell'istituzione di una serie di obblighi che gravano non sullo Stato che commette la violazione, ma in capo a tutti gli Stati della Comunità internazionale³⁰. Il riferimento specifico è ai cosiddetti «obblighi di solidarietà» secondo cui gli Stati, sebbene non direttamente lesi dalla violazione, devono: 1) cooperare, adottando misure lecite, per porre fine alla condotta antigiusuridica; 2) non riconoscere come legittima la situazione derivante da una grave violazione del diritto cogente; 3) non prestare aiuto o assistenza per consolidare le

²⁷ Va precisato, però, che l'operazione militare israeliana, avviata a partire dal 7 ottobre 2023 in risposta agli attacchi armati sferrati da Hamas, definita da molti autori in dottrina sproporzionata, ha posto seriamente il tema della responsabilità per crimini di guerra, crimini contro l'umanità e crimine di genocidio. In questo senso, v. Corte internazionale di giustizia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; ICC Prosecutor, *Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*, 20 May 2024.

²⁸ Si sta facendo riferimento, nello specifico, agli obblighi previsti dagli artt. 30 e 31 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati che impongono allo Stato autore dell'illecito di: cessare l'illecito; offrire adeguate rassicurazioni o garanzie di non reiterazione della condotta antigiusuridica e riparare alle conseguenze che ne derivano.

²⁹ Sul regime di responsabilità aggravata derivante da gravi violazioni del diritto cogente, v. E. CANNIZZARO, *On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law*, in *The Present and the Future of Ius Cogens*, a cura di E. Cannizzaro, 2015, p. 133 ss.; CHILE Eboe-Osuji, *Grave Breaches* "as War Crimes: Much Ado About "Serious Violations?", disponibile al link <https://www.icc-cpi.int/>; P. KLEIN, *Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law*, in «European Journal of International Law», 2002, p. 1241 ss.

³⁰ In questo senso, va rammentato che le norme di diritto cogente, proteggendo valori fondamentali della Comunità internazionale, si qualificano, altresì, come obblighi *erga omnes*, in quanto tutti gli Stati, indistintamente, possono avere un interesse giuridico a proteggerli. In questo modo, v. Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, (1970) 3, par. 33.

conseguenze derivanti dal comportamento illecito³¹.

Gli obblighi in questione producono effetti non trascurabili anche nel settore del commercio internazionale di armi convenzionali in quanto determinano ulteriori limiti ai trasferimenti di armi verso lo Stato autore della grave violazione.

È questo il caso, ad esempio, dell'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 41, par. 1³², del Progetto, secondo cui gli Stati possono adottare misure lecite per porre fine alla condotta illecita. La norma non individua quali sono, nello specifico, le misure a cui gli Stati debbono ricorrere per rispondere a una grave violazione del diritto cogente; sembra lecito sostenere, però, che tra le misure di cooperazione volte a contrastare una grave violazione dello *ius cogens* possano annoverarsi gli embarghi sulle armi, che producono, com'è ovvio, delle restrizioni alle esportazioni di armi verso lo Stato autore della grave violazione. Peraltro, nel commentario all'art. 41 del Progetto di articoli, la Commissione del diritto internazionale specifica che la cooperazione può assumere sia forme istituzionalizzate ed essere quindi sviluppata nell'ambito di organizzazioni internazionali, sia forme non istituzionalizzate. In questa logica, potrebbero trovare una giustificazione giuridica quelle misure restrittive adottate dall'Unione europea in risposta all'attacco russo ai danni dell'Ucraina, generalmente considerato come un atto di aggressione³³.

³¹ Su questo punto, v. Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory opinion del 21 giugno 1971, par. 119, dove si afferma che «The member States of the United Nations are, for the reasons given in paragraph 115 above, under obligation to recognize the illegality and invalidity of South Africa's continued presence in Namibia. They are also under obligation to refrain from lending any support or any form of assistance to South Africa with reference to its occupation of Namibia». In modo simile, v. Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004, par. 136.

³² Secondo la Commissione del diritto internazionale, l'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 41, par. 1, del Progetto di articoli non avrebbe origine consuetudinaria ma dovrebbe essere interpretato, piuttosto, in un'ottica di sviluppo progressivo del diritto internazionale.

³³ Va rammentato, che l'Unione europea ha adottato una serie di misure restrittive nei confronti della Federazione russa a partire dall'invasione della Crimea, del marzo 2014 (v. Decisione 204/512/PESC del Consiglio, del 31 luglio 2014). Tali misure sono state rafforzate nel febbraio 2024, a seguito dell'“operazione speciale” avviata dal Cremlino contro l'Ucraina. L'elenco aggiornato delle misure restrittive adottate nei confronti della Federazione russa è visionabile nel sito <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>. L'ultimo “pacchetto” sanzionatorio è stato adottato con Decisione 2024/746/PESC del Consiglio, del 23 febbraio 2024.

Ulteriori limiti al commercio di armi derivano, poi, dall'applicazione del paragrafo 2 dell'articolo 41 del Progetto, secondo cui gli Stati non soltanto non devono riconoscere le conseguenze di una grave violazione del diritto cogente, ma non debbono neppure prestare aiuto o assistenza al fine di consolidare la situazione derivante dalla condotta illecita. Nel diritto internazionale del commercio di armi, l'obbligo di non aiutare/assistere assume la forma del divieto di fornire aiuti militari allo Stato autore della grave violazione. Ciò significa, che l'applicazione della normativa internazionale in materia di responsabilità proibisce la vendita, l'esportazione, il prestito e il trasferimento diretto o indiretto, gratuito o oneroso, di armi a Stati che violano, in modo grave norme di diritto cogente.

Il divieto di esportazione che si ricava dall'art. 41, par. 2, dunque, coincide in larga misura con i divieti di trasferimento previsti dall'art. 6, par. 3, dell'ATT, ma con alcune differenze non irrilevanti. È ovvio, infatti, come il campo di applicazione delle due norme sia diverso: quella pattizia si applica soltanto agli Stati parti del Trattato, la seconda, invece, avendo natura generale³⁴, si impone a tutti i soggetti della Comunità internazionale, inclusi quegli Stati che ancora non sono parti del Trattato sul commercio delle armi, come gli Stati Uniti e la Federazione russa. In questa prospettiva, dunque, la normativa internazionale in materia di responsabilità riveste un ruolo fondamentale, dal momento che dalla sua applicazione derivano importanti limiti anche in capo a quegli Stati che, altrimenti, non sarebbero sottoposti agli obblighi previsti dal Trattato.

Va notato, inoltre, come il divieto previsto dall'art. 6 dell'Accordo proibisca esclusivamente il trasferimento delle armi convenzionali, delle munizioni e delle componenti elencate negli artt. 2, 3 e 4 del Trattato; l'art.

³⁴ Su questo aspetto, la Commissione del diritto internazionale si è limitata ad affermare che il divieto di prestare aiuto e assistenza «express a general idea applicable to all situations created by serious breaches in the sense of article 40». Commento all'art. 41, par. 2, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Dal 2001 ad oggi, però, l'obbligo di non prestare aiuto o assistenza allo Stato autore di una grave violazione del diritto cogente sembra essersi ben consolidato nella prassi internazionale. A questo proposito, è sufficiente ricordare non soltanto la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, in particolare il parere *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, del 9 luglio 2004, che ha fatto seguito al già citato caso relativo alla presenza del Sud Africa in Namibia del 1971, ma anche le posizioni assunte dagli Stati nell'ambito del più recente procedimento on the *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. In questo senso, v. le dichiarazioni del rappresentante dell'Unione africana, nell'udienza del 26 febbraio 2024, ma anche quelle della Namibia, dell'Oman, del Pakistan, dell'Indonesia, nell'udienza del 23 febbraio 2024.

41 del Progetto, invece, si applica a qualsiasi prodotto, sia esso di natura militare, a duplice uso o addirittura non-militare che rappresenti una forma di sostegno o assistenza finalizzata a consolidare la situazione derivante da una grave violazione dello *ius cogens*.

Poste in evidenza le differenze, in termini applicativi, tra il divieto contemplato nell'art. 6, par. 3, del Trattato e quello che si ricava dall'applicazione dell'art. 41, par. 2, del Progetto, occorre evidenziare come la normativa secondaria in materia di responsabilità internazionale consenta anche di colmare una delle principali lacune dello strumento pattizio. Tra le norme cogenti, la cui violazione comporta il divieto di trasferimento, infatti, va annoverato anche il divieto di aggressione. Vale a dire che, sebbene il Trattato sul commercio di armi del 2013 non vieti i trasferimenti di armi che possono alimentare il crimine di aggressione, tali trasferimenti sarebbero tuttavia vietati in virtù dell'art. 41, par. 2, del Progetto nella misura in cui si configurano come forme di aiuto e assistenza a favore dello Stato aggressore.

4. Serious violations *dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario*. Quali limiti al commercio di armi?

Ulteriori fattispecie di illecito idonee ad attivare dei limiti al commercio internazionale di armi convenzionali sono le cosiddette *serious violations* dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

Il riferimento a queste gravi violazioni del diritto internazionale lo ritroviamo non soltanto nell'art. 7, par. 1, del Trattato sul commercio di armi, ma anche in altri strumenti che regolano il mercato globale degli armamenti, come la Posizione comune dell'Unione europea 2008/944/PESC per il controllo delle esportazioni di attrezzature militari³⁵ e la Convenzione dell'ECOWAS sulle armi leggere e di piccolo calibro³⁶.

Il concetto di *serious violations*, benché ampiamente utilizzato nel diritto che regola i trasferimenti di armi, resta concettualmente e contenutisticamente indefinito nel diritto internazionale attuale. Non è chiaro, infatti, quali siano quelle condotte antigiusdiche che integrano tali fattispecie di illecito,

³⁵ In particolare, v. l'art. 2, criterio 2, lett. b) e c) della Posizione comune 2008/944/PESC del Consiglio dell'8 dicembre 2008, che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari.

³⁶ Nello specifico, si veda l'art. 3, lett. b), della Convenzione ECOWAS contro il traffico di armi leggere e di piccolo calibro, adottata dall'Organizzazione sub-regionale il 14 giugno 2006 ad Abuja ed entrata in vigore nel 2009.

né quale sia il livello di gravità richiesto affinché si configuri una *serious violation* dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario.

Al verificarsi di una *serious violation*, l'art. 7, par. 1, del Trattato sul commercio di armi (e così anche la Posizione dell'Unione europea 2008/944/PESC) ricollega effetti giuridici specifici, diversi da quelli derivanti dalla commissione di un crimine internazionale o di una grave violazione del diritto cogente. Una *serious violation*, infatti, non determina *ipso facto* un divieto di trasferimento, ma costituisce, piuttosto, la base giuridica per l'istituzione di un obbligo di valutazione in capo allo Stato esportatore che sarà chiamato a verificare il rischio che le armi esportate non alimentino gravi violazioni dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario³⁷. Laddove il rischio venisse rilevato, lo Stato di esportazione dovrà negare l'autorizzazione al trasferimento, ai sensi dell'art. 7, par. 3 dell'ATT.

Com'è ovvio, l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 7 del Trattato risulta strettamente correlata all'interpretazione del concetto di *serious violation*, da cui dipendono l'ampiezza, l'operatività e l'efficacia degli obblighi previsti dalla norma.

In questa prospettiva, definire con maggiore precisione la nozione di "grave violazione dei diritti umani o del diritto umanitario" diviene fondamentale per stabilire quali sono le condizioni per l'applicazione dell'obbligo di valutazione previsto dall'art. 7, par. 1, del Trattato, nonché del conseguente divieto di esportazione istituito dal paragrafo 3 del medesimo articolo.

4.1. *Gli elementi che qualificano il concetto di "serious violation" dei diritti umani e del diritto umanitario, nel diritto internazionale del commercio di armi*

In questo paragrafo tenteremo di individuare quali sono gli elementi che, in linea generale, qualificano la gravità di una violazione e che ci consentono di distinguere una violazione grave dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario da una violazione "ordinaria".

In questa prospettiva, ci sembra ragionevole premettere che il concetto

³⁷ Nello specifico, l'art. 7 del Trattato stabilisce che «If the export is not prohibited under Article 6, each exporting State Party [...] shall, in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors, [...] assess the potential that the conventional arms or items: [...] could be used to: (i) commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law; (ii) commit or facilitate a serious violation of international human rights law». Per ulteriori dettagli sulla norma, *infra*, par. 4.2.

di “violazione grave” cambia in ragione del regime giuridico di volta in volta considerato, nonché dell’obiettivo in funzione del quale si rende necessario l’accertamento della gravità.

Nel diritto internazionale della responsabilità, ad esempio, una violazione del diritto cogente è ritenuta “grave” soltanto se risponde ai criteri di *sistematicità* o *intensità*, nel senso indicato dalla Commissione del diritto internazionale nell’art. 40, par. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati³⁸. Qui, l’accertamento della gravità, come si è detto, è funzionale all’applicazione del regime di responsabilità aggravata previsto dagli artt. 40 e 41 del Progetto³⁹.

Nel diritto internazionale penale, invece, il requisito della gravità rappresenta una caratteristica intrinseca dei crimini internazionali, che rappresentano, per loro natura, «the most *serious* crimes of concern to the international community as a whole»⁴⁰. La gravità, del resto, costituisce il presupposto giuridico per l’applicazione del diritto internazionale penale e rappresenta, altresì, il fondamento giuridico della giurisdizione dei principali tribunali penali internazionali⁴¹.

Nel caso dei crimini internazionali, la gravità è strettamente correlata alle caratteristiche distintive, specifiche, di ciascun crimine e assume forme e declinazioni differenti, in ragione del crimine di volta in volta considerato.

Con riferimento ai crimini contro l’umanità, ad esempio, la gravità è determinata da elementi che potremmo definire quantitativi, dal momento che tali illeciti si presentano come violazioni «committed as part of a *widespread* or *systematic* attack directed against any civilian population»⁴². Nel crimine di genocidio, invece, la gravità della violazione sembra risiedere, tra le altre cose, nell’*elemento psicologico*, ossia nell’intento dell’autore del crimine di annientare un determinato gruppo nazionale, etnico, razziale o

³⁸ Commissione del diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali*, adottato nel 2001. Per maggiori approfondimenti sull’art. 40, v. *supra*, par. 3.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, art. 5.

⁴¹ *Ibidem*. V. anche, Statuto del Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia, adottato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, con risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993, art. 1; Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, adottato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, con risoluzione n. 955 dell’8 novembre 1994, art. 1. In dottrina, v. R. LOPEZ, *The Law of Gravity*, in «Columbia Journal of Transnational Law», 2020, p. 565 ss.

⁴² *Ibidem*, art. 7. In modo simile, v. Statuto del Tribunale internazionale per il Ruanda, adottato dal Consiglio di sicurezza con risoluzione 955 (1994) dell’8 novembre 1994.

religioso⁴³. Diverso è il caso dei crimini di guerra. La disciplina prevista nei principali strumenti del diritto internazionale penale, infatti, non stabilisce alcun requisito specifico in tema di gravità della violazione per l'imputazione di tali crimini in capo ad un individuo. In linea del tutto generale, dunque, anche una violazione isolata del diritto di Ginevra potrebbe dar luogo alla responsabilità penale dell'autore⁴⁴. Ciò posto, per via giurisprudenziale sono stati introdotti dei limiti a questo approccio particolarmente estensivo. Il Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, ad esempio, dovendo stabilire la propria giurisdizione sui crimini di guerra imputati a *Dusko Tadic*, ha limitato la propria competenza alle «serious violations of international humanitarian law», precisando che una grave violazione del diritto umanitario per rientrare nella competenza del Tribunale ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, «it must constitute a breach of a rule protecting important values» e «must involve grave consequences for the victim»⁴⁵.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, il concetto di grave violazione assume caratteri ancora differenti. Dalla giurisprudenza degli organi internazionali e regionali di tutela dei diritti umani, infatti, si ricava come può considerarsi “grave” non soltanto una violazione individuale del divieto di tortura⁴⁶ o del diritto alla vita, ma anche la detenzione arbitraria di una singola persona⁴⁷, la chiusura di un istituto universitario per due anni⁴⁸,

⁴³ In questo senso, v. art. 2 della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU con risoluzione 260 A (III) del 9 dicembre 1948.

⁴⁴ Questo è quanto si ricava non soltanto dalle definizioni oggi contenute nei principali strumenti del diritto penale internazionale (art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, art. 3 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia) ma anche dagli studi dottrinali in materia. Sul punto, v. O. TRIFFTERER, K. AMBOS, *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2016; B. BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, 2009, p. 85.

⁴⁵ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Dusko Tadic al/k/a “Dule”, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 October 1995, par. 94.

⁴⁶ A titolo di esempio, v. Corte EDU, *case of Kuzmenko v. Russia*, n. 18541/04, sentenza del 21 dicembre 2010; *Gadamauri and Kadyrbekov v. Russia*, sentenza del 5 luglio 2011.

⁴⁷ In questo senso, v. Corte EDU, *Boyko and Others v. Ukraine*, n. 24753/2013, 7 giugno 2021, par. 24, dove la Corte afferma che «the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of the fundamentally important guarantees contained in Article 5 of the Convention, and discloses a serious violation of that provision». In modo simile, v. Corte EDU, *A.A. and Others v. Russia*, del 5 luglio 2019, par. 70; *Grinenko v. Ukraine*, n. 33627/06, del 15 novembre 2012, par. 74.

⁴⁸ Nel caso *Free Legal Assistance Group, Lawyers Committee for Human Rights, Union Interfricaine des Droits de l'Homme, les Témoins de Jehovah v. Zaire*, deciso l'11 ottobre

il mancato avvio delle indagini per la morte di un solo individuo⁴⁹.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, dunque, la soglia di gravità necessaria per qualificare come “grave” una violazione sembra attestarsi ad un livello inferiore⁵⁰. In questo contesto giuridico, sono state considerate “gravi” anche violazioni che non riguardano norme cogenti, che non sono sistematiche e che non necessariamente producono effetti su ampia scala.

Il quadro giuridico a cui abbiamo brevemente accennato se da un lato ci restituisce il carattere mutevole del concetto di “grave violazione”, dall’altro ci consente di individuare quali sono gli elementi essenziali che, in linea generale, contribuiscono a determinare la gravità di una violazione nel diritto internazionale attuale e che, *mutatis mutandis*, qualificano una *serious violations* dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario.

Alla luce di quanto precede, appare fondato sostenere, innanzitutto, che tali violazioni potranno ritenersi “gravi”, se pongono a rischio i valori fondamentali della comunità internazionale⁵¹. Vale a dire che nella

1995, la Commissione africana ha stabilito che la chiusura di un istituto universitario per due anni costituisce una grave e massiva violazione dell’art. 17 della Carta africana.

⁴⁹ Corte EDU, *case of Velikova v. Bulgaria*, n. 41488/98, sentenza del 18 maggio 2000, par. 82. Qui la Corte ha affermato che «failing a plausible explanation by the Government as to the reasons why indispensable acts of investigation have not been performed, the State’s responsibility is engaged for a particularly serious violation of its obligation under Article 2 of the Convention to protect the right to life».

⁵⁰ Del resto, nel diritto internazionale dei diritti umani la rilevazione della gravità della violazione non è funzionale all’applicazione del regime di responsabilità aggravata dello Stato o del diritto internazionale penale. Nel diritto internazionale dei diritti umani, la qualificazione di una violazione come “grave” produce conseguenze giuridiche differenti; torna utile, ad esempio, ai fini della determinazione delle misure riparatorie o del “quantum” dell’eventuale risarcimento. In questo senso, v. Corte EDU, *Case of Aksoy v. Turkey*, n. 21987/93, sentenza del 18 dicembre 1996 e *Case of Ilascu and others v. Moldova and Russia*, n. 48787/99, sentenza dell’8 luglio 2004. In altri casi, invece, la gravità della condotta illecita può divenire una condizione necessaria per rimuovere alcuni limiti alla ricevibilità dei ricorsi consentendo, ad esempio, l’ammissibilità della comunicazione oltre i termini convenzionalmente stabiliti oppure senza esperire i procedimenti giudiziari interni. Per esempi concreti, v. Commissione del diritto internazionale, commento all’art. 40 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, nota 650. Più recentemente, v. anche Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. United Republic of Tanzania*, sentenza del 28 settembre 2017. Si tenga conto, peraltro, che nel sistema africano di tutela dei diritti umani, laddove la Commissione africana rilevi *prima facie* la presenza di «serious or massive violations of human and peoples rights», può deferire il caso all’Assemblea dei Capi di Stati e di Governo dell’Unione africana (art. 58 della Carta africana), attivando la procedura d’urgenza.

⁵¹ B. BONAFÈ, *The Relationship*, p. 72, «gravity is associated with the importance of the international obligation breached. From this point of view, gravity is a characteristic per-

determinazione della gravità della violazione occorre tener conto, in via prioritaria (ma non esclusiva), del *valore protetto dalla norma primaria* violata. Possono rappresentare delle *serious violations* dei diritti umani o del diritto umanitario, dunque, quei comportamenti antigiuridici che contrastano con norme del diritto cogente quali, ad esempio, violazioni del divieto di tortura, del divieto di schiavitù, del principio di autodeterminazione dei popoli, oppure attacchi militari in violazione del principio di distinzione o atti di tortura nei confronti dei prigionieri di guerra. Sul punto, peraltro, alcuni autori hanno messo in evidenza come nel valutare il livello di gravità della violazione, si dovrebbero considerare non soltanto le conseguenze dirette che la condotta illecita produce sui valori fondamentali della Comunità internazionale, ma anche i pericoli indiretti a cui tali valori potrebbero essere esposti⁵².

Il concetto di *serious violation* richiamato nell'art. 7, par. 1, del Trattato, però, non è circoscritto alle violazioni del diritto imperativo. Va considerato, infatti che, se tale nozione di "grave violazione" fosse limitata alle infrazioni del diritto cogente, sarebbe difficile rinvenire delle differenze sostanziali tra queste fattispecie di illecito e le *grave breaches* dello *ius cogens* di cui all'art. 40 del Progetto di articoli. Senza contare, poi, che con riferimento specifico al diritto internazionale umanitario il concetto di *serious violations*, se riferito esclusivamente alle violazioni del diritto imperativo, verrebbe a coincidere, di fatto, con i crimini di guerra che, invece, sono oggetto della disciplina specifica prevista dall'art. 6 del Trattato.

Tenendo conto di quanto messo in evidenza, appare logico sostenere da un lato, che le *serious violations* dei diritti umani e del diritto umanitario richiamate nell'art. 7, par. 1, del Trattato sono cosa distinta rispetto ai crimini internazionali e alle gravi violazioni del diritto cogente⁵³, dall'altro, che il concetto di "grave violazione" possa estendersi anche a quelle condotte illecite che non comportano necessariamente la violazione di una norma imperativa del diritto internazionale.

Vale a dire che anche altri illeciti, che per semplicità potremmo definire

taining to the nature of the primary norm». In modo simile, v. G. PALMISANO, *Les causes d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre 'crimes' et 'délits' internationaux*, in «Revue Générale de Droit International Public», 1994, p. 629 ss.

⁵² G. PALMISANO, *Les causes d'aggravation*, cit., p. 629 ss.

⁵³ Di parere contrario, F. BATTAGLIA, *Il commercio internazionale di armi e la tutela dei diritti umani*, in, *Disarmo, limitazione degli armamenti e diritti umani*, a cura di S. MARCHISIO, Napoli, 2016, p. 161 ss.; M. T. HUTTUNEN, *The Arms Trade Treaty: an Interpretative Study*, University of Lapland, 2014.

ordinari⁵⁴, possono costituire una grave violazione dei diritti umani o del diritto umanitario, ai sensi dell'art. 7, par. 1, dell'ATT, se commessi con virulenza straordinaria o se producono conseguenze particolarmente severe per la vittima o per l'ordinamento internazionale⁵⁵.

In questi casi, la gravità della violazione non è determinata dal valore fondamentale della norma violata, ma piuttosto dalle conseguenze della condotta antigiuridica o dalle modalità con cui è stata realizzata⁵⁶. Si intende dire che, laddove l'obbligo internazionale violato non abbia carattere imperativo, la gravità della violazione potrà essere determinata esclusivamente in presenza di fattori di aggravamento che ne dimostrano il carattere straordinario.

Ciò vuol dire, che la valutazione del livello di gravità dell'illecito dovrà tener conto, altresì, delle *conseguenze sofferte dalla vittima*. Contribuiscono alla definizione della gravità di una violazione del diritto internazionale, certamente, *i danni* causati alla vittima, siano essi materiali o morali⁵⁷. Nel valutare i danni causati dalla violazione, si debbono considerare tanto i danni diretti, ossia le conseguenze strettamente correlate alla condotta illecita, quanto i danni collaterali, che rappresentano una conseguenza incidentale, ma pur sempre collegata alla violazione.

Nel determinare il livello di gravità di una violazione dei diritti umani o del diritto umanitario non si può ignorare neppure *il numero di vittime interessate dal comportamento antigiuridico*. Un approccio interpretativo del concetto di *serious violations* incentrato sul numero delle vittime interessate dalla violazione è stato adottato, ad esempio, dalla Commissione africana

⁵⁴ Sul punto, torna utile la distinzione proposta da Roberto Ago tra "delitti e crimini internazionali". Nello specifico, v. l'art. 19 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, approvato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale nel 1980, consultabile in A/35/10, *Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-second session*, 5 May - 25 July 1980, Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth session, Supplement n. 10.

⁵⁵ In questo senso, è possibile esaminare la giurisprudenza di diverse Corti regionali di tutela dei diritti umani che hanno qualificato come gravi violazioni del diritto internazionale anche fatti illeciti "ordinari", se caratterizzati da violenza o magnitudine di grado eccezionale. Su questi aspetti, si rimanda alla giurisprudenza citata nelle note, 48, 49, 50 e 51.

⁵⁶ In questa prospettiva, G. PALMISANO, *Les causes d'aggravation de la responsabilité des Etats*, cit., ha distinto tra «gravità sostanziale», ossia quella determinata dalla violazione di una norma primaria fondamentale per la comunità internazionale, e «gravità circostanziale», che deriva, invece, dalle conseguenze appunto "circostanziali", della condotta illecita.

⁵⁷ Commissione del diritto internazionale, Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, commento all'art. 31.

per i diritti dell'uomo e dei popoli che, in diverse occasioni, ha evidenziato che il concetto di *serious violation*, indica «where there are a large number of victims [...] and [...] large number of people involved»⁵⁸.

Un ulteriore elemento che può contribuire a rendere grave una violazione dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario è rinvenibile in quello che abbiamo definito *l'elemento psicologico*, ossia l'intensità del dolo con cui la violazione viene commessa. Benché il dolo, e più in generale la colpa, non siano elementi costitutivi del fatto illecito, essi possono assumere rilievo per stabilire il livello di gravità di una determinata violazione. Acquisiscono rilevanza in questa prospettiva, ad esempio, gli strumenti utilizzati per commettere la violazione, il grado di premeditazione e pianificazione del fatto illecito, nonché l'eventuale reiterazione della condotta anti giuridica.

Nel momento in cui è chiamato a valutare il rischio di gravi violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario, ai sensi dell'art. 7, par. 1, del Trattato, dunque, lo Stato esportatore dovrà tener conto, quantomeno, degli elementi sopra enunciati e verificare che le armi trasferite non siano funzionali alla commissione di queste *serious violations*, da intendersi nei termini indicati.

4.2. *Gli obblighi in materia di commercio di armi correlati al rischio di gravi violazioni dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario*

L'accertamento del rischio di *serious violations* dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario, effettuato dallo Stato esportatore, è funzionale all'attivazione degli obblighi previsti dall'art. 7 dell'ATT.

La norma, come si è detto, prevede che laddove il trasferimento non fosse proibito ai sensi dell'art. 6, gli Stati esportatori dovranno valutare, in modo oggettivo ed imparziale, tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, il rischio che le armi esportate possano essere utilizzate, tra le altre cose⁵⁹, per commettere o facilitare «serious violations of international humanitarian law

⁵⁸ Commissione africana, *Article 19/Eritrea*, 275/03, decisione del 30 maggio 2007, par. 71. In modo simile, v. Commissione africana, *Sir Dawda K. Jawara / Gambia (The)*, 147/95-149/96, decisione dell'11 maggio 2000, par. 73.

⁵⁹ Sebbene ai fini di questo contributo rilevino esclusivamente i limiti al commercio di armi derivanti da violazioni "gravi" del diritto internazionale, va tenuto conto che l'obbligo di valutazione previsto dall'art. 7, par. 1, del Trattato si impone anche con riferimento a violazioni della pace e della sicurezza, delle convenzioni internazionali in materia di lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, che non si qualificano come "gravi".

[...] or international human rights law»⁶⁰. Laddove la valutazione rilevasse un rischio prevalente (*overriding risk*) di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, lo Stato dovrà negare l'esportazione⁶¹.

Con riferimento alla norma, va messo in evidenza, innanzitutto, come si rivolga esclusivamente agli Stati esportatori (*exporting States*). Contrariamente a quanto si è detto in relazione all'art. 6 del Trattato, dunque, l'obbligo di valutazione previsto dall'art. 7, par. 1, non si impone agli Stati di transito e di trasbordo che, in punta di diritto, restano liberi di consentire il "passaggio" delle armi nei loro territori anche se queste possono contribuire alla commissione di gravi violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario.

La valutazione del rischio dello Stato esportatore, inoltre, deve essere condotta «in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors»⁶². L'obbligo di valutazione, dunque, viene affiancato da un obbligo che possiamo definire "di metodo", di *due diligence*, che impone agli Stati parti di effettuare l'analisi in modo obiettivo e imparziale, senza ignorare alcun fattore rilevante. Vale a dire, che nella procedura di valutazione del rischio, lo Stato esportatore dovrà esaminare, nel dettaglio, la condotta interna e internazionale del Paese destinatario delle armi, tenendo conto, ad esempio, delle informazioni eventualmente contenute nei pertinenti rapporti del Segretario generale dell'ONU, di altre organizzazioni internazionali, delle ONG, nonché di eventuali sentenze/pronunce di organi internazionali e regionali di tutela dei diritti umani⁶³.

Sotto il profilo teleologico, la valutazione è finalizzata ad accertare il rischio "prevalente" (*overriding risk*) che le armi oggetto dell'esportazione non alimentino *serious violations* del diritto internazionale umanitario o dei diritti umani. Tuttavia, il concetto di *overriding risk* resta piuttosto controverso⁶⁴. Ci si chiede, infatti: il rischio deve essere "prevalente" rispetto a cosa? Qual è il termine di comparazione rispetto al quale deve essere

⁶⁰ Trattato sul commercio di armi, art. 7, par. 1.

⁶¹ *Ibidem*, par. 3.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ In questa prospettiva, assume un certo rilievo la sentenza della Corte d'appello del Regno Unito, 20 giugno 2019 – EWCA Civ. 102, *The Queen on the application of Campaign against arms trade and the Secretary of State for Arms Trade*, che ha sospeso i trasferimenti di armi britanniche verso l'Arabia Saudita valorizzando il ruolo dei rapporti prodotti dalle ONG e dalle Nazioni Unite ai fini della valutazione del rischio effettuata dallo Stato esportatore.

⁶⁴ Su questo aspetto, appare più efficace la formulazione testuale dell'art. 2, par. 2, lett. c) della Posizione comune 2008/944/PESC dove la valutazione dello Stato esportatore è finalizzata ad accertare un "*clear risk*".

accertata la prevalenza del rischio? Tali interrogativi non trovano risposte nel testo della norma ma nella sua interpretazione che, dunque, non esclude la possibilità che gli Stati esportatori, valutino i rischi comparandoli ai benefici economici derivanti dall'esportazione e neghino l'esportazione soltanto laddove i rischi siano prevalenti.

Benché la disposizione, così formulata, lasci ampi spazi di interpretazione allo Stato esportatore di armi, va reso noto come in alcuni Paesi si stia lentamente affermando un'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 7 che, facendo leva sui criteri dell'oggettività e dell'imparzialità della valutazione (obbligo di metodo), ha condotto, in alcune circostanze, ad un ridimensionamento della discrezionalità delle autorità statali promuovendo, al contempo, una attuazione più coerente della norma⁶⁵.

Questa procedura di valutazione del rischio, prevista dall'art. 7, par. 1, dell'ATT, è finalizzata ad attivare il divieto di esportazione contemplato nell'art. 7, par. 3, del Trattato che costituisce un importante limite al commercio di armi. Va precisato, però, che il divieto di esportazione trova applicazione esclusivamente «[if] there is an overriding risk of any of the negative consequences in paragraph 1»⁶⁶. Vale a dire che i «serious acts of gender-based violence or serious acts of violence against women and children», espressamente richiamati nel paragrafo 4 del medesimo articolo non costituiscono, formalmente, fattispecie di illecito in grado di attivare le proibizioni previste dall'art. 7, par. 3. Ciò posto, va tenuto conto che questi atti di violenza, che interessano specificamente donne e bambini potrebbero – considerando la “vulnerabilità” delle categorie interessate dalla violenza come un fattore di aggravamento della violazione – integrare il concetto di *serious violations* di cui all'art. 7, par. 1, dell'Accordo ed essere idonee, in questo modo, ad attivare il divieto di esportazione previsto dall'art. 7, par. 3.

⁶⁵ In questo senso, oltre al già citato caso Corte d'appello del Regno Unito, 20 giugno 2019 – EWCA Civ. 102, *The Queen on the application of Campaign against arms trade and the Secretary of State for Arms Trade*, si veda anche la giurisprudenza belga, in particolare: Conseil d'Etat, arrêt n° 223.998/XV-3592 du 29 juin 2018; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.000/XV-3594, du 29 juin 2018; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.006/XV-3600, du 29 juin 2018; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.007/XV-3601, du 29 juin 2018; Conseil d'Etat, arrêt n° 223.997/XV-3591, du 14 juin 2019; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.002/XV-3596, du 14 juin 2019; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.004/XV-3598, du 14 juin 2019; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.007/XV-3601, du 14 juin 2019; Conseil d'Etat, arrêt n° 224.009/XV-3603, du 14 juin 2019. Più recentemente, si veda, Alta Corte d'Appello dei Paesi Bassi, sentenza del 12 febbraio 2024, ECLI:NL:RBDHA:2023:19744.

⁶⁶ Trattato sul commercio di armi, art. 7, par. 3. Testo tra parentesi aggiunto.

5. Conclusioni

A margine di questo contributo volto ad esaminare i limiti al commercio di armi derivanti da gravi violazioni del diritto internazionale, si intende proporre alcune riflessioni conclusive per sistematizzare le principali questioni affrontate nell'ambito dell'analisi.

In primo luogo, è emerso come il concetto di *grave violazione*, nel diritto internazionale attuale, si presenti astratto, o quantomeno eccessivamente generico. La nozione di *grave violazione*, infatti, racchiude diverse tipologie di illecito, come le gravi violazioni del diritto cogente, i crimini internazionali e le *serious violations* dei diritti umani e del diritto umanitario, che producono effetti differenti nel settore del commercio internazionale di armi.

In questa prospettiva, ad esempio, si è visto come dalla commissione di una grave violazione del diritto cogente possa ricavarsi, in attuazione dell'art. 41, par. 2, del Progetto di articoli, un divieto particolarmente ampio, applicabile a tutti gli Stati della Comunità internazionale, di fornire armi allo Stato autore della grave condotta illecita. Tale divieto, però, come ha precisato la Commissione del diritto internazionale opera «after the fact», vale a dire dopo che la violazione dello *ius cogens* è stata commessa⁶⁷. Al contrario, nel caso in cui la “grave violazione” sia rappresentata da una *serious violations* dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario, il divieto si impone esclusivamente in capo allo Stato esportatore in virtù dell'art. 7 del Trattato e si applica anche in assenza dell'illecito, essendo sufficiente l'accertamento del “rischio”. Diverse sono le conseguenze giuridiche correlate ai crimini internazionali: anche in questo caso, il divieto previsto dall'art. 6, par. 3, del Trattato sul commercio di armi trova attuazione in presenza della mera “possibilità” («could be used», dice la norma) che le armi trasferite possano favorire condotte criminose, ma si applica, con i limiti illustrati in precedenza⁶⁸, non solo allo Stato esportatore ma anche agli Stati di transito, di trasbordo e di intermediazione.

In secondo luogo, l'analisi sistematica delle norme internazionali in materia di gravi violazioni, applicabili al commercio di armi, ha evidenziato, altresì, come l'applicazione dell'art. 41, par. 2, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati – che vieta i trasferimenti di armi a sostegno di gravi violazioni del diritto cogente – possa colmare

⁶⁷ In questo senso, v. Commissione del diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati*, adottato nel 2001, p. 114, commento all'art. 41.

⁶⁸ *Supra*, par. 2.

una evidente lacuna del Trattato sul commercio di armi. Si sta facendo riferimento, in particolare, all'assenza nel Trattato sul commercio di armi di un divieto che proibisca espressamente i trasferimenti di armi che possono essere utilizzate a fini di aggressione. A tenore dell'art. 6, par. 3, ad esempio, gli Stati parti dell'Accordo potrebbero sostenere "legittimamente" la Russia nell'ambito del conflitto russo-ucraino senza incorrere in una responsabilità internazionale, se ciò non fosse vietato loro dal diritto internazionale della responsabilità, in particolare dalla norma di diritto internazionale generale codificata, per l'appunto, nell'art. 41, par. 2, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati.

Inoltre, ci si è interrogati sul valore giuridico specifico che assume il concetto di *serious violations* dei diritti umani o del diritto umanitario nell'ambito del diritto internazionale che regola il commercio di armi. In questa prospettiva, si è concluso che ai fini della valutazione prevista dall'art. 7 del Trattato, la gravità di una violazione dei diritti umani o del diritto umanitario, dovrebbe essere determinata tenendo conto, tra le altre cose: del valore protetto dalla norma violata, il numero delle vittime della violazione, il grado di "vulnerabilità" delle vittime coinvolte, l'entità del danno causato, la *mens rea* dell'autore della condotta illecita, gli strumenti utilizzati per commettere la violazione, il livello di pianificazione del fatto illecito e l'eventuale reiterazione della condotta antiggiuridica.

Queste riflessioni, che hanno messo in evidenza i limiti al commercio di armi che possono derivare dalla commissione di gravi violazioni del diritto internazionale, rappresentano lo spunto per proporre delle considerazioni ulteriori relative agli ingenti flussi di materiali militari che caratterizzano gli attuali conflitti, in particolare quello russo-ucraino e quello israelo-palestinese.

Il panorama internazionale attuale, infatti, ci pone dinanzi a costanti e ripetute violazioni del diritto internazionale che sono certamente inquadrabili nella nozione di "grave violazione" che è emersa da questo contributo. Nel conflitto russo-ucraino e in quello tra Israele e Hamas sono stati invocati crimini di guerra, crimini contro l'umanità, secondo alcuni il crimine di genocidio, gravi violazioni tanto dei diritti umani quanto del diritto internazionale umanitario, nonché gravi e sistematiche violazioni di norme cogen-⁶⁹. Dinanzi a questa realtà impietosa, che lascia pochi spazi per riflessioni

⁶⁹ Senza ricordare i diversi procedimenti avviati davanti alla Corte internazionale di giustizia o alla Corte penale internazionale, riferibili ai due conflitti in corso, di cui si è fatto abbondantemente cenno nel corso di questo articolo, qui ci limitiamo a ricordare che il Consiglio dei diritti umani dell'ONU, nella risoluzione A/HRC/55/L.30 del 5 aprile 2024, par. 12, ha riconosciuto che «the grave violations of multiple peremptory norms by Israel constitute a threat to international peace and security and result in grave breaches and human rights abuses».

ottimistiche, piccoli e certamente irrilevanti segnali positivi sono rinvenibili proprio nell'attuazione del diritto internazionale che regola il commercio di armi che, con qualche difficoltà e non marginali eccezioni, sta orientando i trasferimenti internazionali di armi in senso conforme a diritto.

Nel conflitto tra Russia e Ucraina, ad esempio, le ingenti movimentazioni internazionali di armi sono andate a beneficio dello Stato aggredito. Al contrario, le vendite di armi alla Russia, rare e "furtive", sono state spesso smentite dagli Stati esportatori (Iran e Corea del Nord), confermando come il divieto di esportare armi a favore di Paesi autori di gravi violazioni del diritto internazionale sia entrato ormai nella coscienza giuridica degli Stati.

Anche nel conflitto israelo-palestinese possiamo rinvenire elementi incoraggianti, che denotano come gli obblighi previsti dal diritto internazionale del commercio di armi vengano oggi in larga misura osservati. Dall'analisi di questo contesto, infatti, si ricava come circa il 95% del materiale militare acquistato dallo Stato israeliano, che si sta macchiando di violazioni del diritto internazionale senza precedenti, venga fornito da due soli Stati: Germania e Stati Uniti; questi ultimi, peraltro, non sono neppure parti del Trattato sul commercio di armi, sebbene restino vincolati alle norme di diritto internazionale generale richiamate in precedenza.

Fatta eccezione per questi due Paesi, in particolare per gli Stati Uniti che hanno di recente confermato e addirittura rafforzato il sostegno militare a favore dello Stato israeliano⁷⁰, la maggioranza della Comunità internazionale è concorde nel ritenere, vuoi per necessità sociale o per mero adempimento degli obblighi convenzionali, illegittima la fornitura di armi a favore di Israele⁷¹.

⁷⁰ In questo senso, il Presidente Trump ha assunto un orientamento politico differente rispetto al suo predecessore Biden che in diverse occasioni aveva minacciato di interrompere o sospendere i trasferimenti di armi a favore di Israele. La nuova politica statunitense trova riscontro nel Comunicato stampa dell'attuale Segretario di Stato americano, Marco Rubio, *Military Assistance to Israel*, 1 March 2025, in cui si legge che "The Trump Administration will continue to use all available tools to fulfill America's long-standing commitment to Israel's security, including means to counter security threats". Il comunicato stampa è disponibile al link <https://www.state.gov/military-assistance-to-israel/>.

⁷¹ Così, si sono espressi diversi Stati dinanzi alla CIG nell'ambito delle recenti udienze pubbliche relative al procedimento *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. In particolare, si rimanda agli estratti delle udienze pubbliche del 21, 22, 23 e 26 febbraio 2024. Nella stessa prospettiva, si veda, altresì, la risoluzione adottata dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU, A/HRC/55/L.30, del 5 aprile 2024, dove il Consiglio, tra le altre cose, ha richiamato gli Stati «to ensure that their arms exports do not contribute to or benefit from this unlawful situation».

Mirko Sossai

*Note sulla responsabilità internazionale
per aggressione a margine della crisi ucraina*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Gli obblighi nascenti per lo Stato aggressore – 3. Il contenuto della responsabilità aggravata: gli obblighi dei membri della comunità internazionale – 4. La rete di accordi sulla sicurezza come forma di cooperazione coordinata per e con l'Ucraina – 5. Sul concetto di Stato leso rispetto a un'aggressione – 6. Reazioni decentrate e il problema della confisca dei beni russi – 7. Conclusione.

1. Introduzione

Il 2 marzo 2022, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con 141 voti a favore, 5 contrari e 35 astensioni, aveva condannato «con la massima fermezza l'aggressione della Federazione russa contro l'Ucraina in violazione dell'articolo 2, paragrafo 4, della Carta», chiedendo al governo di Mosca sia «di cessare immediatamente l'uso della forza contro l'Ucraina e di astenersi da qualsiasi ulteriore minaccia o uso illegale della forza contro qualsiasi Stato membro» sia «di ritirare immediatamente, completamente e incondizionatamente tutte le sue forze militari dal territorio dell'Ucraina¹».

In questa e in successive risoluzioni, l'Assemblea generale non ha soltanto svolto una funzione di accertamento della natura illecita dell'invasione nei confronti dell'Ucraina ma ha anche delineato quali siano le conseguenze giuridiche derivanti dall'aggressione, articolando gli obblighi in capo alla Federazione russa, come Stato aggressore, nei termini della cessazione dell'illecito, della riparazione nonché delle assicurazioni di non ripetizione.

Con questo scritto, si intende svolgere qualche considerazione circa la posizione giuridica degli Stati diversi dallo Stato aggredito, soprattutto rispetto alla questione delle forme decentrate di reazione, compreso l'impiego di contromisure, in relazione a gravi violazioni di interessi fondamentali della comunità internazionale.

¹ Assemblea generale, ris. ES-11/1 del 2 marzo 2022, UN Doc. A/RES/ES-11/1.

Occorre osservare, in via preliminare, che nel disegno complessivo della Commissione del Diritto Internazionale (CDI), anche per l'aggressione le conseguenze sono quelle indicate in linea generale dalla seconda parte del progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001, alle quali si aggiungono quelle dovute alla sua qualifica di grave violazione di una norma cogente del diritto internazionale, fatta salva l'eventuale formazione di norme "speciali", di rango consuetudinario, che regolino in maniera più specifica tale illecito e tenendo altresì conto del sistema delle Nazioni Unite².

2. Gli obblighi nascenti per lo Stato aggressore

Sin dalle prime settimane successive al 24 febbraio 2022, la paralisi del Consiglio di sicurezza – dovuta alla presenza dell'aggressore tra i membri permanenti dotati del potere di veto³ – aveva comportato che gli Stati affidassero all'Assemblea generale l'esercizio di poteri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, secondo il meccanismo della risoluzione *Uniting for Peace*⁴. Il coagularsi di un'ampia maggioranza, almeno inizialmente, aveva infatti permesso l'adozione di una serie di risoluzioni nel corso del 2022, il cui contenuto merita attenzione nel ricostruire gli obblighi nascenti in capo allo Stato aggressore. Infatti, l'Assemblea generale ha reiterato la richiesta alla Federazione russa di immediata cessazione non soltanto «del proprio uso della forza contro l'Ucraina⁵», ma anche di condotte in violazione del diritto internazionale umanitario, come ad esempio, «qualsiasi attacco contro civili e beni civili⁶», condannando altresì le violazioni dei diritti umani, e ha quindi ribadito l'obbligo di ritirare «immediatamente, completamente e incondizionatamente tutte le sue forze militari dal territorio dell'Ucraina entro i suoi confini internazionalmente riconosciuti, estendendosi alle sue acque territoriali».

² Per il testo del Progetto di articoli del 2001, v. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

³ Si veda, a tale riguardo, la lucida analisi di A. PETERS, *Power, Procedures, and Periphery: The UN Security Council in the Ukraine War*, in *The UN Security Council and the Maintenance of Peace in a Changing World* (a cura di A. Peters e C. Marxsen), Cambridge University Press, Cambridge, 2024, pp. 278-298.

⁴ Assemblea generale, ris. 377 (V) del 3 novembre 1950, UN Doc. A/RES/377 (V).

⁵ V. anche Assemblea generale, ris. ES-11/5 del 14 novembre 2022 dal titolo "Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine", UN Doc. A/RES/ES-11/5, par. 1.

⁶ Assemblea generale, ris. ES-11/2 del 24 marzo 2022, dal titolo "Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine", UN Doc. A/RES/ES-11/2.

Dopo che il presidente ucraino Zelensky era intervenuto nel corso della sessione plenaria del 21 settembre chiedendo tra l'altro che la Russia dovesse «pagare la guerra con i suoi beni»⁷, l'Assemblea generale aveva adottato un'altra significativa risoluzione il 14 novembre 2022, con una maggioranza in verità più ristretta e numero significativo di astensioni, con la quale affermava che la Federazione russa dovesse rispondere «di tutte le violazioni del diritto internazionale in Ucraina o contro di essa, compresa la sua aggressione in violazione della Carta delle Nazioni Unite». In particolare, l'Assemblea individuava tra le conseguenze giuridiche degli illeciti russi «la riparazione del pregiudizio, compreso ogni danno, causato da tali atti»⁸, riconoscendo altresì «la necessità di istituire, in cooperazione con l'Ucraina, un meccanismo internazionale di riparazione per i danni, le perdite o le lesioni, derivanti da atti illeciti a livello internazionale della Federazione russa o contro l'Ucraina». Sulla base di questa raccomandazione dell'Assemblea generale, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha deciso l'istituzione di un registro dei danni causati dall'aggressione da parte della Federazione russa contro l'Ucraina attraverso un Accordo parziale allargato⁹. Occorre tener conto che, a distanza di due anni dall'invasione russa, la terza valutazione rapida dei danni e delle necessità (*Rapid Damage and Needs Assessment* – RDNA3) preparata dal Gruppo della Banca Mondiale, insieme al governo ucraino, alla Commissione europea e dalle Nazioni Unite stimava che al 31 dicembre 2023 il costo totale della ricostruzione e della ripresa in Ucraina sarebbe stato di 486 miliardi di dollari nel successivo decennio.¹⁰

3. Il contenuto della responsabilità aggravata: gli obblighi dei membri della comunità internazionale

Si può forse leggere l'azione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite come il tentativo di offrire una reazione istituzionale alla crisi ucraina, in

⁷ *General Assembly official records, 77th session: 7th plenary meeting, Wednesday, 21 September 2022, New York*, UN Doc. A/77/PV.7, Annex I, p. 52.

⁸ UN Doc. A/RES/ ES-11/5, cit.

⁹ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine*, 12 maggio 2023. V. C. GIORGETTI E P. PEARSALL, *A Significant New Step in the Creation of an International Compensation Mechanism for Ukraine*, in «Just Security», 27 luglio 2023.

¹⁰ World Bank, *Ukraine - Third Rapid Damage and Needs Assessment (RDNA3): February 2022-December 2023*, Washington D.C., World Bank Group, 2024.

esecuzione degli obblighi di solidarietà tra gli Stati membri della comunità internazionale nel caso di violazioni gravi del diritto internazionale cogente¹¹, come il divieto di aggressione. Come noto, tra le conseguenze ulteriori derivanti dalla violazione grave di norme imperative del diritto internazionale, l'art. 41 del progetto del 2001 individua sia un obbligo positivo di cooperare nel porre termine alla violazione, sia l'obbligo di carattere negativo di non-riconoscimento di una situazione costituitasi attraverso l'illecito e di non prestare aiuto o assistenza nel mantenimento di una tale situazione¹².

Nei commentari del 2001, la CDI ha osservato che la disposizione in esame non stabilisce nel dettaglio la forma di questa cooperazione, specificando unicamente che essa deve realizzarsi con mezzi leciti e che potrebbe avvenire nel quadro di una organizzazione internazionale competente, come le Nazioni Unite¹³. Inoltre, lo stesso commento all'art. 41 rilevava che al momento di finalizzare il progetto di articoli il dovere di cooperare non appartenesse al diritto internazionale generale ma costituisse piuttosto un esempio di sviluppo progressivo¹⁴. Si tratta di una posizione che la CDI ha mutato nel frattempo, riconoscendo la natura consuetudinaria di tale obbligo nel quadro della Conclusione 19 del progetto sullo *jus cogens*. È interessante osservare che la CDI ha tentato anche di articolare meglio cosa comporti l'obbligo di cooperare evidenziando che esso ha “particolari conseguenze per la cooperazione all'interno degli organi delle Nazioni Unite”; e

¹¹ V. ad esempio R. BARBER, *What can the UN General Assembly do about Russian Aggression in Ukraine?*, in «EJIL:Talk!», 26 febbraio 2022; ID., *The Evolving Role of the General Assembly vis-à-vis the Security Council in the Maintenance of Peace*, in «Journal of International Peacekeeping», 2022, pp. 305-336. V. però M. ARCARI, *Contromisure e obblighi di regolamento delle controversie nella responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti*, in Gaetano Arangio-Ruiz, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale* (a cura di G. Palmisano), RomaTre Press, Roma, 2023, pp. 81-94, p. 91, secondo cui le risoluzioni dell'Assemblea generale, compresa quella concernente la creazione di un registro internazionale dei danni subiti dall'Ucraina, si collocano, più che nella linea delle «efficaci misure collettive... per reprimere gli atti di aggressione o le altre violazioni della pace» di cui all'art. 1, par. 1 della Carta delle Nazioni Unite, nell'ottica della determinazione delle conseguenze giuridiche dell'illecita azione militare russa.

¹² Sul tema della priorità dei doveri di solidarietà tra i membri della comunità internazionale, v. A. GATTINI, *A Return Ticket to 'Communitarisme' Please*, in «European Journal of International Law», pp. 1181-1199, p. 1185.

¹³ In tema, v. A. GIANELLI, *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione* (a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M. Alaimo), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 245-290, p. 275.

¹⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, cit., p. 114.

che “quando un’organizzazione internazionale ha la facoltà di agire, l’obbligo di cooperare impone ai membri di tale organizzazione internazionale il dovere di agire affinché l’organizzazione eserciti tale facoltà in modo da porre fine alla violazione di una norma imperativa del diritto internazionale¹⁵”.

In questo quadro, nei primi giorni dell’aggressione russa, vi era chi aveva sostenuto che l’obbligo di cooperazione imporrebbe agli Stati membri «fully exploit all tools in the General Assembly’s toolbox, that have even the faintest prospect of bringing the aggression to an end¹⁶». In particolare, si suggeriva che l’Assemblea generale avrebbe potuto raccomandare l’imposizione di misure sanzionatorie nei confronti di Mosca, sebbene ciò non sia poi avvenuto. Resta il fatto che i commentari della CDI al progetto di conclusioni sullo *jus cogens* indicano espressamente le risoluzioni approvate dall’Assemblea generale rispetto all’Ucraina tra gli esempi di deliberazioni di organizzazioni internazionali che illustrano il dovere di cooperare per porre fine alle gravi violazioni di norme imperative. Peraltro, sono stati sollevati dubbi circa la rilevanza di questa prassi, chiedendosi se l’assistenza prestata dagli Stati all’Ucraina sia dovuta per effetto di un obbligo internazionale o si fondi piuttosto su considerazioni di tipo politico.¹⁷

La questione se la cooperazione sia l’oggetto di una facoltà o di un obbligo è stata pure discussa con riguardo alle iniziative che gli Stati hanno intrapreso al di fuori di un quadro istituzionale. Così, vi è chi ha sostenuto che lo stesso invio di armi all’Ucraina da parte di taluni Paesi sia, in realtà, in esecuzione di un obbligo giuridico:¹⁸ in tal modo, l’assistenza militare a Kiev non violerebbe alcun obbligo di neutralità nei confronti della Russia. Ma si tratta di una posizione che suscita qualche perplessità: se anche

¹⁵ *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), together with commentaries*, in *Report of the International Law Commission: Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022)*, UN Doc. A/77/10, p. 16 ss., p. 70. In tema, v. H. AUST, *Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility: Observations in the Light of the Recent Work of the International Law Commission*, in *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Dispositions* (a cura di D. Tladi), Brill, Leiden, 2021, pp. 227-255.

¹⁶ R. BARBER, *What can the UN General Assembly do*, cit; v. anche L. DI GIANFRANCESCO, *Il ruolo dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risposta alle gravi violazioni di norme imperative*, in questo volume.

¹⁷ M. WOOD, *Values in the International Community: Jus cogens in light of the International Law Commission’s 2022 Conclusions*, KFG Working Paper Series No. 61, May 2023, p. 14.

¹⁸ E. BENVENISTI, A. COHEN, *Bargaining About War in the Shadow of International Law*, in «Just Security», 28 marzo 2022; A. A. HAQUE, *An Unlawful War*, in «AJIL Unbound», 2022, p. 155; S. TALMON, *The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: The Case of Ukraine*, Bonn Research Papers on Public International Law, Paper No 20/2022.

tutti gli Stati hanno il dovere di cooperare per porre fine all'invasione russa dell'Ucraina, non si può dire che questo si traduca necessariamente in un dovere specifico di fornire armi a Kiev. La paralisi del Consiglio di sicurezza e l'incapacità dell'Assemblea generale di prescrivere uno specifico metodo di cooperazione tra gli Stati lascia piuttosto a ciascuno di essi la possibilità di decidere come agire¹⁹.

4. La rete di accordi sulla sicurezza come forma di cooperazione coordinata per e con l'Ucraina

Indipendentemente dal fatto che si tratti di attuare un preciso obbligo giuridico, vi è un ambito ancora poco indagato del coordinamento tra un numero significativo di Stati nelle iniziative di assistenza all'Ucraina: esso riguarda la rete di accordi bilaterali di cooperazione in materia di sicurezza che, in misura crescente, sono stati conclusi sulla base della dichiarazione congiunta dei Paesi del G7²⁰ adottata il 12 luglio 2023 a margine del vertice di Vilnius, e al di fuori del quadro della NATO.

In questa dichiarazione aperta all'adesione di altri Stati, i membri del G7 si sono impegnati a fornire sostegno a lungo termine per l'Ucraina, stabilendo che ciò si sarebbe formalizzato attraverso impegni e accordi di sicurezza bilaterali, in conformità ai requisiti costituzionali di ciascun Paese, in tre diversi ambiti: a) la fornitura di armamenti e il sostegno allo sviluppo industriale ucraino nel settore della difesa; b) il rafforzamento della stabilità e della resilienza economica dell'Ucraina, anche attraverso sforzi di ricostruzione e recupero; c) il sostegno tecnico e finanziario per le necessità immediate dell'Ucraina derivanti dalla guerra contro la Russia.

È significativo che oltre trenta Stati abbiano espresso la loro adesione alla dichiarazione del G7 di sostegno all'Ucraina²¹ e che, nei primi mesi del 2024, l'Ucraina abbia già concluso nove accordi bilaterali di cooperazione in materia sicurezza rispettivamente con Regno Unito, Germania, Francia, Danimarca, Canada, Italia, Paesi Bassi, Finlandia e Lettonia e che negoziati in fase avanzata coinvolgano diversi altri Paesi. È un modello comunque diverso da quello delle clausole di mutua difesa nel caso di un'aggressione,

¹⁹ P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine*, in «International and Comparative Law Quarterly», 2023, pp. 527-543.

²⁰ G7, *Joint Declaration of Support for Ukraine*, 12 luglio 2023.

²¹ T. BALMFORTH, Y. DYSA, *Explainer: What are the security deals Ukraine is signing with allies?*, in «Reuters», 3 aprile 2024.

che merita per questo qualche attenzione.

Si tratta di intese a carattere bilaterale, di contenuto simile anche se non coincidente, che impegnano i partecipanti per un orizzonte temporale di dieci anni, formando una rete di cooperazione di natura transitoria, dato che la durata della loro esecuzione dipenderà anche dalla circostanza che nel frattempo l'Ucraina possa diventare membro della NATO. La scelta di uno strumento bilaterale sembra volta ad assicurare una certa flessibilità negli impegni assunti dai partner, pur in una cornice più ampia di cooperazione assicurata dalla dichiarazione del G7. Il termine "garanzie di sicurezza" (*security guarantees*) è ampiamente impiegato dal governo ucraino per descrivere questa rete di accordi, assai meno dai Paesi partner che preferiscono formule che sottolineano piuttosto l'assistenza e la cooperazione tra i partecipanti. Dal punto di vista di Kiev, l'obiettivo è quello di distinguere queste iniziative dalle c.d. "*security assurances*", ossia gli impegni di carattere positivo che Russia, Regno Unito e Stati Uniti si erano assunti con il Memorandum di Budapest, del dicembre 1994²². Impegni ritenuti non sufficientemente robusti dall'Ucraina²³, dal momento che essi si limitano a chiedere un'azione immediata del Consiglio di sicurezza per fornire assistenza all'Ucraina, nel caso sia vittima di un atto di aggressione o oggetto di una minaccia di aggressione in cui siano utilizzate armi nucleari.

Un primo elemento di interesse riguarda la natura di questi accordi, se quella di intese non giuridicamente vincolanti²⁴ oppure di accordi disciplinati dal diritto internazionale. A titolo di precedente storico, quando il Regno Unito aveva offerto proprie garanzie a Finlandia e Svezia nel 2022, il documento che le contiene precisa che si tratta di «una dichiarazione politica e non un impegno giuridicamente vincolante ai sensi del diritto internazionale»²⁵. Anche se nel testo degli accordi di cooperazione non compaiono espressioni di questo tipo, pare che, nelle intenzioni dei governi

²² *Memorandum on security assurances in connection with Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 5 dicembre 1997, in *UNTS*, vol. 3007, p. 167.

²³ *The Kyiv Security Compact. International Guarantees for Ukraine: Recommendations*, Settembre 2022.

²⁴ Come noto, a partire dal 2023, la CDI ha deciso di inserire l'argomento "Accordi internazionali non giuridicamente vincolanti" nel suo programma di lavoro e ha nominato Mathias Forteau relatore speciale per questo tema: v. *Report of the International Law Commission: seventy-fourth session (24 April-2 June and 3 July-4 August 2023)*, UN Doc. A/78/10, para. 249.

²⁵ *UK-Sweden Political Declaration of Solidarity*, 11 maggio 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/united-kingdom-sweden-statement-11-may-2022/united-kingdom-sweden-statement>.

partner dell'Ucraina, essi rientrano nella categoria delle intese politiche²⁶. Vari sono gli indizi nella stessa formulazione dell'accordo che fanno propendere per questa ipotesi: ad esempio, il fatto che non si utilizzino espressioni come "parti contraenti" quanto piuttosto "partecipanti" all'accordo. La maggior parte degli accordi evita di utilizzare il termine "articolo" per riferirsi alle sue disposizioni (ma non quello con l'Italia). Quanto poi agli aspetti finanziari, l'accordo tra Ucraina e Italia stabilisce all'art. 17 che le spese derivanti dalla sua attuazione «saranno coperte dai Partecipanti in base alle loro ordinarie disponibilità di bilancio senza alcun costo aggiuntivo per il bilancio dello Stato²⁷», mentre l'accordo concluso con la Germania afferma che «le disposizioni di bilancio nazionali si applicano e richiedono l'autorizzazione esplicita del Bundestag tedesco²⁸». Queste disposizioni suggeriscono che la volontà dei governi fosse quella di non concludere un accordo giuridicamente vincolante che avrebbe richiesto, peraltro, l'autorizzazione parlamentare ai sensi rispettivamente dell'art. 80 della Costituzione italiana e dell'art. 59 della Legge fondamentale tedesca²⁹.

Un secondo aspetto rilevante, nella prospettiva della cooperazione nel porre fine a violazioni gravi di norme cogenti, riguarda la descrizione degli interessi dei partecipanti all'accordo, che esprimono la "solidarietà" tra essi nel reagire alla aggressione russa, come indica il preambolo dell'intesa con la Francia. È un aspetto su cui è necessario tornare nel successivo paragrafo, a proposito della nozione di Stato leso. Evidente è l'interesse individuale dell'Ucraina, in quanto Stato aggredito, a mantenere la

²⁶ V. Tajani: *Presto accordo bilaterale di sicurezza con Kiev*, «Ansa», 22 febbraio 2024: il Ministro degli esteri Tajani, infatti, precisava quanto segue: «Il nostro accordo - come quelli stipulati da Francia, Germania e Regno Unito - non sarà giuridicamente vincolante. Dal testo non derivano obblighi sul piano del diritto internazionale, né impegni finanziari. Non sono previste garanzie automatiche di sostegno politico o militare. Come quella dei nostri partner, anche la nostra intesa bilaterale non richiederà, quindi, la procedura di ratifica parlamentare».

²⁷ *Agreement on Security Cooperation between Ukraine and Italy*, 24 febbraio 2024. I testi degli accordi sono reperibili nel sito ufficiale della presidenza dell'Ucraina.

²⁸ *Agreement on Security Cooperation and Long-Term Support between Ukraine and the Federal Republic of Germany*, 16 febbraio 2024, punto I. par. 4.

²⁹ V. anche il dibattito circa la questione se l'accordo tra Francia e l'Ucraina richiedesse un'approvazione parlamentare, ricadendo nell'ambito d'applicazione dell'art. 53 della Costituzione del 1958: *Tous les accords de sécurité internationaux obligatoirement ratifiés par le Parlement? Attention à cette affirmation*, in «AFP France», 22 febbraio 2024. Il 12 marzo del 2024 si è comunque tenuto un dibattito sull'accordo con l'Ucraina in seno all'Assemblea nazionale, nel quadro dell'art. 50-1 della Costituzione, che stabilisce che il governo possa fare una dichiarazione dinanzi a uno dei rami del parlamento su un argomento determinato: una dichiarazione che dà luogo a dibattito e può essere oggetto di una votazione senza impegnare la responsabilità dell'esecutivo.

propria «sovranità, indipendenza e integrità territoriale [...] all'interno dei suoi confini internazionalmente riconosciuti a partire dal 1991». Gli accordi sono anche espressione dell'esigenza di tutelare la «sicurezza euro-atlantica³⁰» che costituisce un interesse di ciascuno dei partner, ma anche di salvaguardare interessi squisitamente di natura collettiva cioè la «difesa del diritto e dell'ordine internazionale, della pace e della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali³¹», come recitano quelli conclusi con Francia, Germania e Regno Unito. In questo senso, l'obiettivo dell'accordo con l'Italia è quello di «garantire una forza sostenibile in grado di difendere l'Ucraina ora e di scoraggiare l'aggressione russa in futuro³²». È possibile cogliere una funzione deterrente esercitata dalla rete di accordi soffermandosi sulle clausole presenti in ciascuno di essi relative all'ipotesi di futuri attacchi armati da parte della Federazione Russa. Oltre all'impegno a consultarsi entro 24 ore per determinare le fasi successive più appropriate, i Paesi partner forniranno all'Ucraina «un'assistenza rapida e duratura in materia di sicurezza, equipaggiamenti militari moderni in tutti i settori, se necessario, e assistenza economica», imporranno alla Russia «costi economici e di altro tipo» e si consulteranno con l'Ucraina «sulle sue esigenze nell'esercizio del diritto alla legittima difesa».

Questi impegni, che certo rimangono distinti da quelli di una clausola di difesa reciproca, sono comunque inseriti nel quadro di una reazione collettiva, dal momento che gli accordi stessi prevedono che queste disposizioni possano modificarsi «per allinearsi a ogni meccanismo che l'Ucraina potrà successivamente concordare con gli altri partner internazionali» per una risposta più efficace.

5. *Sul concetto di Stato leso rispetto a un'aggressione*

Come noto, il progetto di articoli del 2001 si fonda sulla distinzione tra Stato leso e Stati diversi dallo Stato leso, secondo quanto previsto dai suoi articoli 42 e 48³³: hanno titolo a invocare la responsabilità dello Stato sia il

³⁰ *Accord de coopération en matière de sécurité entre la France et l'Ukraine*, 16 febbraio 2024, par. III.

³¹ V., ad esempio, *Agreement on Security Co-Operation between the United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland and Ukraine*, 12 gennaio 2024, Part I, par. 2.

³² *Agreement on security cooperation between Ukraine and Italy*, cit.

³³ V. almeno G. GAJA, *The Concept of an Injured State*, in *The Law of International Responsibility* (edited by J. Crawford et al.), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 941-947.

primo sia altri Stati che, secondo la CDI, hanno un interesse giuridicamente tutelato, un *legal interest*, impiegando così la terminologia introdotta dalla sentenza *Barcelona Traction*³⁴.

Nel caso di una violazione di obblighi *erga omnes*, ossia nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, è leso lo Stato “specially affected” (“spécialement atteint” nella versione in lingua francese) dalla condotta illecita. Questi ha diritto di chiedere allo Stato responsabile l’adempimento di tutte le conseguenze derivanti dall’illecito, compresa la riparazione. I commentari non definiscono la natura o l’entità del pregiudizio particolare o “speciale” che uno Stato deve aver subito per essere considerato “leso”, ma la CDI osserva che «ciò dovrà essere valutato caso per caso, tenendo conto dell’oggetto e dello scopo dell’obbligo primario violato e dei fatti di ciascun caso³⁵»: affinché uno Stato possa essere considerato leso, deve essere pregiudicato dalla violazione in un modo che lo distingua dalla generalità degli altri Stati nei cui confronti l’obbligo è dovuto.

L’art. 48 del progetto del 2001 si occupa quindi della posizione giuridica di tutti gli altri Stati che vengono definiti “Stati diversi dallo Stato leso”, i quali hanno un interesse giuridico al rispetto della norma violata: essi possono chiedere la cessazione dell’atto internazionalmente illecito, nonché assicurazioni e garanzie di non ripetizione, o l’adempimento dell’obbligo di riparazione solo nell’interesse dello Stato leso o «dei beneficiari dell’obbligo violato».

La distinzione tra lo Stato specialmente leso e gli altri Stati si qualifica dunque come la distinzione «tra interesse giuridico al rispetto *di un diritto* (in senso soggettivo) e interesse giuridico al rispetto *del diritto* (in senso oggettivo)³⁶». Contrariamente allo “Stato leso”, tutti gli altri Stati non sono colpiti nel loro interesse individuale e soggettivo, ma nel loro interesse oggettivo al rispetto di quegli obblighi che sono di importanza essenziale per la comunità internazionale: la base giuridica della loro azione contro lo Stato responsabile risiede semplicemente nella loro appartenenza alla comunità internazionale.³⁷

Applicando questo schema all’ipotesi di un’aggressione, la posizione dello Stato che subisce l’attacco parrebbe dunque chiaramente distinta da

³⁴ Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, sentenza del 5 febbraio 1970, in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss., p. 32, par. 33.

³⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, cit., p. 119.

³⁶ N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 437.

³⁷ V. P. M. DUPUY, *Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of ‘Obligations Owed to the International Community as a Whole’*, «European Journal of International Law», 2012, pp. 1059-1069, p. 1061.

quella di tutti gli Stati della comunità internazionale³⁸: è stato osservato che mentre il primo agisce a tutela della propria sfera di sovranità territoriale, gli altri agiscono solo a tutela dell'interesse collettivo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Pertanto, lo Stato aggredito può agire in legittima difesa, mentre ai secondi questo diritto è precluso senza il consenso del primo³⁹. Inoltre, nel quadro del rapporto di responsabilità, lo Stato aggredito ha titolo a far valere tutte le conseguenze dell'illecito, mentre gli altri Stati potranno agire per la riparazione del danno ma solo a favore del primo. Infine, questa distinzione è evidente rispetto al potere di attivare strumenti di garanzia, compreso quello di adottare contromisure. Mentre lo Stato "specially affected" da una violazione di un obbligo *erga omnes* ha un generale potere di adottare contromisure, tutti gli altri Stati – secondo l'art. 54 del progetto, volutamente ambiguo – possono adottare "misure lecite" contro lo Stato responsabile.

Per riassumere, rispetto a violazioni di obblighi nei confronti della comunità internazionale, l'attivazione di forme di reazione dipenderebbe comunque dalla distinzione tra Stato leso e tutti gli altri Stati. Rinviano al prossimo paragrafo la discussione circa l'esistenza di un potere di adottare contromisure collettive per la tutela di interessi generali, è utile soffermarsi, in via conclusiva, sull'argomento che, secondo fonti di stampa, gli Stati Uniti avrebbero utilizzato per giustificare misure di confisca dei beni russi. L'amministrazione Biden avrebbe cercato di sostenere la tesi per cui «G7 members and other specially affected states could seize Russian sovereign assets as a countermeasure to induce Russia to end its aggression⁴⁰». In altri termini, con riguardo all'invasione dell'Ucraina, la nozione di Stato "in particolar modo pregiudicato" non individuerrebbe unicamente lo Stato vittima dell'attacco armato ma anche i membri del G7 e, più in generale nella ricostruzione apparsa nella stampa, gli Stati alleati dell'Ucraina «who have bankrolled its economy and military during the war⁴¹».

Ci si chiede, allora, che cosa distinguerebbe i Paesi del G7 dalla

³⁸ V. J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 546: «the obligation not to use force in interstate relations enshrined in Article 2(4) of the UN Charter applies to the international community as a whole, but a specific act of aggression will always be perpetrated against a specific state (or states), and will have its most significant adverse impact on the target state».

³⁹ E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, VI ed. Giappichelli, Torino, 2023, p. 440.

⁴⁰ L. DUBOIS, J. POLITI, L. FISHER, *G7 moves closer to seizing Russian assets for Ukraine*, in «Financial Times», 15 dicembre 2023.

⁴¹ L. DUBOIS, S. FLEMING, *The legal case for seizing Russia's assets*, in «Financial Times», 20 dicembre 2023, su cui v. anche F. PADDEU, *Transferring Russian Assets to Compensate Ukraine: Some Reflections on Countermeasures*, in «Just Security», 1 marzo 2024.

generalità degli altri Stati della comunità internazionale, in modo tale da renderli “specially affected”, ossia essi stessi “Stati lesi”, anche se forse in modo diverso dall’Ucraina. Dagli scarni elementi forniti dalle ricostruzioni giornalistiche, emergerebbe il fatto che l’aggressione russa avrebbe prodotto un impatto economico che avrebbe colpito in maniera particolare tali Paesi, a motivo soprattutto del sostegno finanziario e militare da essi prestato all’Ucraina. Occorre poi tener conto che i Paesi partner, nel concludere gli accordi di cooperazione con l’Ucraina, hanno ritenuto che la condotta russa possa minare la “sicurezza euro-atlantica”, facendo leva dunque sulla dimensione regionale della minaccia. È una ricostruzione della nozione di “Stato specialmente leso” che suscita non pochi interrogativi. Anzitutto, in questo modo la posizione “speciale” degli Stati del G7 sembrerebbe prescindere dalla natura della situazione giuridica soggettiva rappresentata dall’esistenza di un diritto individuale, che si ritiene violato dalla condotta illecita dell’aggressore. L’elemento su cui poggia questa definizione di Stato “specially affected” è piuttosto dato dalla qualificazione dei costi sostenuti dai Paesi alleati per l’assistenza economica e militare all’Ucraina come pregiudizio materiale causato dall’aggressione: ma ciò apre ulteriori questioni relative alla nozione stessa di danno e al nesso di causalità con il fatto internazionalmente illecito.

Ci si potrebbe domandare se questo tipo di argomentazione, avanzato dagli Stati Uniti, rappresenti una sorta di *revival* della definizione contenuta nell’art. 40 del progetto approvato in prima lettura nel 1996, secondo cui, nel caso della commissione di crimini internazionali, tutti gli Stati fossero da considerarsi lesi, dotandoli in tal modo dell’intero arsenale delle possibili reazioni⁴². Tra l’altro, secondo il relatore speciale Arangio-Ruiz, nell’ipotesi di un’aggressione, tra le posizioni dei diversi Stati operavano soltanto «differences relating only to the nature or the degree of the injury⁴³».

Poiché una tale ricostruzione pare avere quale obiettivo principale quello di allargare la platea degli Stati dotati del potere di adottare contromisure, occorre piuttosto chiedersi se, allo stato attuale dello sviluppo del diritto internazionale, una tale possibilità sia riconosciuta a tutti gli Stati almeno in quelle circostanze – come nel caso dell’aggressione – in cui la condotta illecita equivale a una grave violazione di norme imperative del diritto internazionale.

⁴² Per il testo del progetto di articoli adottato in prima lettura, v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part. II, p. 58 ss. Per il commento all’art. 40: *Yearbook of the International Law Commission*, 1985, vol. II, Part Two, p. 25 ss.

⁴³ G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1992, vol. II, Part One, p. 45, par. 137.

6. Reazioni decentrate e il problema della confisca dei beni russi

Quando si compie un atto di aggressione, gli Stati diversi da quello aggredito possono giustificare la loro reazione unilaterale contro lo Stato responsabile sulla base di due diverse serie di norme⁴⁴. Anzitutto, essi possono agire in legittima difesa collettiva, in base all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite e alla corrispondente norma del diritto consuetudinario, purché lo Stato vittima abbia constatato di aver subito un attacco armato e abbia richiesto l'intervento in suo favore⁴⁵. In alternativa, gli Stati della comunità internazionale possono fare affidamento sulle norme secondarie che disciplinano le conseguenze giuridiche derivanti da una grave violazione di una norma imperativa del diritto internazionale. Tra queste conseguenze, una delle questioni più controverse riguarda la possibilità per tali Stati di prendere contromisure contro lo Stato inadempiente.

L'art. 54 del progetto di articoli del 2001 stabilisce che gli Stati diversi dallo Stato leso possano adottare "misure lecite" contro lo Stato responsabile di una violazione di obblighi *erga omnes*: non specificando tuttavia il contenuto delle stesse, questa disposizione non fornisce una risposta alla questione della liceità delle c.d. contromisure collettive a tutela di un interesse fondamentale. Tuttavia, sulla base della prassi più recente si è sostenuto che una reazione decentrata sarebbe possibile in caso di inazione del Consiglio di sicurezza e che pertanto siano ammissibili contromisure da parte di Stati non direttamente lesi, per reagire a violazioni gravi di obblighi *erga omnes*, come è il caso dell'aggressione russa⁴⁶.

L'imposizione delle c.d. "sanzioni" è stata la principale risposta da parte degli Stati Uniti e dell'Unione europea, insieme ad alcuni altri Paesi, all'aggressione russa dell'Ucraina. Non si tratta di misure del tutto nuove: al contrario, i nuovi pacchetti adottati dall'UE a partire dalla fine di febbraio 2022 si pongono essenzialmente nel solco della continuità con le misure già in vigore sin dall'annessione della Crimea nel marzo 2014. Ne emerge un quadro articolato che comprende sia sanzioni 'mirate' – come il divieto

⁴⁴ V. anche P. PALCHETTI, *Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force*, in *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (a cura di M. Weller), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp.1224-1238, p. 1230.

⁴⁵ Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, in *ICJ Reports*, 1986, p. 14 ss., p. 105, par. 199.

⁴⁶ V. anche l'art. 5 della risoluzione su «Obligations *erga omnes* in international law», adottata dall'*Institut de droit international*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-I, 2005, p. 135.

di viaggio e il congelamento dei beni di cittadini o entità collegate in vario modo al governo russo⁴⁷ – sia misure di carattere economico che colpiscono la Russia nel loro complesso nei settori finanziario, commerciale, energetico, dei trasporti, della tecnologia e della difesa⁴⁸.

In alcuni casi, le misure in esame rientrano nella categoria delle “ritorsioni” ai sensi del diritto internazionale: pur in risposta a violazioni del diritto internazionale, esse costituiscono comportamenti inamichevoli ma di per sé non violano alcun obbligo giuridico nei confronti della Federazione russa⁴⁹. Questo può essere il caso, ad esempio, dei divieti di viaggio, perché gli Stati non hanno, in generale, alcun obbligo di consentire l’ingresso di cittadini stranieri nel loro territorio⁵⁰. Ma è significativo che già in passato Mosca avesse sottolineato la contrarietà delle misure restrittive con le regole dell’Organizzazione mondiale del commercio: a tale riguardo, l’UE aveva ricondotto le ‘sanzioni’ nel quadro delle eccezioni inserite nell’art. XXI, lett. b) del GATT 1994, disposizione che legittima una Parte a prendere le misure che giudicherà necessarie per la protezione degli interessi essenziali della sua sicurezza, in tempo di guerra o in caso di grave tensione internazionale⁵¹. In

⁴⁷ Decisione 2014/145/PESC del Consiglio, del 17 marzo 2014, concernente misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l’integrità territoriale, la sovranità e l’indipendenza dell’Ucraina, in GUUE L 78 del 17 marzo 2014, p. 16 ss.; Regolamento (UE) n. 269/2014 del Consiglio, del 17 marzo 2014, concernente misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l’integrità territoriale, la sovranità e l’indipendenza dell’Ucraina, in GUUE L 78 del 17 marzo 2014, p. 6 ss. Sul tema delle misure mirate nei confronti delle élites russe v. A. ALÌ, *Examining the Legality of EU Restrictive Measures on the Russian Federation: the Information Gathering Process in Sanction Imposition*, in *International Sanctions in Practice: An Interdisciplinary Perspective* (edited by A. Bultrini et al.), Routledge, London, 2024, pp. 29-44.

⁴⁸ Per una prima panoramica delle misure contro la Federazione russa, v. S. SILINGARDI, *Sulla legittimità delle sanzioni unilaterali nei confronti della Russia a seguito dell’aggressione contro l’Ucraina*, in «Rivista di diritto internazionale», 2022, pp. 795-817.; più di recente, sulle misure europee, v. anche S. POLI, F. FINELLI, *Context Specific and Structural Changes in the EU Restrictive Measures Adopted in Reaction to Russia’s Aggression on Ukraine*, «Rivista Eurojus», 2023, pp. 19-52.

⁴⁹ Sulla definizione di ritorsioni, v. T. RUYS, *Sanctions, Retortions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework*, in *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (edited by L. van den Herik), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 19-51.

⁵⁰ V. M. GESTRI, *Sanctions, Collective Countermeasures and the EU*, in «Italian Yearbook of International Law», 2023, pp. 67-92, p. 70.

⁵¹ Consiglio dell’UE, *Sanctions Guidelines – update*, Doc. 5664/18, 14 maggio 2018, par. 11; F. KAWASHIMA, *Trade Sanctions against Russia and their WTO Consistency: Focusing on Justification under National Security Exceptions*, in «International Community Law Review», pp. 121-150.

altre circostanze, la Federazione russa ha condannato le misure adottate nei suoi confronti come violazione delle regole di diritto consuetudinario a tutela della sovranità, come quelle relative all'immunità dello Stato e dei suoi beni.

A questo riguardo, un elemento particolarmente significativo delle misure restrittive approvate negli ultimi due anni è stato l'introduzione di misure di carattere finanziario, che erano già state sperimentate sia dall'UE che dagli Stati Uniti in relazione al programma nucleare iraniano. Oltre alla decisione di disconnettere alcune banche russe dalla piattaforma di messaggistica SWIFT che assicura i pagamenti internazionali, il Consiglio dell'UE ha introdotto un divieto di «tutte le operazioni relative alla gestione delle riserve e delle attività della Banca centrale di Russia, comprese le operazioni con qualsiasi persona giuridica, entità o organismo che agisce per conto o sotto la direzione della Banca centrale di Russia⁵²». In seguito, il Consiglio ha esteso tale divieto al Fondo di ricchezza nazionale russo⁵³. L'UE stima che, per effetto del divieto di effettuare transazioni, più della metà delle riserve russe siano state “congelate”, ossia “immobilizzate”: l'ammontare delle attività bloccate sarebbe di circa 300 miliardi di euro, con oltre due terzi dei beni situati nell'UE.

Alla questione se le misure di congelamento dei fondi della Banca centrale siano in contrasto con le norme consuetudinarie e pattizie in materia di immunità dei beni dello Stato, sono state date risposte diverse: mentre alcuni autori hanno sostenuto che gli Stati non possono adottare misure di coercizione contro i beni di un altro Stato, in quanto non abbiano uno scopo commerciale⁵⁴, altri sembrano dubitare che la norma consuetudinaria sull'immunità dalle misure esecutive posteriori a una decisione giudiziale possa applicarsi anche al congelamento fondi, in quanto misura autonomamente disposta dal legislatore o dal potere

⁵² Regolamento (UE) 2022/334 del Consiglio del 28 febbraio 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, in GUUE L 57 del 28 febbraio 2022, p. 1 ss.

⁵³ Decisione (PESC) 2022/395 del Consiglio, del 9 marzo 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, in GUUE L 81 del 9 marzo 2022, p. 8 ss.

⁵⁴ L'art. 21 della Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni ricomprende i beni della banca centrale tra quelli utilizzati a fini pubblici e dunque coperti da immunità. V. THOUVENIN, GRANDAUBERT, *The Material Scope of State Immunity from Execution*, in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (a cura di T. Ruys, N. Angelet, L. Ferro), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 245 ss., pp. 250-252.

esecutivo⁵⁵. Rimane il fatto che vi sono state diverse voci concordi nel ritenere che, se anche le misure di congelamento violassero le norme sull'immunità dello Stato, queste potrebbero comunque giustificarsi a titolo di contromisura in reazione alla grave violazione del diritto cogente, rappresentata dall'aggressione contro l'Ucraina⁵⁶. Si osservi peraltro che le norme sull'immunità dello Stato non rientrano tra i limiti al potere di agire in contromisura, visto che non appartengono al diritto cogente e che l'art. 50 par. 2 del progetto di articoli stabilisce che tra gli obblighi che non si possono violare vi sono quelli concernenti l'inviolabilità, ma solo degli agenti, delle sedi e degli archivi diplomatici e consolari⁵⁷.

Nella Dichiarazione congiunta di sostegno all'Ucraina del luglio 2023, i Paesi del G7 avevano ribadito che i beni sovrani della Russia sarebbero rimasti immobilizzati fino a quando la Russia non avesse pagato i danni causati all'Ucraina⁵⁸. Con ciò si esprimeva il nesso tra contromisura e riparazione in modo coerente con il regime internazionale della responsabilità quale emerge dal progetto del 2001: la contromisura, più che perseguire un fine afflittivo, ha per scopo quello di esercitare un'ulteriore pressione sullo Stato autore dell'illecito, per indurlo a conformarsi al rispetto del diritto e a riparare il danno⁵⁹.

In mancanza di una prospettiva realistica verso una soluzione negoziata del conflitto, l'Ucraina e i partner internazionali avevano quindi manifestato la loro intenzione di esplorare «all possible avenues to aid Ukraine in obtaining compensation from Russia⁶⁰». In particolare, l'amministrazione Biden aveva fortemente sostenuto tra i membri del G7 la proposta di impiegare congiuntamente lo strumento della confisca dei beni congelati sia della Banca centrale russa sia di persone fisiche e giuridiche. Nell'aprile del 2024 gli Stati Uniti si sono mossi in questa direzione: in base al *Rebuilding*

⁵⁵ N. RONZITTI, *Sanctions as Instruments of Coercive Diplomacy: An International Law Perspective*, in *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law* (a cura di N. Ronzitti), Brill, Leiden, 2016, p. 1 ss., p. 22; RUYS, *Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions*, in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, cit., p. 670 ss., pp. 677-680.

⁵⁶ V. inter al., A. MOISEIENKO, *Legal: The Freezing of the Russian Central Bank's Assets*, in «European Journal of International Law», 2023, pp. 1007-1020; R. VAN DER HORST, *Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank*, ibid., pp. 1021-1032.

⁵⁷ V. a tale riguardo M. LONGOBARDO, *State Immunity and Judicial Countermeasures*, in «European Journal of International Law», 2021, pp. 457-484; nonché M. L. PADELLETTI, *La confisca delle riserve della Banca centrale russa: un rimedio peggior del male?*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2024, pp. 35-53, p. 42.

⁵⁸ *Joint declaration of support for Ukraine*, cit.

⁵⁹ Cfr. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 498.

⁶⁰ *G7 Leaders' Statement*, 6 dicembre 2023.

Economic Prosperity and Opportunity for Ukrainians Act, il Presidente degli Stati Uniti anzitutto è soggetto a un preciso divieto di revoca del blocco dei beni sovrani russi fino a quando le ostilità tra Russia e Ucraina non saranno terminate e la Russia non avrà risarcito completamente l'Ucraina o non parteciperà a un meccanismo internazionale a questo fine. Tuttavia, la disposizione più significativa è quella che stabilisce che si possa sequestrare, confiscare, trasferire o conferire qualsiasi bene sovrano dello Stato aggressore russo, in tutto o in parte, e compresi gli interessi.⁶¹

Nell'ambito del G7, Giappone, Francia, Germania, Italia e la stessa UE avrebbero manifestato invece una posizione di grande cautela⁶², soprattutto dal punto di vista della conformità al diritto internazionale della confisca dei beni sovrani. Secondo la Presidente della Banca centrale europea Lagarde «passare dal congelamento dei beni, alla loro confisca, alla loro cessione è qualcosa che deve essere valutato con molta attenzione», avvertendo che potrebbe comportare «la rottura dell'ordine internazionale che si vuole proteggere e che si vuole far rispettare alla Russia⁶³».

In effetti, pur ammettendo che ai membri del G7 e all'UE possa spettare il potere di imporre contromisure contro la Russia, rimane controverso se la confisca possa essere considerata giuridicamente in tal modo. Naturalmente, per coloro che ritengono che le norme sull'immunità non trovino applicazione, non vi sono ostacoli giuridici:⁶⁴ la confisca sarebbe al più un comportamento inamichevole ma lecito. Presupponendone invece il carattere antiggiuridico – posto che l'appropriazione coercitiva di beni altrui potrebbe anche integrare un illecito intervento negli affari interni⁶⁵ – il problema principale riguarda il fatto che la confisca, in quanto sottrae un bene a favore dello Stato⁶⁶, si configurerebbe come una misura permanente

⁶¹ *Rebuilding Economic Prosperity and Opportunity for Ukrainians Act*, 24 aprile 2024, Public Law 118-50, Section 104(b)(1): «the President may seize, confiscate, transfer, or vest any Russian aggressor state sovereign assets, in whole or in part, and including any interest or interests in such assets, subject to the jurisdiction of the United States».

⁶² P. TAMMA, L. DUBOIS, S. FLEMING, *The clash over whether to commandeer Russia's frozen assets*, in «Financial Times», 3 maggio 2024.

⁶³ Christine Lagarde says US plan to raise debt against Russian assets carries legal risk, in «Financial Times», 18 aprile 2024.

⁶⁴ M. T. KAMMINGA, *Confiscating Russia's Frozen Central Bank Assets: A Permissible Third-Party Countermeasure?*, «Netherlands International Law Review», 2023, pp. 1-17.

⁶⁵ V. anche M. L. PADELLETTI, *La confisca*, cit. p. 42.

⁶⁶ Sulla nozione di confisca nella dottrina internazionalistica, v. ad esempio R. VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, ESI, Napoli, 2020, nonché ID., *Le misure dell'Unione europea di congelamento e confisca tra rispetto dei diritti umani e rischi di derive sanzionatorie*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2024, pp. 65-80.

e definitiva. Ciò non sembrerebbe soddisfare i requisiti di temporaneità e reversibilità stabiliti nell'art. 49 del progetto di articoli – requisiti connaturati alla contromisura in quanto strumento volto a indurre lo Stato responsabile a rispettare i propri obblighi internazionali⁶⁷. Si potrebbe forse contro-argomentare che secondo l'art. 49 il requisito della reversibilità non è assoluto («*per quanto possibile* le contromisure saranno adottate in modo tale da permettere la ripresa dell'adempimento degli obblighi»), oppure che, se la definizione è quella del «non rispetto temporaneo di obblighi internazionali dello Stato che agisce nei confronti dello Stato responsabile», l'atto che costituisce contromisura sarebbe, in realtà, la sospensione dell'immunità più che la misura di confisca in sé, immunità che potrebbe essere ripristinata una volta che la Russia si sia conformata ai suoi obblighi. Secondo una diversa ricostruzione, i requisiti di temporaneità e reversibilità sarebbero soddisfatti se gli asset russi fossero assegnati all'Ucraina come prestito condizionato all'adempimento da parte di Mosca dell'obbligo di riparazione: nel qual caso, le riserve sarebbero trasferite nuovamente alla Russia⁶⁸.

Considerato lo scetticismo dei Paesi europei rispetto a ipotesi di confisca delle riserve della Banca centrale, il Consiglio dell'UE ha infine optato per una soluzione di compromesso, decidendo di attingere, per il sostegno militare e la ricostruzione dell'Ucraina, dai proventi netti derivanti da entrate inattese e straordinarie ricavate dai depositari centrali di titoli (*Central Securities Depositories*, CSD), in conseguenza dell'attuazione delle misure restrittive contro la Russia.

Occorre tener presente, ad esempio, che ammontano a circa 191 miliardi di euro le riserve appartenenti alla Banca centrale russa e detenute sotto forma di titoli da Euroclear, la società belga che opera come depositaria. Alla scadenza, questi titoli hanno generato interessi per la Banca centrale sotto forma di pagamenti di cedole e rimborsi. Tuttavia, le «sanzioni» hanno impedito ai CSD di distribuire questi interessi, portando all'accumulo di liquidità nei loro conti. Come previsto dalle proprie procedure interne, Euroclear ha reinvestito tali saldi di cassa: nel 2023, gli interessi che sono derivati dalle attività sottoposte a sanzioni in Russia corrispondono a circa 4,4 miliardi di euro⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. I. (WUERTH) BRUNK, *Countermeasures and the Confiscation of Russian Central Bank Assets*, in «Lawfare», 3 maggio 2023.

⁶⁸ Per una ricognizione delle diverse posizioni, v. P. WEBB, *Legal options for confiscation of Russian state assets to support the reconstruction of Ukraine*, European Parliamentary Research Service, febbraio 2024.

⁶⁹ *Euroclear delivers strong performance in 2023*, 1 febbraio 2024, <https://www.euroclear.com/newsandinsights/en/press/2024/2024-mr-04-strong-performance-fy2023.html>.

Dapprima l'UE ha deciso che dal 15 febbraio 2024, i CSD che detengono riserve e attività della Banca centrale russa per un valore complessivo superiore a 1 milione di EUR debbano contabilizzare e gestire tali disponibilità liquide straordinarie accumulate in conseguenza del blocco separatamente dalle altre attività, così come devono tenere separate le entrate inattese e straordinarie che generano⁷⁰. In seguito, il Consiglio ha stabilito un obbligo per gli stessi CSD di versare all'UE un contributo finanziario dagli utili netti in questione: questi importi saranno quindi utilizzati per fornire sostegno militare all'Ucraina nella misura del 90%, attraverso lo strumento europeo per la pace, e contribuire alle necessità di ricostruzione del Paese per la restante parte⁷¹.

Due considerazioni a margine: anzitutto, l'iniziativa dell'UE pare fondarsi sul presupposto che le disponibilità di liquidità in conseguenza delle misure restrittive in realtà «legally belong to Euroclear⁷²», dunque non alla Federazione russa⁷³. Ma Mosca sostiene che non vi sia distinzione quanto alla proprietà tra capitale e interessi maturati, cosicché l'impiego dei proventi costituirebbe «nothing less than expropriation», ossia «a violation of all norms of the global economic system⁷⁴». Inoltre, si osservi che l'assegnazione degli importi è soprattutto volta al sostegno militare più che alle esigenze di riparazione dei danni.

⁷⁰ Decisione (PESC) 2024/577 del Consiglio, del 12 febbraio 2024, che modifica la decisione 2014/512/PESC, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, in GUUE L, 2024/577, 14 febbraio 2024. V. D. FRANCHINI, *Immobilised Assets, Extraordinary Profits: The EU Council Decision on Russia's Central Bank Reserves and Its Legal Challenges*, in «EJIL:Talk!», 1 marzo 2024.

⁷¹ Decisione (PESC) 2024/1470 del Consiglio, del 21 maggio 2024, che modifica la decisione 2014/512/PESC, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; Decisione (PESC) 2024/1471 del Consiglio, del 21 maggio 2024, sull'assegnazione degli importi del contributo finanziario versato allo strumento europeo per la pace a norma della decisione (PESC) 2024/1470; Regolamento (UE) 2024/1469 del Consiglio, del 21 maggio 2024, che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, in GUUE L, 2024/1470, 22 maggio 2024.

⁷² L. DUBOIS, *Euroclear warns against G7 plan to backstop Ukraine debt with Russian assets*, in «Financial Times», 15 febbraio 2024.

⁷³ V. il considerando n. 17 della Decisione (PESC) 2024/1470: «Le entrate inattese e straordinarie non devono essere messe a disposizione della Banca centrale di Russia in virtù delle norme applicabili, anche dopo la revoca del divieto di effettuare operazioni. Non costituiscono, pertanto, attività pubbliche (*sovereign assets*, in verità, nella versione inglese). Le norme che tutelano le attività pubbliche non sono dunque applicabili a tali entrate».

⁷⁴ *Kremlin says EU plan to take revenue from frozen Russian assets is still theft*, in «Reuters», 22 maggio 2024.

7. *Conclusione*

L'aggressione della Federazione russa ai danni dell'Ucraina ha posto in termini urgenti il tema del contenuto della reazione collettiva a gravi violazioni di nome imperative del diritto internazionale. Si è posta la questione non soltanto della titolarità di Stati diversi da quello vittima di attacco armato del potere di adottare contromisure, ma soprattutto del loro contenuto. Forse, l'ipotesi della confisca delle riserve russe, con lo scopo di trasferirle all'Ucraina, sarebbe meno controversa dal punto di vista giuridico se fosse effettuata a seguito di una deliberazione di un organo politico delle Nazioni Unite. Non è ovviamente immaginabile che il Consiglio di sicurezza, nell'esercizio dei suoi poteri in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, possa adottare una risoluzione che chieda o autorizzi gli Stati membri a prendere un'iniziativa di questo genere. Rimane, certo, l'ipotesi alternativa: l'Assemblea generale potrebbe adottare una risoluzione – sia di carattere generale sia avente come specifico oggetto la condotta russa – che raccomandi agli Stati di confiscare i beni appartenenti a Stati che hanno commesso un atto di aggressione. Sebbene le deliberazioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite non siano giuridicamente vincolanti per i membri, verrebbe da chiedersi se esse non producano comunque un effetto di liceità, o comunque un effetto autorizzativo nei confronti dei destinatari, in modo tale che gli Stati che desiderassero conformarvisi ne avrebbero diritto. Infine, una risoluzione di questo tipo, se sostenuta da un'ampia maggioranza di Stati, potrebbe fornire l'impulso per la formazione di una nuova norma consuetudinaria che consenta la confisca dei beni in caso di gravi violazioni del diritto internazionale cogente.

Enrico Zannarini

*L'Unione Europea e la Responsibility to Protect
alla prova della crisi ucraina*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Uno sguardo alla *Responsibility to Protect* – 3. Crisi ucraina, Unione Europea e *Responsibility to Protect* – 4. Le azioni preventive e repressive poste in essere dall'Unione Europea a margine della crisi ucraina – 5. Le ripercussioni nell'ordinamento giuridico internazionale delle azioni intraprese dall'Unione Europea in attuazione della *Responsibility to Protect* – 6. Considerazioni finali.

1. *Considerazioni introduttive*

Tra i molteplici ambiti di cui il Professor Arangio-Ruiz si è occupato nella sua lunga carriera accademica e di studioso del diritto internazionale, le riflessioni e considerazioni presentate rispetto ai crimini internazionali dello Stato occupano sicuramente uno spazio di prim'ordine. Vi è innanzitutto la proposta di istituire un meccanismo relativo alla procedura di accertamento della commissione di un crimine internazionale che coinvolgesse Assemblea Generale, Consiglio di Sicurezza e Corte Internazionale di Giustizia, dall'esito infelice¹, la cui *ratio* sottostante, tuttavia, come testimoniato dalla situazione ucraina², rispecchia la realtà fattuale odierna; occorre inoltre soffermarsi sul

¹ M. ARCARI, *Contromisure e obblighi di regolamento delle controversie nella responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti*, in Gaetano Arangio-Ruiz, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, a cura di G. PALMISANO, Roma Tre-Press, Roma, 2023, p. 86; Cfr. G. PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, a cura di M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. ALAIMO, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 203-243.

² Questa è caratterizzata dalla «combinazione di attività (e d'inattività) dell'Assemblea generale, del Consiglio di sicurezza e della Corte internazionale di giustizia». G. NESI, *Immagine e realtà della funzione normativa dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in Gaetano Arangio-Ruiz, *La lezione di una vita: cos'è e com'è il diritto internazionale*, a cura di G. PALMISANO, Roma Tre-Press, Roma, 2023, p. 80.

pensiero del Professore riguardo le conseguenze giuridiche scaturite dalla commissione di crimini internazionali di Stati, che ha assunto un'importanza rilevante nel processo di codificazione degli obblighi statali derivanti dalla commissione di un grave illecito internazionale. Infatti, già nel 1995, il Professore Arangio-Ruiz, nelle vesti di relatore speciale per il Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, prospettava, tra le «conseguenze speciali» derivate dalla commissione di un crimine internazionale, l'obbligo per tutti gli Stati di non riconoscere come lecita la situazione creata dalla violazione e, in particolare, il dovere di cooperare per far cessare l'illecito³. Come ben noto, questa impostazione è stata in seguito ripresa dall'Articolo 41 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, elaborato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2001, con riferimento alla violazione grave di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale⁴.

Il ruolo sempre più rilevante che le Organizzazioni Internazionali stanno assumendo nel panorama giuridico internazionale⁵, rende opportuno affiancare all'analisi dei comportamenti statali in tema di repressione di gravi crimini internazionali lo studio delle azioni intraprese dalle Organizzazioni Internazionali in tale ambito. In concreto, questo contributo si propone di fornire alcune brevi riflessioni in merito al ruolo svolto dall'Unione Europea nel cooperare, con mezzi leciti, per porre fine alle violazioni di gravi crimini internazionali, contribuendo, al tempo stesso, all'attuazione della dottrina della Responsibility to Protect.

Il 26 giugno 2023, in occasione della 77^a sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, l'ambasciatore Silvio Gomzato, capo della delegazione dell'Unione Europea presso le Nazioni Unite, ha rilasciato la dichiarazione dell'Unione in merito alla «*Responsibility to Protect and the Prevention of genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*», confermando il forte supporto dell'Unione rispetto all'attuazione della Responsibility to Protect⁶. Pur ribadendo la centralità dell'azione preventiva da parte di Stati e Organizzazioni Internazionali, finalizzata a salvare le popolazioni dal flagello della guerra e dalle sofferenze che da

³ G. ARANGIO-RUIZ, *Seventh report on State responsibility*, UN Doc. A/CN.4/469 and Add.1 and 2 (9, 24 and 29 May 1995), in *Yearbook of the International Law Commission*, 1995, vol. II, part one, pp. 29-30.

⁴ *Report of the Int. Law Commission on the work of its fifty-third session* (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two, p. 29.

⁵ UN Doc. A/CN.4/748, p. 39.

⁶ *EU Statement-UN General Assembly: Responsibility to Protect*, 26 giugno 2023, https://www.eeas.europa.eu/delegations/un-new-york/eu-statement-%E2%80%93-un-general-assembly-responsibility-protect_en.

essa derivano, l'ambasciatore ha sottolineato che, in caso di insuccesso dell'azione preventiva, è compito dell'intera comunità internazionale rispondere tempestivamente⁷.

Tali affermazioni si inseriscono all'interno di un contesto geopolitico altamente instabile che, a partire dal 24 febbraio 2022, ha visto il prodursi di uno «slittamento tettonico globale»⁸, con conseguenze significative per l'Europa e il mondo nel suo complesso⁹. La Federazione Russa ha infatti riportato la guerra in Europa. Nonostante lo scenario di crisi derivato dall'aggressione della Russia nei confronti dell'Ucraina, visto da una diversa angolazione, tale evento si configura come una rinnovata opportunità per l'Unione Europea di rafforzare la sua posizione come attore globale nella prevenzione e repressione di gravi crimini internazionali e di confermare, nei fatti, la sua volontà di rendere operativa la dottrina della Responsabilità di Proteggere.

Il presente contributo mira a fare luce sul ruolo svolto dall'Unione Europea nell'attuazione della *Responsibility to Protect* sotto il profilo preventivo e repressivo, analizzato in relazione alle politiche adottate dall'Unione rispetto alla situazione in Ucraina. Senza la pretesa di essere esaustivo, mi limiterò all'analisi di alcuni aspetti relativi al contributo fornito dall'Unione in tale ambito. In primo luogo mi occuperò di delineare brevemente le caratteristiche principali della *Responsibility to Protect*. Successivamente verrà dato spazio a una breve analisi delle azioni preventive e repressive intraprese dall'Unione a margine della crisi ucraina. Da ultimo, mi soffermerò sulle possibili ripercussioni nell'ordinamento giuridico internazionale delle azioni poste in essere dall'Unione Europea in tema di prevenzione e repressione dei *core crimes*.

2. *Uno sguardo alla Responsibility to Protect*

A fronte dell'incapacità della comunità internazionale di reagire efficacemente alla commissione di gravi crimini internazionali, come i genocidi compiuti in Ruanda e in Bosnia, ma anche alla luce del controverso

⁷ *ibid.*

⁸ *Informal meeting of the Heads of State or Government: Versailles Declaration*, 11 marzo 2022, <https://www.consilium.europa.eu/media/54773/20220311-versailles-declaration-en.pdf>, par. 6.

⁹ Cfr. J. WOUTERS, *Enhancing the rule of law in Europe and in the world: mission impossible?*, in *Enhancing the rule of law in the European Union's External Action*, a cura di L. M. HINOJOSA-MARTÍNEZ, C. PÉREZ BERNÁRDEZ, Edward Elgar, Cheltenham, 2023, p. 18.

intervento umanitario della NATO in Kosovo¹⁰, la Responsibility to Protect si configura come un ulteriore tentativo di fornire risposta all'interrogativo posto dall'ex segretario dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, Kofi Annan, relativo alla possibilità di conciliare due tra i principali capisaldi del diritto internazionale: da un lato, l'inviolabilità della sovranità statale e, dall'altro, la necessità di rispondere alle violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani¹¹. Originariamente proposta nel 2001 dall'*International Commission on Intervention and State Sovereignty*¹², la Responsibility to Protect è stata successivamente fatta propria dall'Organizzazione delle Nazioni Unite in occasione del *World Summit Outcome* del 2005¹³.

Tale dottrina, così come configurata nei paragrafi 138 e 139 di questo documento, si basa su tre pilastri: la responsabilità di ciascuno Stato di proteggere la propria popolazione (I pilastro); la responsabilità della comunità internazionale di assistere gli Stati nella protezione della propria popolazione (II pilastro); e la responsabilità della comunità internazionale di proteggere tale popolazione nel caso in cui uno Stato sia manifestamente incapace di farlo (III pilastro)¹⁴. Quest'ultimo pilastro, oggetto di un acceso dibattito dottrinale¹⁵, prevede, qualora si verifichino circostanze eccezionali e, previa

¹⁰ Definito come «*illegal but legitimate*»: Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 4.

¹¹ «[...] if humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica – to gross and systematic violations of human rights that affect every precept of our common humanity?». *Report of the Secretary General, We the Peoples: The Role of the United Nations in the Twenty-First Century*, 27 marzo 2000, UN Doc. A/54/2000, par. 217.

¹² International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, 14 agosto 2002, UN Doc. A/57/303, Annex.

¹³ *World Summit Outcome*, 24 ottobre 2005, UN Doc. A/RES/60/1.

¹⁴ *World Summit Outcome*, cit., parr. 138-139. Cfr. *Implementing the Responsibility to Protect: Report of the Secretary-General*, 12 gennaio 2009, UN Doc. A/63/677.

¹⁵ Cfr. *inter alia*, A. L. BANNON, *The Responsibility to Protect: The U.N. World Summit and the Question of Unilateralism*, in «The Yale Law Journal», 2005, pp. 1157-1165; C. FOCARELLI, *The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention: Too Many Ambiguities for a Working Doctrine*, in «Journal of Conflict & Security Law», 2008, pp. 191-213; A. PETERS, *Humanity as the α and Ω of Sovereignty*, in «European Journal of International Law», 2009, pp. 513-544; J. PATTISON, *Humanitarian intervention and the responsibility to protect: who should intervene?*, Oxford University Press, Oxford, 2010; A. ORFORD, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; J. EATON, *An Emerging Norm - Determining the Meaning and Legal Status of the Responsibility to Protect*, in «Michigan Journal of International Law», 2011, pp. 765-804; J. GENSER, I. COTLER, *The responsibility to protect: the promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, New York, 2012; S. BREAU, *The Responsibility to Protect in International Law: An Emerging Paradigm Shift*, Routledge, New York, 2016.

autorizzazione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, la possibilità di un intervento armato per ragioni di carattere umanitario.

Giunti a questo punto, ed essendo già stato più volte menzionato il concetto di comunità internazionale, vale la pena ricordare che, nonostante i dubbi che da sempre accompagnano questa nozione, ampiamente discussa in dottrina¹⁶, il fatto che nel corso del tempo si siano progressivamente affermati un insieme di valori e principi condivisi¹⁷, fa sì che, qualora questi interessi venissero lesi, l'insieme di Stati e Organizzazioni Internazionali - la cui stessa creazione manifesta la necessità di affrontare in forma congiunta questioni che fuoriescono dai confini nazionali¹⁸, - possano intervenire al fine di assicurare e rendere effettivi gli interessi comuni meritevoli di una tutela globale rafforzata, tra i quali rientrano i valori che la *Responsibility to Protect* si prefigge di salvaguardare.

L'approccio mediante il quale la *Responsibility to Protect* è stata intesa nel seno delle Nazioni Unite rispecchia il cosiddetto criterio del *narrow-but-deep*¹⁹, in virtù del quale, da una parte, si circoscrive il suo ambito di applicazione materiale ai soli casi di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e pulizia etnica, mentre, dall'altra, si istituisce un ampio ventaglio di strumenti che possono essere impiegati da Stati e Organizzazioni Internazionali per prevenire e reprimere la commissione di tali atrocità.

È propriamente in virtù del criterio del *narrow-but-deep* che la Responsabilità di Proteggere in capo alla comunità internazionale non comporta solamente l'esercizio dell'uso della forza in conformità con quanto stabilito nel terzo pilastro, le cui problematiche, ampiamente note²⁰, non

¹⁶ Cfr. *inter alia*, B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, in «Collected Courses of the Hague Academy of International Law», vol. CCL, 1997, pp. 217-384; E. JOUANET, *La communauté internationale vue par les juristes*, in «Annuaire Français de Relations Internationales», 2005, pp. 3-26; S. VILLALPANDO, *L'émergence de la Communauté Internationale dans la Responsabilité des Etats*, Graduate Institute Publications, Ginevra, 2005; R. BUCHAN, *A clash of normativities: International Society and International Community*, in «International Community Law Review», 2008, pp. 3-27.

¹⁷ C.J. TAMS, *International community*, in *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, a cura di J. D'ASPREMONT, S. SINGH, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 505-523, p. 506.

¹⁸ I.L. CLAUDE, *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organization*, Random House, New York, 1971, p. 447.

¹⁹ J. WELSH, *The 'Narrow but Deep Approach' to Implementing the Responsibility to Protect: Reassessing the Focus on International Crimes*, in *Reconstructing Atrocity Prevention*, a cura di S. P. ROSENBERG, T. GALIS, A. ZUCKER, Cambridge University Press, New York, 2015, pp. 81-94.

²⁰ Cfr. *inter alia*, H. YIU, *Jus Cogens, the Veto and the Responsibility to Protect: A New Perspective*, in «New Zealand Yearbook of International Law», pp. 207-253; H. NASU, *The UN Security Council's Responsibility and the 'Responsibility to Protect'*, in «Max Planck

verranno prese in considerazione in questo contributo, ma prevede inoltre la possibilità di adottare una serie di misure lecite finalizzate ad assistere gli Stati nella protezione della popolazione dalla commissione di gravi crimini internazionali.

Per quanto concerne la natura giuridica della Responsibility to Protect, non risulta ancora del tutto chiaro quale sia il suo regime giuridico: stando a quanto affermato dalla dottrina maggioritaria, essa può essere al momento considerata, nel suo complesso, come una norma emergente di diritto internazionale²¹, che comprende sia aspetti già giuridicamente vincolanti sia disposizioni di *soft law*²². Se da un lato il I ed il II pilastro spingono tale dottrina verso una dimensione normativa, dall'altro, i dubbi relativi al III pilastro ne ostacolano una sua piena affermazione. Tra questi si segnala che, la modalità in cui quest'ultimo pilastro è stato formulato²³, la mancanza di meccanismi correttivi che affrontino la questione del potere di veto, così come l'assenza di una prassi coerente e sistematica in tale ambito²⁴, non consentono un completo distacco dalla sfera politico-morale che accompagna la Responsabilità di Proteggere fin dalla sua nascita.

Nonostante le difficoltà nell'individuazione della sua natura giuridica,

Yearbook of United Nations Law», 2011, pp. 377-418; A. PETERS, *The Security Council's Responsibility to Protect*, in «International Organizations Law Review», pp. 15-54; P. M. BUTCHARD, *The Responsibility to Protect and the Failures of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Oxford, 2020.

²¹ In *Larger Freedom, Towards Development, Security and Human Rights for All*, 21 marzo 2005, UN Doc. A/59/2005, par. 135; Cfr. C. STAHN, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, in «American Journal of International Law», 2007, p.118; J. EATON, *An Emerging Norm. Determining the Meaning and Legal Status of the Responsibility to Protect*, cit., p. 767; P. M. BUTCHARD, *The Responsibility to Protect and the Failures of the United Nations Security Council*, cit., p. 37.

²² S. KADELBACH, *The European Union's Responsibility to Protect*, in *The Responsibility to Protect (R2P). A New Paradigm of International Law?*, a cura di P. HILPOLD, Brill, Leiden, 2014, p. 239.

²³ Cfr. C. STAHN, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, cit., p. 109.

²⁴ Testimoniata, da ultimo, dal mancato intervento in relazione alle situazioni in Myanmar, Ucraina, così come rispetto al conflitto israelo-palestinese, nonostante sia stata riconosciuta la commissione di gravi crimini internazionali rientranti nell'ambito della Responsabilità di Proteggere. Riguardo alla situazione in Myanmar, *Report of the Independent Investigative Mechanism for Myanmar*, 12 luglio 2022, UN Doc A/HRC/51/4, para 10. Rispetto alla situazione in Ucraina, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, 18 ottobre 2022, UN Doc. A/77/533, par. 109. In relazione alla crisi israelo-palestinese, *Commission of Inquiry collecting evidence of war crimes committed by all sides in Israel and Occupied Palestinian Territories since 7 October 2023*, 10 ottobre 2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/commission-inquiry-collecting-evidence-war-crimes-committed-all-sides-israel>.

è opportuno sottolineare che la Responsabilità di Proteggere risulta fortemente radicata nell'ordinamento giuridico internazionale²⁵, trovando fondamento propriamente giuridico in disposizioni pattizie e di carattere consuetudinario, come il divieto di genocidio, il divieto di commettere crimini contro l'umanità, l'obbligo di rispettare e far rispettare le norme fondamentali di diritto internazionale umanitario che hanno carattere imperativo²⁶, la cui osservanza deve essere garantita dall'intera comunità internazionale nel suo complesso.

3. Crisi ucraina, Unione Europea e Responsibility to Protect

Fatte queste doverose premesse, la questione relativa all'attuazione della Responsibility to Protect è ritornata in auge in occasione della guerra di aggressione compiuta dalla Federazione Russa in Ucraina e, in particolar modo, in seguito all'accertamento da parte della Commissione internazionale indipendente d'inchiesta sull'Ucraina della commissione di numerose atrocità, molte di queste definite come crimini di guerra²⁷. È all'interno di tale contesto che risulta rilevante comprendere il ruolo assunto dalle organizzazioni di carattere regionale, nella fattispecie l'Unione Europea, alle quali viene assegnato un compito cruciale per l'attuazione della Responsibility to Protect.

Fin dai primi anni successivi al *World Summit Outcome* del 2005, l'Unione Europea ha sostenuto con fermezza la Responsibility to Protect²⁸;

²⁵ L. B. DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, *De la 'responsabilité de protéger' ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*, in «Revue Générale de Droit International Public», 2006, pp. 13-16; L. ARBOUR, *The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice*, in «Review of International Studies», p. 447 s.; J. HEIECK, *A Duty To Prevent Genocide: Due Diligence Obligations Among the P5*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. 3.

²⁶ Per quanto riguarda il crimine di genocidio, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, vol. II, part two, UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), p. 85. Cfr. *inter alia*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 325, pp. 339-40. Rispetto ai crimini contro l'umanità, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, vol. II, part two, cit., p. 85. Per quanto concerne le norme fondamentali del diritto internazionale umanitario, cfr. *Report of the International Law Commission Seventy-first session* (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019), UN Doc. A/74/10, p. 207.

²⁷ *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, cit., par. 109.

²⁸ V. Dichiarazione comune del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione sulla politica di sviluppo dell'Unione europea: «Il consenso europeo», 24 febbraio 2006, GU

tale supporto è stato recentemente ribadito in diversi documenti di natura politica, tra cui si segnala lo *EU Global Strategy* del 2016, nel quale l'Unione si impegna non soltanto a riconoscere ma anche a promuovere la Responsabilità di Proteggere²⁹. Inoltre, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, così come indicato negli Articoli 3(5) e 21(2) del Trattato sull'Unione Europea, la promozione dei valori dell'Unione nelle sue relazioni esterne, tra cui il rispetto per i diritti umani, principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale, non viene più considerata come un obiettivo auspicabile, bensì come un obbligo da seguire.

Alla luce di quanto previsto nelle sopracitate disposizioni normative, ed essendo la Responsibility to Protect fondata anch'essa sul rispetto di principi e valori come la promozione e tutela dei diritti umani, l'azione esterna dell'Unione rappresenta un terreno fertile per favorire l'attuazione di tale dottrina nei paesi terzi qualora questi non siano in grado di proteggere la propria popolazione dalla commissione dei *core crimes*. È pertanto nell'azione esterna dell'Unione Europea, ed in particolare nella Politica estera e di sicurezza comune, che l'Unione può adottare una serie di misure di carattere preventivo, ed eventualmente repressivo, assumendo un approccio globale di gestione delle crisi, coprendone tutte le fasi, da quella preventiva fino ad arrivare alla fase relativa alla stabilizzazione successiva alla conclusione del conflitto. Il tutto, nel rispetto del principio di riparto delle competenze e tenendo in considerazione le specificità della PESC, caratterizzata, come ben noto, dal metodo intergovernativo e dalla regola dell'unanimità in seno al Consiglio europeo e al Consiglio per la maggior parte delle decisioni rilevanti³⁰.

C 46/1, par. 37; *Report on the Implementation of the European Security Strategy, Providing Security in a Changing World*, 11 dicembre 2008, S407/08, pp. 2, 12, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/104630.pdf.

²⁹ *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, 2016, p. 42, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf. Cfr. Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo e al Consiglio. Un approccio strategico alla resilienza nell'azione esterna dell'UE, 7 giugno 2017, JOIN/2017/021 final; European Commission, Directorate-General for International Cooperation and Development, *The new European consensus on development 'our World, our Dignity, our Future' – Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament, and the European Commission*, Publications Office, 2018, par. 66.

³⁰ Art. 24 TUE. Trattato sull'Unione Europea, 26 ottobre 2012, GU C 326/13.

4. Le azioni preventive e repressive poste in essere dall'Unione Europea a margine della crisi ucraina

Vi è convergenza in dottrina nell'identificare il profilo preventivo come la componente della *Responsibility to Protect* a cui dare priorità³¹. Particolarmente attiva in tale ambito, negli ultimi anni l'Unione Europea si è dotata di una serie di strumenti indirizzati a rafforzare la prevenzione della commissione di gravi crimini internazionali. Fra questi, si segnala l'*Atrocity Prevention Toolkit*³², elaborato dal Servizio europeo per l'azione esterna, nel quale si fornisce un elenco di indicatori di rischio strutturali e di segnali di allarme imminente, nonché una serie di possibili risposte a breve, medio e lungo termine indirizzate a evitare, o mitigare, il rischio della commissione di gravi crimini internazionali. Il *Toolkit* si affianca a una serie di ulteriori azioni già poste in essere dall'Unione³³, tra cui l'istituzione nel 2016 di un punto di contatto per la *Responsibility to Protect*³⁴, che fa dell'Unione Europea la prima organizzazione regionale a essersi dotata di un proprio punto di contatto che lavora in stretta collaborazione con i singoli Stati membri e partecipa in modo costruttivo allo scambio di informazioni e *best*

³¹ «Prevention is the single most important element of the Responsibility to protect because it is morally, politically, financially, and prudentially better to prevent atrocity crimes than to react to stop them once underway». A. J. BELLAMY, E. LUCK, *The Responsibility to Protect: From Promise to Practice*, Policy Press, Cambridge, 2018, p. 140.

³² Servizio europeo per l'azione esterna, *EU Responsibility to Protect. Atrocity Prevention Toolkit*, 11 dicembre 2018, Ref. Ares (2018) 6371059, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_r2p_atrocity_prevention_toolkit.pdf. Cfr. J. SCHMIDT, *The European Union and the Responsibility to Protect*, in «European Foreign Affairs Review», vol. XXIV, 2019, pp. 309-325, p. 321; E. NEWMAN, C. STEFAN, *Normative Power Europe? The EU's Embrace of the Responsibility to Protect in a Transitional International Order*, in «Journal of Common Market Studies», 2020, p. 480.

³³ V. *inter alia*, *EU conflict Early Warning System: Objectives, Process and Guidance for Implementation* – 2020, 10 marzo 2021, SWD (2021) 59 final, p. 4. Cfr. J. SCHMIDT, *The European Union and the Responsibility to Protect*, cit., p. 321. La configurazione di un sistema di *early warning* era già stata prevista in seno alle Nazioni Unite. *World Summit Outcome*, cit., parr. 138-139; *Report of the Secretary General, Early warning, assessment and the responsibility to protect*, 14 luglio 2010, UN Doc. A/64/864. Oltre a garantire un'efficace attuazione della Responsabilità di Proteggere, tale sistema consente di aumentare il volume di informazioni a disposizione degli Stati rispetto alla commissione di un grave crimine internazionale, tra cui il crimine di genocidio, rendendo per quest'ultimi più difficile dimostrare la mancata adozione di misure preventive basandosi sull'ignoranza dell'effettiva commissione di tali crimini. S. FORLATI, *The Legal Obligation to Prevent Genocide: Bosnia v. Serbia and Beyond*, in «Polish Yearbook of International Law», 2011, p. 198.

³⁴ *Summary of the Seventh Annual Meeting of the Global Network of R2P Focal Points, Doha, Qatar, 2017*, <https://www.globalr2p.org/publications/7th-r2pfps-meeting-doha/>.

practices in occasione degli incontri annuali dei vari punti di contatto per la Responsibility to Protect a livello mondiale.

Sotto il profilo preventivo la politica intrapresa dall'Unione Europea negli ultimi anni testimonia una maggiore attenzione al sostegno e all'attuazione della Responsabilità di Proteggere, a cui l'Unione fa espresso riferimento all'interno dei suoi documenti. Tuttavia, lo stesso non si può affermare per quanto riguarda l'ambito repressivo, che entra in gioco nel caso in cui gli sforzi di prevenzione si siano rivelati insufficienti, così come accaduto nel contesto ucraino. Nonostante non vi sia un richiamo puntuale della Responsibility to Protect nelle azioni poste in essere dall'Unione nelle sue relazioni esterne per reprimere la commissione di gravi crimini internazionali, alcune di esse potrebbero essere ricondotte a tale dottrina in maniera implicita, anche alla luce del fatto che sia la Responsabilità di Proteggere sia l'azione esterna dell'Unione si basano sull'osservanza del principio cardine relativo alla promozione e rispetto dei diritti umani³⁵.

In effetti, l'Unione Europea, nella sua azione esterna, può reagire in diversi modi a una situazione di crisi in uno Stato terzo. A titolo esemplificativo, e tralasciando la questione delle operazioni militari e civili che possono essere istituite nell'ambito della Politica di sicurezza e di difesa comune, l'Unione può ricorrere all'aiuto umanitario (Articolo 214 TFEU), prestare assistenza ai rifugiati³⁶, o imporre misure restrittive contro singoli individui ed entità (Articolo 215 TFEU).

Rispetto a quest'ultimo profilo, il 7 dicembre 2020, mediante decisione e successivo regolamento del Consiglio, è stato adottato il regime globale di sanzioni in materia di diritti umani³⁷, il quale consente l'adozione di misure restrittive mirate, tra cui il congelamento dei beni e il divieto di viaggio nei confronti di individui ed entità responsabili o coinvolti in gravi violazioni o abusi dei diritti umani, compreso il genocidio ed i crimini contro l'umanità. Per quanto concerne il contesto ucraino, tali misure sono state adottate nel marzo 2023 nei confronti di Nikolay Kuznetsov, comandante di un'unità delle forze speciali russe impiegate in Ucraina, considerato responsabile di aver incoraggiato o ordinato la commissione di atti di violenza sessuale compiuti dai membri della sua divisione in Ucraina nei mesi di marzo e

³⁵ Art. 3(5), 21(1) TUE. Cfr. J. SCHMIDT, *The European Union and the Responsibility to Protect*, cit., p. 320.

³⁶ Art. 67(2), 78, 80 TFEU. Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, GU C 326/47.

³⁷ Regolamento del Consiglio (EU) 2020/1998, del 7 dicembre 2020, relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, GU L 410 I/1; Decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio, del 7 dicembre 2020, relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, GU L 410 I/13.

aprile del 2022³⁸. Questo esempio conferma che, se adoperato nel rispetto del diritto dell'Unione Europea e del diritto internazionale, il regime globale di sanzioni in materia di diritti umani può rivelarsi come una risorsa significativa a disposizione dell'Unione Europea nella sua attività di contrasto alla commissione dei crimini internazionali favorendo, di conseguenza, l'attuazione della Responsibility to Protect.

Al di là di questa tipologia di azione, utilizzata già in diverse occasioni dall'Unione³⁹, è altresì opportuno soffermarsi brevemente sulla questione relativa alla fornitura di armi letali all'Ucraina. Il 28 febbraio del 2022 è stata formalmente adottata la decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio⁴⁰, che istituisce una misura di assistenza per la fornitura alle forze armate dell'Ucraina di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza, assistenza resa possibile grazie al ricorso allo Strumento Europeo per la Pace, istituito dal Consiglio il 22 marzo del 2021⁴¹, e che, a differenza dei fondi precedenti che è chiamato a sostituire, come il meccanismo Athena ed il fondo per la pace in Africa⁴², consente l'invio di armi a paesi terzi. L'iniziale massimale finanziario, di oltre 5 miliardi di euro, è stato aumentato nel corso dei mesi successivi fino ad arrivare agli attuali 17 miliardi di euro, 11 dei quali adoperati per fronteggiare la situazione ucraina⁴³. La fornitura di armi a favore di uno Stato parte di un conflitto armato internazionale in corso solleva diversi problemi giuridici, che non

³⁸ Regolamento di esecuzione (UE) 2023/500 del Consiglio del 7 marzo 2023 che attua il regolamento (UE) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, GU L 69 I/1.

³⁹ Come si evince dalla Decisione del Consiglio del 19 Aprile 2024, tale regime è stato utilizzato per sanzionare 108 persone fisiche e altre 28 persone giuridiche, entità e organismi. Decisione (PESC) 2024/1175 del Consiglio, del 19 aprile 2024, che modifica la decisione (PESC) 2020/1999, relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, GU L 2024/1175.

⁴⁰ Decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza, GU L 60/1.

⁴¹ Decisione (PESC) 2021/509 Del Consiglio del 22 marzo 2021 che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528, GU L 102/14.

⁴² Decisione (PESC) 2015/528 del Consiglio del 27 marzo 2015 relativa all'istituzione di un meccanismo per amministrare il finanziamento dei costi comuni delle operazioni dell'Unione europea che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa (Athena) e che abroga la decisione 2011/871/PESC, GU L 84/39; Regolamento (UE) 2015/322 del Consiglio del 2 marzo 2015 relativo all'esecuzione dell'11° Fondo europeo di sviluppo, GU L 58/1.

⁴³ Consiglio dell'Unione Europea, *Strumento europeo per la pace*, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/european-peace-facility/>.

possono essere qui esaminati nel dettaglio⁴⁴; ai fini del presente contributo è opportuno sottolineare che, nonostante nella decisione del Consiglio non sia espressamente menzionata la Responsabilità di Proteggere, il linguaggio presente all'interno della decisione la richiama chiaramente. In particolare, stando a quanto previsto nell'Articolo 1(2) della decisione, obiettivo specifico della misura di assistenza a favore dell'Ucraina è contribuire a proteggere la popolazione civile dall'aggressione militare in corso, e dunque, indirettamente, dai crimini di guerra compiuti in tale contesto.

5. Le ripercussioni nell'ordinamento giuridico internazionale delle azioni intraprese dall'Unione Europea in attuazione della Responsibility to Protect

Alla luce di quanto stabilito negli Articoli 3(5) e 21 TUE, il concetto di Responsabilità di Proteggere sembra adattarsi naturalmente al quadro giuridico dell'Unione in quanto sistema basato su principi e valori in cui il rispetto e la tutela dei diritti umani assume un'importanza significativa⁴⁵. Da tali disposizioni discende inoltre l'impegno dell'Unione Europea alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, da cui deriva, *inter alia*, l'obbligo di rispettare le norme imperative di diritto internazionale. Tra queste si annovera il divieto di commettere i *core crimes* su cui si basa la Responsibility to Protect il cui rispetto, in virtù del carattere cogente che caratterizza questa categoria di norme, deve essere garantito dalla comunità internazionale nel suo insieme. Da questi divieti derivano altresì una serie di obblighi rilevanti, tra i quali si segnala il dovere di prevenire e sanzionare il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, così come l'obbligo di rispettare e far rispettare le norme fondamentali di diritto internazionale umanitario⁴⁶. A fronte dell'importanza che i suddetti obblighi assumono

⁴⁴ Si veda M. VELLANO, *La decisione dell'Unione europea di fornire alle forze armate ucraine armamenti concepiti per l'uso letale della forza e le relative implicazioni giuridiche*, in «Blog DUE», 7 marzo 2022, <https://www.aisdue.eu/blogdue/>.

⁴⁵ Cfr. J. SCHMIDT, *The European Union and the Responsibility to Protect*, cit., p. 320.

⁴⁶ Per quanto riguarda il crimine di genocidio, Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, 78 UNTS 277, art. 1. Rispetto ai crimini contro l'umanità, Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, art. 3(2), UN Doc A/74/10, p. 13. Sebbene non sia giuridicamente vincolante, è opportuno analizzare questa disposizione in combinato disposto con l'articolo 1 della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. Infatti, è stato affermato che il dovere di prevenire il genocidio e l'obbligo di prevenire i crimini contro l'umanità devono essere considerate come «disposizioni gemelle» aventi lo stesso contenuto, portata e natura. L. VAN DEN HERIK, E. IRVING, *Due Diligence and the Obligation*

al fine di garantire il rispetto dello *ius cogens*, oltre agli Stati, considerati i principali destinatari di tali doveri, anche le Organizzazioni Internazionali, i cui trattati costitutivi conferiscono i poteri necessari per adottare azioni in quest'ambito, possono essere chiamate a una loro attuazione. Tra queste vi rientra senz'altro l'Unione Europea, la quale, nel riconoscere tali doveri come una delle basi giuridiche su cui fondare le azioni poste in essere per attuare la Responsabilità di Proteggere, dimostrerebbe una presa di posizione significativa rispetto alla natura giuridica di tale dottrina, separandola definitivamente dalla sfera politica e favorendone dunque una sua completa affermazione a livello normativo.

Volgendo lo sguardo al ruolo svolto dall'Unione all'interno del panorama giuridico internazionale, è da ultimo necessario comprendere se l'Unione Europea, nel tentativo di rendere operativa la dottrina della Responsabilità di Proteggere, possa altresì contribuire positivamente al consolidamento di altri obblighi internazionali, in particolare dell'obbligo di cooperare per le Organizzazioni Internazionali per far cessare, mediante l'utilizzo di mezzi leciti, qualsiasi violazione grave di norme imperative di diritto internazionale, così come disciplinato nell'Articolo 42(1) del Progetto di articoli sulla responsabilità delle Organizzazioni Internazionali, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2011⁴⁷. Come soggetto di diritto internazionale dotato di personalità giuridica⁴⁸, - rientrante pertanto nella nozione di Organizzazione Internazionale di cui all'Articolo 2(a) del Progetto di articoli del 2011 - anche l'Unione Europea è dunque chiamata a svolgere un ruolo significativo in tale ambito. In effetti, come visto in precedenza, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione si è posta degli obiettivi ambiziosi da raggiungere, tra i quali si include, in maniera implicita, anche quello di porre fine alla commissione di gravi violazioni dello *ius cogens*. Pertanto, nonostante le sue specificità e nei limiti dei poteri a essa attribuiti, l'Unione Europea, nell'attuazione della Responsibility to Protect, può altresì fornire un contributo significativo al processo di completa affermazione dell'obbligo di cooperare per le Organizzazioni Internazionali.

Partendo dall'obbligo di cooperare previsto nell'Articolo 41(1) del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, già prima dell'elaborazione

to Prevent Genocide and Crimes Against Humanity, in *Due Diligence in the International Legal Order*, a cura di H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 200-216, p. 203. Per quanto riguarda i crimini di guerra, Convenzioni di Ginevra del 1949, art. 1, 75 UNTS 31, 75 UNTS 85, 75 UNTS 135, 75 UNTS 287.

⁴⁷ *Report of the International Law Commission of its Sixty-third session* (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011), UN Doc. A/66/10, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2011, vol. II, part two, pp. 40-46.

⁴⁸ Art. 47 TUE.

del Progetto di articoli del 2011 è stata riconosciuta la sua applicazione *mutatis mutandis* alle Organizzazioni Internazionali⁴⁹. In particolare, dato che le norme imperative vincolano la comunità internazionale nel suo complesso, di cui fanno parte anche le Organizzazioni Internazionali, si è sostenuto il dovere di quest'ultime di cooperare in forma congiunta e coordinata con gli Stati per porre fine a gravi violazioni dello *ius cogens* mediante l'utilizzo di mezzi leciti riconosciuti dal diritto internazionale⁵⁰. Così come affermato da parte della Commissione di diritto internazionale, è opportuno sottolineare che l'obbligo di cooperare sancito nell'Articolo 42(1) del Progetto di articoli del 2011 si applica non solo nei casi in cui l'illecito venga commesso da una Organizzazione Internazionale, ma anche nell'ipotesi in cui l'illecito sia attribuibile ad uno Stato⁵¹. È questo il caso dei gravi crimini internazionali che comportano la violazione di norme imperative di diritto internazionale compiuti in Ucraina. Tuttavia, così come già previsto per l'obbligo di cooperare per gli Stati, non è ancora del tutto chiaro se l'obbligo di cooperare in capo a Stati e Organizzazioni Internazionali possa essere considerato come una disposizione di carattere consuetudinario o se invece al momento rispecchi uno sviluppo progressivo del diritto internazionale⁵².

Per cercare di far luce su quest'ultimo aspetto, occorre soffermarsi brevemente sui recenti sviluppi raggiunti in tale ambito. La rilevanza dell'obbligo di cooperare è stata infatti recentemente ribadita dalla stessa Commissione di diritto internazionale nella Conclusione n°19 delle *Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law* (jus cogens): il primo paragrafo, sulla scorta di quanto affermato nell'Articolo 41(1) del Progetto di articoli del 2001, prospetta l'obbligo in capo agli Stati di cooperare, mediante l'utilizzo di mezzi leciti, per porre fine a gravi violazioni dello *ius cogens*. Pur non essendo menzionate espressamente le Organizzazioni Internazionali all'interno di questa disposizione, nel paragrafo 11 del commentario della Conclusione n°19, si riconosce l'obbligo in capo ai membri di un'Organizzazione Internazionale, nonché all'Organizzazione Internazionale stessa, di agire, nei limiti delle competenze ad essa attribuite e quando consentito dal diritto

⁴⁹ V. *inter alia*, *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2011, cit., p. 83; *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2007, vol. II, part one, p. 13, par. 56.

⁵⁰ V. *inter alia*, UN Doc. A/C.6/61/SR.13, p. 10, par. 50. Così come previsto per gli Stati, era stata inoltre prospettata la responsabilità delle Organizzazioni Internazionali nel caso in cui non avessero adempiuto correttamente al loro dovere di agire per garantire il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale. UN Doc. A/C.6/61/SR.14, pp. 9-10, par. 45.

⁵¹ *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2011, cit., p. 83.

⁵² *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2001, cit., p.114.

internazionale, in modo tale da contribuire a porre fine alla violazione di una norma di diritto cogente⁵³. A sostegno del carattere vincolante dell'obbligo di cooperare, la Commissione di diritto internazionale si è basata, *inter alia*, sulle opinioni consultive della Corte Internazionale di Giustizia sul *Muro* e sulle *Isole Chagos*, sottolineando in entrambi i casi il carattere *erga omnes* del diritto all'autodeterminazione dei popoli, e riconoscendo il dovere per tutti gli Stati di cooperare per porre fine alle gravi violazioni dello *ius cogens*, tra le quali rientra tale diritto⁵⁴. L'interpretazione fornita dalla Commissione di diritto internazionale non è stata esente da critiche, indirizzate principalmente all'accostamento degli obblighi *erga omnes* con quelli scaturiti dalla violazione di una norma imperativa di diritto internazionale. Si è infatti sostenuto che si tratta di due tipologie diverse di obblighi dato che, a differenza di una grave violazione dello *ius cogens*, la violazione di un obbligo *erga omnes* non implica automaticamente il dovere per gli Stati di porre fine a tale violazione⁵⁵. Analogamente, sono sorti dei dubbi rispetto alla natura giuridica dell'obbligo di cooperare in capo alle Organizzazioni Internazionali riconosciuto nel paragrafo 11 del commentario della Conclusione n°19⁵⁶, il quale si considera come una norma emergente, piuttosto che già esistente, di diritto internazionale, essendo necessaria ulteriore prassi al fine di completare il suo processo di cristallizzazione come norma avente carattere consuetudinario.

È in questo contesto che, e con particolar riferimento alla crisi ucraina, può diventare rilevante il ruolo svolto dall'Unione Europea e dai suoi Membri. In particolare l'Unione, operando nei limiti del proprio mandato, può utilizzare i poteri ad essa attribuiti per fornire il proprio contributo all'attività di repressione dei crimini internazionali commessi in Ucraina, garantendo non solo l'attuazione della *Responsibility to Protect*, ma anche una partecipazione attiva al processo di consolidamento dell'obbligo di cooperare sancito nel Progetto di articoli del 2011.

⁵³ *Report of the Int. Law Commission on the work of its seventy-third session* (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), UN Doc. A/77/10, pp. 75-76.

⁵⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 199, par. 155; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion of 25 February 2019*, I.C.J. Reports 2019, pp. 139-140, par. 182.

⁵⁵ R. BARBER, *Cooperating through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms*, in «International & Comparative Law Quarterly», 2022, pp. 15-16.

⁵⁶ V. *inter alia*, UN Doc A/CN.4/748, p. 87.

6. Considerazioni finali

Il contesto della crisi ucraina rappresenta dunque un'importante occasione per l'Unione per valutare il livello di attuazione della Responsibility to Protect, rispetto alla quale si sono già manifestati i primi segnali incoraggianti, come testimoniato dall'utilizzo del regime globale di sanzioni in materia di diritti umani, e dalla fornitura di armi letali all'Ucraina al fine di consentire la protezione della popolazione civile dall'aggressione militare in corso, il cui impiego, se effettuato nel rispetto del diritto dell'Unione Europea e del diritto internazionale, può fornire un apporto significativo all'attività di repressione dei *core crimes*, contribuendo al tempo stesso alla cristallizzazione della natura vincolante della dottrina della Responsibility to Protect.

La politica estera dell'Unione potrebbe altresì avere un impatto positivo in ambito geopolitico, ad esempio, incentivando i paesi terzi a intraprendere azioni analoghe, in particolare gli Stati candidati a far parte dell'Unione, le cui decisioni in tema di politica estera spesso si allineano con le posizioni assunte dell'Unione Europea. Inoltre, l'azione dell'Unione Europea potrebbe anche essere interpretata come un tentativo di sopperire, anche se non sostituirsi, all'inazione del Consiglio di Sicurezza derivata dall'utilizzo o dalla minaccia dell'utilizzo del potere di veto, da cui scaturisce l'impossibilità di adottare provvedimenti in conformità con quanto previsto nel capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

In ultima analisi, la crisi ucraina rappresenta un momento spartiacque per consentire all'Unione Europea di delineare il suo ruolo all'interno dello scacchiere internazionale; seguendo il criterio del *narrow-but-deep* promosso in seno alle Nazioni Unite, nell'attuazione della Responsibility to Protect, l'Unione può altresì partecipare attivamente al processo di consolidamento dell'obbligo di cooperare per le Organizzazioni Internazionali al fine di far cessare la commissione di gravi violazioni dello *ius cogens*. Tuttavia, affinché questo si concretizzi, sarebbe opportuno che l'Unione Europea esplicitasse la base giuridica di tali azioni, riconoscendo che le misure adottate per fare fronte alla crisi in Ucraina, non rispecchiano solamente un indirizzo politico, bensì una concreta volontà di contribuire, nel rispetto del diritto internazionale e comunitario, a una completa affermazione dell'obbligo di cooperare posto in capo alle Organizzazioni Internazionali.

Giuseppe Nesi

*Accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale
e progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti
internazionalmente illeciti: non è mai troppo tardi...*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le lacune del progetto di articoli del 2001 in materia di regolamento delle controversie e di accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale – 2. Responsabilità internazionale e crimini internazionali: l'aggressione della Federazione Russa all'Ucraina e la reazione del sistema ONU – 3. Nuove proposte da parte della Commissione del diritto internazionale – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: le lacune del progetto di articoli del 2001 in materia di regolamento delle controversie e di accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale

È indubbio che uno degli aspetti più originali e innovativi del contributo di Gaetano Arangio-Ruiz al diritto internazionale della responsabilità riguarda proprio le proposte da lui formulate nel quadro della Commissione del diritto internazionale (CDI) in merito al regolamento delle controversie internazionali in materia di responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, e dunque al meccanismo per l'accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale.

In quella sede infatti Arangio-Ruiz, dopo avere accolto non senza travaglio interiore la distinzione tra crimini e delitti quale prospettata da Roberto Ago a proposito della responsabilità degli Stati per i cosiddetti crimini internazionali, si soffermò in particolare su tre questioni: a) le diverse conseguenze collegate all'illecito ordinario e al crimine internazionale dello Stato; b) la posizione degli Stati diversi da quello o da quelli direttamente lesi; c) l'eventuale meccanismo di accertamento della commissione del cosiddetto crimine internazionale¹.

¹ Come ricordato da L. PICCHIO FORLATI e G. PALMISANO, *La lezione di una vita: cos'è*

Tutti questi aspetti sono stati trattati approfonditamente in diversi interventi nell'incontro di Soave. In queste pagine vorrei limitarmi ad alcune brevi riflessioni sull'assenza nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti di una parte concernente il regolamento delle controversie con evidenti conseguenze sull'accertamento della commissione di crimini internazionali. Nonostante la questione del meccanismo del regolamento delle controversie e dell'accertamento della commissione di crimini internazionali di Stati sia stato ampiamente discusso dalla CDI nella prima metà degli anni '90 in vista di una sua inclusione nel progetto di articoli, questo tema è stato "stralciato" dal progetto adottato nel 2001. Com'è stato osservato, le proposte avanzate all'epoca avevano lo scopo di favorire una *vindicatio in libertatem* del diritto internazionale della responsabilità dal sistema di sicurezza collettiva come previsto dalla Carta dell'ONU, ridisegnando i rapporti tra gli organi principali dell'ONU e favorendo una maggiore "democraticità" e quindi "condivisibilità" del sistema². La circostanza che nel progetto di articoli del 2001 non si faccia riferimento al regolamento delle controversie e alla questione dell'accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale dà l'impressione che il progetto di articoli sia monco. E forse non solo questo: appare innegabile che proprio dopo la metà degli anni '90 sia iniziata l'epoca in cui – dopo gli entusiasmi suscitati da una certa reviviscenza del multilateralismo che si concretizzava nella capacità del Consiglio di sicurezza di adottare misure efficaci in risposta alle violazioni gravi del diritto internazionale (come nel caso della reazione all'occupazione del Kuwait da parte dell'Iraq, della repressione dei crimini internazionali nell'ex-Iugoslavia e in Ruanda) – si ritorna alla diffidenza reciproca e alla paralisi del Consiglio

e com'è il diritto internazionale, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, I, pp. XVII-LVIII, sp. p. L.

² Ivi, p. LI, ove si osserva anche che Arangio-Ruiz "dei poteri del Consiglio di sicurezza (...) fa un bilancio approfondito alla luce dei lavori preparatori e della prassi, ma rifiutando qualsiasi formula o interpretazione implicante l'esistenza, sulla base del diritto vigente, di un potere del Consiglio di accertare o sanzionare giuridicamente illeciti (quand'anche gravissimi) *in quanto tali*" (corsivo nel testo). L'abbondanza di accurati e approfonditi studi dedicati al tema oggetto di questo articolo e il carattere, agile, del presente contributo mi esime dall'appesantirlo con rinvii alla letteratura rilevante. Per la sua importanza proprio in relazione al tema qui trattato, e soprattutto ai rapporti tra il diritto internazionale della responsabilità e il sistema di sicurezza collettiva, non posso però non citare qui lo scritto di MAURIZIO ARCARI, *Responsabilità dello Stato per violazioni gravi di norme fondamentali e sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 291-340.

culminate nella crisi del 1999 in occasione del bombardamento di Belgrado da parte della NATO con quello che ne sarebbe seguito, fino all'invasione dell'Iraq nel 2003 e alla nuova crisi in seguito alla dichiarazione unilaterale d'indipendenza del Kosovo nel febbraio del 2008.

Questi fatti storici, insieme ad altri più recenti ai quali immediatamente mi riferirò, indicano che nel quadro del sistema di sicurezza collettiva dell'ONU rileva non soltanto quanto l'ONU e gli Stati sono tenuti a fare per mantenere la pace e sicurezza internazionali. Occorre infatti anche chiedersi cosa accada nel caso in cui gli organi principali dell'ONU, o alcuni di essi, si astengano dal prendere decisioni nel quadro del Capitolo VII della Carta nei casi in cui una presa di posizione di quegli organi appaia imprescindibile, proprio in relazione al ristabilimento e/o al mantenimento della pace. A questo proposito quanto sta avvenendo ormai da più di tre anni in relazione all'aggressione della Russia all'Ucraina è paradigmatico della rilevanza che un adeguato meccanismo di regolamento delle controversie sulla responsabilità degli Stati per gravi violazioni del diritto internazionale potrebbe avere soprattutto nei casi in cui è uno Stato membro permanente del Consiglio di sicurezza ad essere direttamente coinvolto in tale tipo di violazioni. Identiche considerazioni possono farsi, *mutatis mutandis*, in relazione a gravi violazioni del diritto internazionale perpetrate da tutti gli altri Stati facenti parte della comunità internazionale e alla responsabilità che ne consegue dal punto di vista internazionale in caso di stallo del Consiglio. Allo stesso tempo, com'è stato più volte ricordato nell'incontro di Soave, tutte le questioni relative alla reazione degli Stati diversi da quello direttamente leso rispetto alle gravi violazioni degli obblighi internazionali sono ancora una volta emerse in tutta la loro complessità.

Molto è stato scritto anche in tempi recenti, e brillantemente, su questi argomenti da colleghi che conoscono bene queste tematiche non solo per averle studiate durante gran parte della loro carriera ma anche perché hanno collaborato direttamente con colui che, proprio a metà degli anni '90 all'interno della Commissione del diritto internazionale e nel quadro del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, ha avanzato, in qualità di Relatore speciale, concrete proposte per istituire un meccanismo di soluzione delle controversie vertenti sulla responsabilità degli Stati per le violazioni più gravi del diritto internazionale, e cioè Gaetano Arangio-Ruiz³.

In questi scritti, come già in numerosi contributi presentati dallo stesso

³ Mi riferisco, per tutti, all'eccellente articolo di GIUSEPPE PALMISANO, *Responsabilità degli Stati e obblighi di regolamento delle controversie: l'occasione mancata della Commissione del diritto internazionale*, in «Rivista di diritto internazionale», 2022, pp. 455-495.

Arangio-Ruiz in diverse sedi⁴, emergono chiaramente le ragioni per le quali sarebbe stato auspicabile che la CDI, come frequentemente avvenuto per altri progetti di codificazione e sviluppo del diritto internazionale finalizzati nel corso degli anni su temi diversi dalla responsabilità, avesse incluso anche la parte relativa al regolamento delle controversie nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti. Nelle medesime sedi sono state anche indicate (e a mio avviso giustamente criticate) le ragioni per le quali la CDI, nel licenziare il progetto di articoli ha “buttato a mare” la parte riguardante il regolamento delle controversie. Appare dunque superfluo ritornare qui su quanto detto in maniera esaustiva e autorevole su tali punti, anche in questo volume.

Vorrei invece qui rapidamente trattare due questioni: una, più specifica, cui ho avuto modo di accennare in occasione del ricordo di Gaetano Arangio-Ruiz a due mesi dalla sua scomparsa, e relativa proprio alla questione delle gravi violazioni del diritto internazionale e a come il sistema delle Nazioni Unite ha reagito in occasione dell’invasione dell’Ucraina da parte della Federazione Russa, a partire dal febbraio 2022⁵ (par. 2); e un’altra, che è emersa nelle più recenti sessioni della CDI proprio a proposito dell’interesse dimostrato da alcuni dei componenti della CDI e dalla Commissione nel suo complesso per temi connessi alla responsabilità degli Stati e non compiutamente sviluppati nel progetto di articoli adottato nel 2001 (par. 3), prima di alcune considerazioni conclusive (par. 4).

Pur riconoscendo la rilevanza del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 e avendo ben chiaro che il futuro del progetto dipenderà da quanto deciderà l’Assemblea generale, in particolare attraverso la sua Sesta Commissione, ma tenendo anche conto che a più di venti anni dalla sua adozione non sembrano emergere indicazioni univoche sul futuro del progetto di articoli, le riflessioni che vorrei qui offrire mi pare vadano nel senso della necessità di “completare” quanto adottato nel 2001, tanto in relazione al regolamento delle controversie, quanto per altri aspetti.

⁴ G. ARANGIO-RUIZ, *Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: specie a proposito di crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di sicurezza*, «Rivista di diritto internazionale», 1998, p. 110 ss. (sp. pp. 121-129); Id., *On the Security Council’s “Law-Making”*, in «Rivista di diritto internazionale», 2000, p. 609 ss. (sp. pp. 694 e 721).

⁵ Sia permesso rinviare alle riflessioni contenute in G. NESI, *Immagine e realtà della funzione normativa dell’Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in *Gaetano Arangio-Ruiz la lezione di una vita. Cos’è e com’è il diritto internazionale*, a cura di G. Palmisano, RomaTre-Press, Roma, 2023, pp. 73-80.

2. Responsabilità internazionale e crimini internazionali: l'aggressione della Federazione Russa all'Ucraina e la reazione del sistema ONU.

A costo di ripetere cose ben note, vorrei partire dalle proposte di Arangio-Ruiz, in qualità di Relatore speciale, volte a completare il progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti approntando un meccanismo di regolamento delle controversie che prendeva le mosse, in via preliminare, dall'accertamento/attribuzione delle violazioni gravi del diritto internazionale. Com'è noto, secondo la proposta di Arangio-Ruiz questa fase preliminare doveva essere affidata, a scelta delle parti coinvolte, o all'Assemblea generale oppure al Consiglio di sicurezza. L'indicazione in questa fase di due degli organi principali delle Nazioni Unite aveva essenzialmente lo scopo – secondo il proponente – di tentare una sorta di riequilibrio delle posizioni degli Stati qualora uno dei membri permanenti fosse stato coinvolto direttamente nella controversia. A tale fase preliminare avrebbe dovuto seguire un ulteriore momento, con il coinvolgimento della Corte internazionale di giustizia, allo scopo di “evitare l'affidamento della questione al solo giudizio politico... e di sottrarla all'esclusivo potere del Consiglio di sicurezza, dove i membri permanenti sarebbero stati coperti, grazie al ‘veto’, da una vera e propria immunità da ogni accusa di crimine”⁶. È indubbio che negli anni in cui fu formulata la proposta di Arangio-Ruiz poteva apparire come una proposta *de lege ferenda* o addirittura come una provocazione: proprio nell'epoca in cui il Consiglio di sicurezza aveva acquistato – grazie a una felice contingenza politica – la centralità prevista dalla Carta, la proposta aveva come risultato di mettere sullo stesso piano Consiglio di sicurezza e Assemblea generale nella fase dell'accertamento/attribuzione e di completare tali funzioni con una valutazione da parte della Corte internazionale di giustizia che non poteva che essere di tipo giuridico, e non politico. L'intento appariva nobile dal momento che la proposta mirava ad evitare le possibili prevaricazioni da parte dei membri permanenti del Consiglio, e di conseguenza ne limitava i poteri. E in realtà, come ricordato dallo stesso Arangio-Ruiz, le maggiori critiche alla sua proposta in seno alla CDI vennero proprio da Robert Rosenstock, componente americano, secondo il quale non occorre coinvolgere nella fase dell'accertamento né l'Assemblea generale né la Corte internazionale di giustizia dal momento che l'art. 39 della Carta affidava al solo Consiglio di sicurezza questo com-

⁶ G. ARANGIO-RUIZ, *Nazioni Unite e legalità internazionale*, in AA. VV., *L'ONU: cinquant'anni di attività e prospettive per il futuro*, pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1996, pp. 387-415 (sp. p. 411).

pito. Con le parole di Arangio-Ruiz, “all’obiezione che il Consiglio ha solo il compito di mantenere la pace e non quello di giudice, il collega ribatteva, in buona sostanza, che la materia era coperta dai poteri impliciti del Consiglio al quale lui riconosceva poteri sia giudiziari che legislativi”. Di particolare interesse risulta oggi anche il dibattito svoltosi nella CDI sul punto, nel corso del quale Arangio-Ruiz sostenne che la Carta dell’ONU non è la costituzione del mondo e, soprattutto, che in relazione a crimini diversi dall’aggressione, “vale a dire quelli contro l’autodeterminazione, contro i diritti umani e contro l’ambiente, sarebbe stato più logico investire – ferma restando l’ultima parola alla Corte dell’Aja – l’Assemblea generale o quantomeno *anche* l’Assemblea generale”⁷. Lasciando per il momento da parte quanto sta avvenendo in anni recenti in seno proprio all’Assemblea generale e alla Corte internazionale di giustizia chiamata quest’ultima sempre più spesso a pronunciarsi, tanto in sede contenziosa quanto in sede consultiva, su questioni implicanti eventuali violazioni di obblighi *erga omnes* proprio negli ambiti richiamati da Arangio-Ruiz, vorrei qui concentrarmi su quanto avvenuto successivamente all’aggressione della Federazione Russa all’Ucraina. Alla luce di quanto avvenuto a partire dal febbraio 2022 appare davvero sorprendente come il modello proposto da Arangio-Ruiz abbia trovato applicazione nella prassi dei primi giorni successivi all’aggressione. Infatti, ricordiamo tutti che a fronte dell’inazione del Consiglio di sicurezza, presieduto peraltro pro-tempore dalla Federazione Russa, agli eventi del 24 febbraio 2022, con una decisione procedurale adottata a larga maggioranza la questione venne portata di fronte all’Assemblea generale che, il 27 febbraio, avviò un dibattito che si concluse il 2 marzo con l’adozione, con 141 voti a favore, 5 contrari e 35 astenuti, di una risoluzione che condannava l’azione

⁷ Ivi, pp. 411-412. E Arangio-Ruiz prosegue: “Inutile aggiungere che il collega americano è riuscito ad avere partita vinta quasi del tutto, grazie anche all’assenza di vari membri e ad una certa inerzia di altri; perché la materia dei crimini è rimasta, sì nel progetto: ma nella parte rilevante del progetto alla quale mi ero opposto con tanto vigore da giungere alle dimissioni da Relatore Speciale non figura il minimo ruolo né dell’Assemblea generale né della Corte. Non si nomina a dire il vero neppure il Consiglio di sicurezza. Ma non lo si nomina, appunto, perché sarebbe destinato, secondo la maggioranza che ha favorito la soluzione da me avversata, ad occuparsi della materia nell’esercizio dei poteri che implicitamente la Carta gli attribuirebbe quale organo preposto dagli articoli 24 e 25 e dal Capo settimo della Carta al mantenimento della pace e della sicurezza”. Sui seguiti che il dibattito in merito alla parte riguardante la risoluzione delle controversie ha avuto all’interno della Commissione del diritto internazionale e sulle conclusioni adottate nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti licenziato nel 2001, rinvio ancora a G. PALMISANO, *Responsabilità degli Stati e obbligo di regolamento delle controversie: l’occasione mancata dalla Commissione del diritto internazionale*, cit.

militare russa che veniva qualificata come aggressione. Inoltre, il 26 febbraio 2022 l'Ucraina ha adito la Corte internazionale di giustizia con la richiesta di accertare la presunta commissione da parte della stessa Ucraina (secondo la Federazione Russa) del crimine di genocidio, e chiedendo l'adozione di misure cautelari volte a far cessare il conflitto⁸. La Corte, nell'accogliere la richiesta ucraina di misure cautelari ha fatto riferimento alla risoluzione dell'Assemblea generale del 2 marzo, sopra ricordata, e ha citato *verbatim* e ampiamente tale risoluzione accogliendo una parte delle misure richieste dall'Ucraina⁹.

Ciò che maggiormente colpisce nella vicenda qui richiamata in relazione al tema che stiamo trattando è che proprio con l'intento di favorire l'accertamento della grave violazione del diritto internazionale si perviene al coinvolgimento di tre degli organi principali dell'ONU; che di fronte all'inazione del Consiglio di sicurezza, competente secondo la Carta per l'accertamento della grave violazione del diritto internazionale, è lo stesso Consiglio a demandare la questione all'Assemblea generale, permettendo così un coinvolgimento dell'intera *membership*; che l'Assemblea generale si pronunci in tempi molto rapidi e a maggioranza di più dei due terzi della sua *membership* riguardo alla questione e che, parallelamente anche se non in maniera diretta, anche alla Corte internazionale di giustizia venga richiesto di pronunciarsi sulla grave violazione del diritto internazionale che forma oggetto della controversia tra Federazione Russa e Ucraina; e, infine, che la Corte si pronunci anch'essa rapidamente, seppure in relazione alle sole misure provvisorie, sulla richiesta dell'Ucraina di fare cessare il fuoco e di porre fine all'illecito, e che nel farlo richiami *verbatim* proprio la risoluzione di condanna dell'Assemblea generale. Un ulteriore, interessante elemento,

⁸ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, ICJ Reports 2022, Request for the indication of provisional measures. Order of 16 March 2022. Disponibile all'indirizzo: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>

⁹ *Ivi*, nei paragrafi 19 e 76. Nel par. 76: «... the Court takes note of resolution A/RES/ES-11/1 of 2 March 2022, of the General Assembly of the United Nations, which, inter alia, «[e]xpress[es] grave concern at reports of attacks on civilian facilities such as residences, schools and hospitals, and of civilian casualties, including women, older persons, persons with disabilities, and children», «[r]ecogniz[es] that the military operations of the Russian Federation inside the sovereign territory of Ukraine are on a scale that the international community has not seen in Europe in decades and that urgent action is needed to save this generation from the scourge of war», «[c]ondemn[s] the decision of the Russian Federation to increase the readiness of its nuclear forces» and «[e]xpress[es] grave concern at the deteriorating humanitarian situation in and around Ukraine, with an increasing number of internally displaced persons and refugees in need of humanitarian assistance».

rilevante anche in relazione alla posizione assunta da Stati terzi è costituito dalla circostanza che una quarantina di Stati ha richiesto d'intervenire e che tali richieste (tranne una) sono state considerate ammissibili dalla Corte. Si potrebbe dire che nel caso dell'aggressione russa all'Ucraina il meccanismo prospettato da Arangio-Ruiz in relazione all'accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale circa trenta anni fa, bocciato dalla CDI e "gettato a mare" dal progetto adottato nel 2001, abbia in realtà trovato, grosso modo e *mutatis mutandis*, applicazione. Da qui l'attualità di quella proposta che, lo ribadiamo, aveva essenzialmente lo scopo di riequilibrare i rapporti tra Stati membri permanenti del Consiglio di sicurezza e il resto della *membership*, prevedendo un meccanismo di accertamento nelle ipotesi in cui fosse stato necessario sancire la responsabilità per gravi violazioni del diritto internazionale *al di là*, per così dire, ma non contro il sistema di sicurezza collettiva. Di non secondaria importanza è il fatto che l'adozione del meccanismo di accertamento suggerito da Arangio-Ruiz avrebbe avuto anche l'effetto di dare rinnovata centralità all'obbligo primario degli Stati membri di risolvere pacificamente le loro controversie secondo quanto previsto agli articoli 1, par. 1, e 33 e ss. della Carta dell'ONU, e quindi al Capitolo VI, e questo non soltanto per le violazioni più gravi del diritto internazionale.

Nessuno può peraltro ignorare le difficoltà politiche che la proposta avrebbe quasi certamente incontrato qualora fosse stata compiutamente discussa da parte dell'Assemblea generale, ed è probabilmente questa la ragione per cui Crawford espunse questa parte del progetto dalla versione che è stata adottata nel 2001 dalla Sesta Commissione. Occorre altresì riconoscere che questa decisione "pragmatica" di Crawford e della CDI ha contribuito a far sì che al progetto del 2001 abbiano più volte fatto riferimento, implicitamente o esplicitamente, come diritto vigente della responsabilità internazionale la Corte internazionale di giustizia e altri organi giurisdizionali chiamati a risolvere controversie vertenti su questo tema.

3. Nuove proposte da parte della Commissione del diritto internazionale

Le carenze in materia di accertamento delle gravi violazioni del diritto internazionale e l'assenza di un meccanismo di regolamento delle controversie non sono i soli ambiti riguardo ai quali si è recentemente avvertita l'esigenza di rivedere e integrare il progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti adottato nel 2001 in seconda lettura. Ci

riferiamo ad alcune proposte maturate in seno alla CDI negli ultimi anni e sulle quali si esprimerà presto l'Assemblea generale. Nella CDI, nel corso della 74ma e della 75ma sessione sono state infatti dibattute diverse proposte di temi da includere nel programma di lungo periodo dei lavori. Tra questi, nella 75ma sessione si è deciso di trasmettere alla Sesta Commissione perché questa possa valutarne l'inserimento nel programma di lungo periodo di due temi riguardanti proprio la responsabilità degli Stati quali quello del risarcimento per i danni causati da atti illeciti (*Compensation for the damages caused by internationally wrongful acts*), e quello della *due diligence* nel diritto internazionale (*Due diligence in international law*). Il primo è stato proposto da Martins Paparinskis e il secondo da Penelope Ridings¹⁰.

Per quanto soltanto nel primo caso appaia evidente il collegamento del tema con l'accertamento della responsabilità per atti illeciti, mentre nel secondo, quello della *due diligence*, si tratta di un tema che va anche al di là della responsabilità per atti illeciti, sono in entrambi i casi evidenti i collegamenti con il diritto internazionale della responsabilità. Come noto, in relazione alla *compensation*, la responsabilità degli Stati entra in gioco per le conseguenze della commissione dell'illecito; per la *due diligence*, il diritto internazionale della responsabilità rileva nella prevenzione della commissione di atti che possono concretizzarsi in illeciti.

Come ampiamente illustrato nella proposta formulata alla CDI da Martins Paparinskis e dibattuta in quella sede, la necessità di riprendere e integrare il progetto di articoli del 2001 sulle tematiche connesse alla *compensation*, prende spunto dalle insufficienze del progetto, con particolare riguardo all'art. 36, e dalla più recente e abbondante prassi giurisprudenziale e arbitrale¹¹. Come ricordato nella proposta, la Corte internazionale di giustizia ha recentemente trattato la questione della *compensation* in tre diversi casi riguardanti vari ambiti del diritto internazionale: nel caso *Ahmadou Sadio Diallo* a proposito della violazione dei diritti umani; nel caso *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* a proposito dei danni ambientali; e nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo* a proposito dell'uso della forza, del diritto internazionale umanitario, di diritti umani e di danni ambientali e macroeconomici, nonché in ulteriori casi che sono all'attenzione della Corte. Si ricorda inoltre che altre decisioni sul tema della *compensation* sono state rese a partire dal 2001 in controversie tra Stati vertenti su materie attinenti al diritto del mare o ai diritti umani,

¹⁰ A/79/10, *Report of the International Law Commission*, Seventy-fifth session (29 April-31 May and 1 July - 2 August 2024), Allegati I e II, pp. 125-145, e pp. 146-162, rispettivamente.

¹¹ *Ivi*, p. 125 ss., sp. pp. 127 s.

da Tribunali o Commissioni arbitrali o anche da casi promossi da individui e da altre entità non statali di fronte a Corti regionali africane, americane, europee, competenti in materia di diritti umani, nonché di fronte a Tribunali arbitrali istituiti per controversie tra Stati e investitori. Casi riguardanti risarcimenti per violazioni dei diritti umani sono altresì emersi nel quadro di organizzazioni internazionali e di organi di esperti creati da Stati e organizzazioni internazionali, oltre che in relazione all'istituzione di registri dei danni, soprattutto da parte delle Nazioni Unite¹².

Dal sintetico esame della prassi richiamata nella proposta emergono alcune delle insufficienze e le lacune del progetto di articoli del 2001 e questo potrebbe portare la CDI a esaminare la questione, e a formulare principi che possano essere utili al verificarsi di casi con analoghe caratteristiche.

Riguardo alla *due diligence*, per quanto Penelope Ridings escluda che un eventuale, futuro esercizio da parte della CDI sul tema possa riguardare “direttamente” la responsabilità degli Stati, “as due diligence is associated with primary rules, the topic should assist in clarifying the relationship between primary and secondary rules and between obligations of conduct and obligations of result”¹³.

Nel rinviare il lettore all'esame dettagliato delle interessanti proposte che contengono aspetti molto rilevanti anche per la questione oggetto di questo breve intervento e in attesa di recepire la reazione degli Stati che si registreranno nelle prossime sessioni dell'UNGA, emerge l'impressione che a più di venti anni di distanza dalla sua adozione si avverta distintamente l'esigenza che si intervenga per completare e integrare il progetto del 2001¹⁴.

¹² *Ivi*, pp. 139 e 140.

¹³ *Ivi*, p. 168.

¹⁴ Appare interessante notare come la Commissione precisi che “in the selection of the topics, the Commission was guided by its recommendation at its fiftieth session (1998) regarding the criteria for the selection of topics, namely: (a) the topic should reflect the needs of States in respect of the progressive development and codification of international law; (b) the topic should be at a sufficiently advanced stage in terms of State practice to permit progressive development and codification; and (c) the topic should be concrete and feasible for progressive development and codification. The Commission further agreed that it should not restrict itself to traditional topics, but could also consider those that reflect new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole. The Commission considered that the topics chosen would constitute useful contributions to the progressive development of international law and its codification” (*ivi*, par. 424, pp. 124 e s.).

4. *Considerazioni conclusive*

Appare innegabile che il progetto di articoli del 2001 costituisca una sorta di minimo comune denominatore che, come spesso accade in determinate circostanze, ha costituito anche il migliore dei risultati possibili scaturiti dai decenni di dibattiti all'interno della Commissione del diritto internazionale e, tra gli Stati, in Assemblea generale. È altrettanto evidente che il momento storico attuale caratterizzato da una profonda crisi del multilateralismo e dall'esplosione o dalla reviviscenza di gravi conflitti tra gli Stati rende difficile immaginare una riapertura del testo del progetto di articoli del 2001. E forse è preferibile, da un punto di vista politico, evitare che il tentativo di migliorare quel testo ne pregiudichi il processo di consolidamento e di "stabilizzazione".

Dalle considerazioni sviluppate sinteticamente in queste pagine emerge l'impressione che, allorché le condizioni lo permetteranno e con tutte le cautele del caso, si debba riflettere sulla opportunità da un lato di colmare le lacune, e dall'altro di correggere e integrare le parti di quel progetto di articoli adottato forse in fretta, benché dopo mezzo secolo di dibattito. E in quell'occasione le proposte di Arangio-Ruiz e tutte quelle che sono state e saranno formulate anche in seno alla CDI risulteranno utili¹⁵.

¹⁵ Ragioni di riservatezza mi impediscono di riferire in dettaglio quanto avviene nel Gruppo di lavoro sul programma di lungo periodo dei lavori della CDI. Mi limito a osservare che gli argomenti della *compensation* e quello della *due diligence* non sono i soli attinenti al diritto internazionale della responsabilità riguardo ai quali membri della CDI hanno presentato proposte che vengono dibattute in quella sede.

Le autrici e gli autori

MAURIZIO ARCARI, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano Bicocca

PAOLO BENVENUTI, Professore emerito di diritto internazionale, Università Roma Tre

LAURA DI GIANFRANCESCO, Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università Roma Tre

ALESSANDRA GIANELLI, Professore ordinario di Diritto Internazionale, Sapienza Università di Roma

FLAVIA LATTANZI, già Professore ordinario di diritto internazionale dell'Università Roma Tre - già giudice del Tribunale penale internazionale per il genocidio in Ruanda e del Tribunale penale internazionale per i crimini nella ex-Iugoslavia

BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS, Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano Bicocca

GIUSEPPE NESI, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Trento - Membro della Commissione del Diritto internazionale delle Nazioni Unite

GIUSEPPE PALMISANO, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università Roma Tre - Componente del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite

MARIA LAURA PICCHIO FORLATI, già Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Padova

MARKUS G. PUDEH, Professore di diritto internazionale, Loyola University New Orleans

MARTA SABINO, Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza Università di Roma

MIRKO SOSSAI, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università Roma Tre

SPINEDI MARINA, già Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze

CHIARA VENTURINI, Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi di Roma Tor Vergata

ENRICO ZANNARINI, dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali, Università degli Studi di Ferrara

LUIGI ZUCCARI, assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma - Segretario della Fondazione Arangio-Ruiz per il diritto internazionale

La tematica delle gravi violazioni del diritto internazionale, con particolare riferimento ai profili del loro accertamento e delle conseguenze che ne seguono nei rapporti fra Stati, è stata oggetto di approfondita riflessione da parte del Prof. Gaetano Arangio-Ruiz, soprattutto nel periodo in cui egli è stato componente della Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite e Relatore speciale sulla Responsabilità degli Stati. La Fondazione Arangio-Ruiz per il diritto internazionale – istituita per volontà del Professore al fine di promuovere in particolare la ricerca scientifica dei giovani ricercatori – ha organizzato il Convegno internazionale tenutosi a Soave il 6-7 ottobre 2023, di cui si pubblicano qui gli Atti. Gli interventi raccolti, grazie all'apporto di valenti studiosi, riprendono i temi cari alla riflessione scientifica di Arangio-Ruiz, su cui continua a confrontarsi sia la Commissione del Diritto Internazionale sia la dottrina internazionalistica, alla ricerca di soluzioni cui il Professore offrì il proprio profondo contributo di pensiero.

Paolo Benvenuti Professore emerito di diritto internazionale nell'Università Roma Tre; Coordinatore della Commissione Etica di Ateneo. Ha assunto nel tempo responsabilità in organismi italiani e internazionali aventi a oggetto tematiche di diritto internazionale. Autore di numerose pubblicazioni di diritto e organizzazione internazionale, diritto internazionale privato, diritto internazionale penale, diritto umanitario e diritti umani.