

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino
24/2023

7923116230



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino



IL DIRITTO INTERNAZIONALE
PER LA PACE E NELLA GUERRA.
SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE FUTURE

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PER LA PACE E NELLA GUERRA. SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE FUTURE

LIBER AMICORUM
IN ONORE DI EDOARDO GREPPI

a cura di

ORNELLA PORCHIA e MICHELE VELLANO

Questo volume, sprovvisto del
talloncino a fronte, è da consi-
derarsi copia saggio gratuito
esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d,
DPR 633/1972)

€ 68,00

ISBN 978-88-495-5327-7



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Edizioni
Scientifiche
Italiane

Il diritto internazionale
per la pace e nella guerra.
Sviluppi recenti
e prospettive future
ESI



MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
24/2023

Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Il diritto internazionale
per la pace e nella guerra.
Sviluppi recenti
e prospettive future

Liber amicorum
in onore di Edoardo Greppi

a cura di

ORNELLA PORCHIA e MICHELE VELLANO



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Edizioni
Scientifiche
Italiane

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato sottoposto ad un processo di revisione da parte di una commissione di lettura nominata dal Comitato Scientifico della Collana.

La commissione di lettura ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PORCHIA, Ornella; VELLANO, Michele (*a cura di*)

Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future.

Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 24/2023

Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2023 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

pp. XXII+394; 24 cm
ISBN: 978-88-495-5327-7

Prima edizione: settembre 2023
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS E CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

© 2023 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875902650

Sommario

INTRODUZIONE	
<i>Collega e, ciò nonostante, Amico</i>	IX
Elenco delle pubblicazioni del Prof. Edoardo Greppi	XIII
SEZIONE PRIMA	
Prevenzione dei conflitti, soluzione delle controversie e ruolo delle organizzazioni internazionali	
FRANCESCO SALERNO	
<i>Il «canone» oggettivo di uso illegittimo della forza nel conflitto russo-ucraino</i>	3
MASSIMO IOVANE, PIERFRANCESCO ROSSI	
<i>Gli obblighi internazionali di neutralità dagli Alabama Claims alla guerra in Ucraina</i>	23
MARCO PERTILE	
<i>La soluzione dei conflitti e la cessione del territorio nel diritto internazionale: alcune considerazioni sul caso della Crimea</i>	37
PIETRO GARGIULO	
<i>Nazioni Unite, Cybersecurity e diritto internazionale</i>	53
ANDREA DE GUTTRY	
<i>L'African Union Commission on International Law ed il suo contributo al consolidamento della pace e della sicurezza nel continente africano. Una valutazione critica</i>	69
PAOLO PALCHETTI	
<i>Les sujets inscrits à l'ordre du jour : chronique de la fin annoncée des traités ?</i>	87

MANLIO FRIGO	
<i>Methods of dispute settlement, post-colonial restitutions and the increasing importance of due diligence in the international art trade</i>	103

SEZIONE SECONDA

Pace e processo di integrazione europea

ROSARIO SAPIENZA	
<i>Primi bilanci dell'uso dello Strumento europeo per la pace. Considerazioni sulla Missione di assistenza militare dell'Unione europea in Ucraina</i>	129

FEDERICO CASOLARI	
<i>Il (possibile) ruolo del diritto dell'Unione europea nella soluzione delle controversie tra Stati membri: alcune considerazioni sistemiche a partire dal caso Slovenia c. Croazia</i>	143

FRANCESCO MUNARI	
<i>Prodotti della difesa e mercato interno: riflessioni sull'impatto della carenza di una politica di difesa comune su un settore strategico</i>	159

SERGIO MARIA CARBONE	
<i>Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti</i>	175

BRUNO NASCIMBENE	
<i>Riflessioni sul tema della cittadinanza: un diritto della persona</i>	187

SEZIONE TERZA

Crimini internazionali e giustizia penale internazionale: sfide e risposte

FAUSTO POCAR	
<i>Reflections on War Crimes against the Environment and the Rome Statute</i>	197

MICAELA FRULLI	
<i>Tutela dei beni culturali e obblighi di criminalizzazione: uno sguardo d'insieme sugli strumenti internazionali</i>	209

GIULIO BARTOLINI
Modelli di implementazione a livello interno dei crimini di guerra 231

FULVIO MARIA PALOMBINO, ANTONIO MARICONDA
La difficile via per perseguire il crimine di aggressione nel conflitto russo-ucraino: sulla proposta di creare un Tribunale speciale 251

SEZIONE QUARTA
**Conflitti armati, condotta delle ostilità
e tutela dei diritti umani**

GIUSEPPE NESI
Personnes disparues et disparitions forcées dans le conflit en Ukraine : de la responsabilité de l'État à la responsabilité individuelle 275

MARCO PEDRAZZI
Le deportazioni di civili nel conflitto armato in Ucraina alla luce del diritto internazionale penale 293

ILARIA VIARENGO
Giornalisti e conflitti armati: quale protezione? 313

MARINA CASTELLANETA
La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra ius in bello e diritto alla libertà di espressione 327

ROGER O'KEEFE
If you want more than pieces, prepare for war: Taking seriously the peacetime obligation to prepare to safeguard cultural property in armed conflict 347

ANDREA CANNONE
I ricorsi interstatali proposti dall'Ucraina contro la Russia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il trattamento dei ricorsi individuali connessi 363

GABRIELLA VENTURINI
Brevi note sull'attribuzione delle attività statali nello spazio cibernetico 387

INTRODUZIONE

Collega e, ciò nonostante, Amico

Il titolo di questa Introduzione, che dà avvio al *Liber amicorum* donato a Edoardo Greppi nell'anno della sua uscita dai ruoli universitari in corrispondenza con il suo settantesimo compleanno, vuole ricordare una frase spesso pronunciata dall'onorato in occasioni accademiche, per aprire un dialogo o sdrammatizzare una situazione di confronto con colleghi dell'Università di Torino o di altre Università. Una frase che molto ci dice di Edoardo Greppi il quale non ha mai inteso sacrificare i rapporti interpersonali alle esigenze e ai riti, talvolta aspri, dell'Accademia.

Questo lavoro, davvero catullianamente *'pumice expoliturum'*, riesce ad allineare magistralmente l'autentico intento donativo, una ricca e appassionata *Festschrift*, con il contributo alla riflessione scientifica più avveduta e avanzata da parte di illustri Autori. La struttura rappresenta una fedele cartografia degli interessi di Edoardo Greppi in una tessitura continua, fortemente caratterizzata scientificamente e capace di porre gli ambiti di ricerca in feconda osmosi con i temi offerti dall'attualità, anche quella che, per inevitabile difetto di distacco storico, pone maggiori sfide allo studioso che si proponga di indagare in profondità gli istituti giuridici.

Il titolo 'Per la Pace e nella Guerra', che richiama il noto volume del Generale Pietro Verri "Diritto per la pace e diritto nella guerra", palesa quanto gli interessi di Edoardo Greppi siano dotati di un intimo movente di coerenza e di aspirazione ideale, in ossequio alla logica secondo la quale i conflitti dovrebbero essere prevenuti, o gestiti secondo logiche di soluzione pacifica, e che riconosce quindi all'uso della forza uno spazio eccezionale, permeato dai principi del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e della tutela dei diritti umani e vivificato dai valori della giustizia penale internazionale.

Se è vero che, come ben richiamato dall'onorato nei numerosi lavori consacrati ai temi che qui si ritrovano efficacemente compendiati, la saldatura fra i diversi ambiti avviene in nome del principio di

umanità, è proprio l'uomo Edoardo Greppi che intendiamo celebrare anche in queste righe introduttive. Perché la vastità e l'altezza dei suoi interessi – che hanno radice nella passione per la storia, mediata e arricchita da tante vicende tratte dalla cronaca familiare, per spaziare verso la politica, le relazioni internazionali, le arti, senza mai dimenticare l'impegno civile e l'attenzione per i meno fortunati – non sono che la manifestazione di una personalità ricca, variegata e immancabilmente gentile. Questa rara combinazione di stili e caratteri è la qualità distintiva di Edoardo Greppi.

Signorilità ed empatia, ampiezza di visione e cura del dettaglio, è dalla convergenza di tanti diversi elementi che la figura professionale e umana di Edoardo Greppi ha attinto la sua capacità di costruire un gruppo – quello che oggi si definisce 'team building' – e, ancora di più, il suo alimentare un forte senso di appartenenza e di solidarietà. Grazie al suo carisma, al suo esempio e alla sua capacità di trasmettere vitalità ed entusiasmo ai colleghi più giovani, Edoardo Greppi ha saputo creare un ambiente di lavoro che si fonda soprattutto sulla stima, sul rispetto, sull'amicizia e sull'affetto reciproci, sentimenti che si sono manifestati nella mitica Stanza 19 a Palazzo Nuovo e poi mantenuti e rinnovati al Campus Luigi Einaudi e tramandati e vissuti insieme a chi si è via via aggiunto, facendoli propri.

Sono moltissimi gli ambiti accademici in cui Edoardo Greppi si è speso negli anni, con progettualità innovativa e investendo tutta la sua energia e la sua capacità di relazioni. La sua carriera nell'amata Università degli Studi di Torino lo ha portato a coprire la cattedra di Diritto internazionale e, per primo, quella di Diritto della Comunità europea nella Facoltà, poi Dipartimento, di Giurisprudenza, prendendo il testimone dal Prof. Giorgio Cansacchi, dal Prof. Andrea Comba e dal Prof. Alessandro Marazzi. Il suo impegno è stato generosamente speso anche altrove, coprendo, tra l'altro, i ruoli di Presidente dell'International Institute of Humanitarian Law di Sanremo; di Presidente della Scuola Universitaria Interdipartimentale in Scienze Strategiche (SUISS) dell'Università di Torino con il Comando per la Formazione e Scuola di Applicazione dell'Esercito Italiano; di Preside della nascente Facoltà di Scienze Politiche e Relazioni internazionali dell'Università della Valle d'Aosta; di Segretario Generale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea; di Segretario e poi Presidente della Sezione Piemonte e Valle d'Aosta della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale; di Direttore del Master in International Crime and Justice del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e dell'United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute

(UNICRI); di Direttore del Master in Cultural Property Protection in Crisis Response, dell'Università di Torino con il Comando per la Formazione e Scuola di Applicazione; di Direttore del Master in Strategia Globale e Sicurezza e, infine, del Master in Diritto umanitario e dei conflitti armati, dell'Università di Torino con il Centro Alti Studi per la Difesa (CASD) a Roma. È stato docente al Center for Transnational Legal Studies, Georgetown University (London), e Professeur invité all'Université de Paris Panthéon-Assas, Institut des Hautes Études Internationales (Paris), e all'Université de Nice Sophia Antipolis (Nice). Ha ricevuto la medaglia d'oro al merito della Croce Rossa Italiana e la croce d'argento al merito dell'Esercito italiano per l'insegnamento e la diffusione del diritto internazionale umanitario in Italia.

Il suo impegno e la sua dedizione per l'attività didattica, ben noti ai moltissimi studenti che hanno scoperto la loro vocazione di "internazionalisti" grazie alle sue magistrali lezioni in aula, non gli sono stati di ostacolo a dare corso a una importante e apprezzata attività scientifica ed editoriale, riportata dettagliatamente in premessa al presente volume, principalmente incentrata sulle linee di ricerca e sui temi che troviamo qui compendiate e che ricevono fortunata sintesi nell'opera *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, edita da UTET nel 2012.

Sullo sfondo della sua carriera accademica si stagliano l'attenzione e il rispetto per l'altro, che inverano esemplarmente le riflessioni scientifiche sul principio di umanità e che sempre hanno caratterizzato ogni relazione di Edoardo Greppi con il suo prossimo, non importa se collega o studente. Di tutto questo, siamo profondamente grati a Edoardo Greppi e confidiamo che il ricco e sfaccettato ingegno e l'ampia umanità trovino risonanza nelle pagine di questo volume, per il quale siamo molto riconoscenti agli Autori che vi hanno generosamente e prontamente contribuito.

Nella certezza che Edoardo sarà sempre punto di riferimento per la Scuola torinese di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea e per ciascuno di noi, con il suo sorriso accogliente, con la sua proverbiale capacità di ascolto, con il suo consiglio avveduto, rimanendo sempre Amico, "oltre che" Collega.

Torino, 16 ottobre 2023

Gli Amici e Colleghi di Stanza 19

Elenco delle pubblicazioni del Prof. Edoardo Greppi

Monografie

1. *Politica commerciale e accordi internazionali della Comunità economica europea*, Torino 1982.
2. *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi. I sistemi di liberalizzazione GATT, OSCE e CE*, Napoli 1994.
3. *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, Torino 2001.
4. *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino 2012.

Curatele

5. (con C. GRUA, U. MORELLI) *Il lungo cammino verso l'integrazione europea (1947-1992)*, Torino 1992.
6. (con M. VELLANO) *Diritto internazionale dello sport*, Torino 2005.
7. (con M. VELLANO) *Diritto internazionale dello sport*, Torino 2010, 2^a ed.
8. (con G. VENTURINI) *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino 2007.
9. (con G. VENTURINI) *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino 2010, 2^a ed.
10. (con G. VENTURINI) *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino 2012, 3^a ed.
11. *Conduct of hostilities: the practice, the law and the future*, Milano 2015.
12. (con A. DE GUTTRY, M. FRULLI, C. MACCHI) *The duty of care of international organizations towards their civilian personnel. Legal obligations and implementation challenges*, L'Aia 2018.

13. (con P. CARNEVALE, K. ROUDIER) *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli 2019.

Contributi in riviste e volumi

14. *FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1981, p. 3 ss.
15. *OPEC - Organization of the Petroleum Exporting Countries*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1983, p. 3 ss.
16. *Organizzazione mondiale della sanità (O.M.S.)*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, Torino 1983, p. 3 ss.
17. *Libertà di prestazione dei servizi, libera prestazione dei capitali e norme restrittive degli Stati*, in AA.VV., *Le assicurazioni in Europa*, Torino 1984, p. 107 ss.
18. *Lineamenti delle relazioni convenzionali comunitarie con i Paesi in via di sviluppo*, in AA.VV., *Europa e sviluppo*, Roma 1984, p. 23 ss.
19. *La politica della ricerca scientifica e dello sviluppo tecnologico nel sistema comunitario europeo*, in AA.VV., *L'Europa della tecnologia*, Roma 1986, p. 21 ss.
20. *Mercato interno e circolazione dei servizi: problemi concettuali e regolamentazione giuridica*, in G. STEFANI (a cura di), *Mercato comune e neoprotezionismo. Aspetti economici, giuridici e fiscali*, Padova 1987, p. 449 ss.
21. *Organizzazioni economiche internazionali e disciplina giuridica della circolazione dei servizi*, in C. FERRARI (a cura di), *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano 1987, p. 449 ss.
22. (con A. COMBA) *Ordine economico internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1990, p. 1 ss.
23. *Principio del mutuo riconoscimento, normativa nazionale e libera circolazione comunitaria dei prodotti farmaceutici*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, p. 10 ss.
24. *La libera circolazione delle persone tra diritto internazionale e diritto comunitario. Alcune considerazioni generali*, B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere e cooperazione giudiziaria di polizia*, Milano 1995, p. 115 ss.
25. *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *La Comunità Internazionale*, 1996, p. 473 ss.

26. *La dottrina europea del diritto internazionale. Percorsi della scienza giuridica dal Cinquecento all'Ottocento*, in I. MASSABÒ RICCI, M. CARASSI, C. CUSANNO (a cura di), *Securitas et Tranquillitas Europae*, Roma 1996, p. 134 ss.
27. *Comunità ed Unione europea: diritto ed istituzioni*, in R.H. RAINERO (a cura di), *Storia dell'integrazione europea*, Milano 1997, p. 37 ss.
28. *Il Consiglio d'Europa: l'istituzionalizzazione della cooperazione politica tra Stati sovrani*, in R.H. RAINERO (a cura di), *Storia dell'integrazione europea*, Milano 1997, p. 87 ss.
29. *Diritto di stabilimento, libertà di prestazione dei servizi e mercato comune delle assicurazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 38 ss.
30. *Giurisdizione internazionale e sistemi di giustizia penale interna degli Stati*, in P. UNGARI, M.P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *Verso un tribunale permanente internazionale sui crimini contro l'umanità. Precedenti storici e prospettive di istituzione*, Roma 1998, p. 201 ss.
31. *Organizzazione internazionale e protezione dei beni culturali*, in M. CARCIONE, A. MARCHEGGIANO (a cura di), *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità*, Milano 1998, p. 163 ss.
32. *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto*, Torino 1999, p. 486 ss.
33. *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, p. 531 ss.
34. *La Convenzione di Ottawa e la legislazione italiana: l'affermazione del principio del divieto generalizzato delle mine antipersona*, in AA.VV., *Le mine antipersona. Una guerra anche in tempo di pace*, Napoli 2000, p. 21 ss.
35. *The WTO as a new institutional framework for international trade*, in AA.VV., *New trends in international trade law. Contributions on the occasion of the 10th anniversary of the international trade law course*, Torino 2000, p. 187 ss.
36. *U.I.T. (Union internationale des télécommunications)*, in *Digesto*, Torino 2000, p. 603 ss.
37. *W.T.O. (World Trade Organization)*, in *Digesto*, Torino 2000, p. 718 ss.
38. *I diritti fondamentali nelle Organizzazioni europee: il Trattato e la Carta dell'Unione, la CEDU e la dimensione dei diritti umani dell'OSCE*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fonda-*

- mentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001, p. 155 ss.
39. *Diritto umanitario e diritti umani nei conflitti contemporanei*, in A. DE GUTTRY (a cura di), *Le nuove sfide nella protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Tutela e promozione dei diritti umani alla luce dei recenti sviluppi del diritto internazionale*, Pisa 2002, p. 15 ss.
40. *La Cour pénale internationale et le droit international*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano 2003, p. 81 ss.
41. *Verso un nuovo diritto internazionale?*, A. D'ORSI (a cura di), *Guerre globali. Capire i conflitti del XXI secolo*, Roma 2003, p. 71 ss.
42. *Corte penale internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2004, p. 199 ss.
43. *Diritti dell'uomo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino 2004, p. 256 ss.
44. *Diritto e organizzazioni internazionali*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino 2004, p. 267 ss.
45. *Il diritto internazionale nel pensiero di Pietrino Belli*, in R. COMBA, G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Un giurista tra principi e sovrani: Pietrino Belli a 500 anni dalla nascita*, Alba 2004, p. 53 ss.
46. *Qualche riflessione su ordine superiore e responsabilità dell'individuo nei crimini internazionali*, in AA.VV., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli 2004, p. 1945 ss.
47. *La tutela dei diritti fondamentali: lo strumento militare, la giustizia internazionale*, in NOVA. *Grande dizionario enciclopedico*, Torino 2005, p. 641 ss.
48. *Lo sport e i diritti umani*, in E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino 2005, p. 143 ss.
49. *Terrorism and rogue States. Some reflections on international law issues*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, p. 231 ss.
50. *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano 2005, p. 801 ss.
51. *Brevi considerazioni generali sulla nozione di "unione" nel processo di integrazione europea*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova 2007, p. 63 ss.
52. *Distruzione dei beni culturali in guerra come crimine interna-*

- zionale nei conflitti contemporanei, in N. LABANCA, L. TOM-
MASSINI (a cura di), *Forze armate e beni culturali. Distruggere,
costruire, valorizzare*, Milano 2007, p. 33 ss.
53. *L'Unione europea e la sua evoluzione istituzionale*, in S. CAR-
LETTO (a cura di), *L'idea di Europa. Passato e futuro della Costi-
tuzione europea*, Milano 2007, p. 113 ss.
54. *La protezione generale dei beni culturali nei conflitti armati dal-
la Convenzione dell'Aja al Protocollo del 1999*, in P. BENVENU-
TI, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni
culturali nei conflitti armati*, Milano 2007, p. 75 ss.
55. *Chrétienté et droit international humanitaire*, in A-S. MIL-
LET-DEVALLE (dir.), *Religions et droit international humanitai-
re*, Parigi 2008, p. 63 ss.
56. *I prigionieri di guerra*, in I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a
cura di), *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta
del diritto internazionale*, Milano 2008, p. 13 ss.
57. *Inability to investigate and to prosecute under Article 17*, in M.
POLITI, F. GIOIA, *The International Criminal Court and natio-
nal jurisdictions*, Aldershot 2008, p. 63 ss.
58. *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: elementi
normativi*, in U. LEANZA (a cura di), *I beni culturali tra realtà
locale e globalizzazione*, Milano 2008, p. 158 ss.
59. *Aggressione e crimine di aggressione: accertamento "politico" e
riflessi giurisdizionali internazionali*, in G. VENTURINI, S. BA-
RIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale.
Individual rights and international justice. Droits individuels et
justice internationale. Liber Fausto Pocar*, Milano 2009, p. 367
ss.
60. *The Algiers agreements between Eritrea and Ethiopia of June
18 and December 12, 2000*, in A. DE GUTTRY, H.H.J. POST,
G. VENTURINI (eds), *The 1998-2000 War between Eritrea and
Ethiopia. An international legal perspective*, L'Aia 2009, p. 55 ss.
61. *The responsibility to protect: an introduction*, in G.L. BERUTO
(a cura di), *International humanitarian law, human rights and
peace operations*, Sanremo 2009, p. 174 ss.
62. *State responsibility for acts of aggressions under the United Na-
tions Charter: a review of cases*, in R. BELLELLI (ed.), *Interna-
tional criminal justice. Law and practice from the Rome Statute
to its review*, Farnham 2010, p. 499 ss.
63. *Children in armed conflicts*, in G. CORTESE (ed.), *Reflections on
children rights. Marginalized identities in the discourse(s) of ju-
stice*, Milano 2011, p. 71 ss.

64. *Children in armed conflicts*, in G. AJANI, A. GAMBARO, R. SACCO (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli 2011, p. 869 ss.
65. *Cristianesimo e diritto internazionale umanitario dei conflitti armati*, in AA.Vv., *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Torino 2011, p. 748 ss.
66. *Recent developments in Arab Mediterranean countries: a case of responsibility to protect?*, in AA.Vv., *L'ingerenza umanitaria tra protezione dei diritti e realismo*, Milano 2011, p. 44 ss.
67. *Sir James Hudson ministro a Torino. Un diplomatico risorgimentale*, in G. ROMANO (a cura di), *Diplomazia, musei, collezionismo tra il Piemonte e l'Europa negli anni del Risorgimento*, Torino 2011, p. 19 ss.
68. *Terrorism under international law: UN and EU definition issues*, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds), *Individual guarantism in the European judicial area in criminal matters - Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européenne*, Bruxelles 2011, p. 21 ss.
69. *The legal framework in armed conflicts: some reflections on the challenges which international humanitarian law has to face in contemporary armed conflicts*, in S. BALDINI (ed.), *Current issues of international humanitarian law*, Sanremo-Belgrado 2011, p. 35 ss.
70. *The "responsibility to protect" in international law*, in N. PARISSI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D.G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli 2011, p. 281 ss.
71. *Cavour cittadino e statista*, in AA.Vv., *Cavour e l'agricoltura nel periodo risorgimentale*, Torino 2012, p. 1 ss.
72. *Cavour e il Regno Unito nel quadro della diplomazia europea a Torino*, in E. GREPPI, E. PAGELLA (a cura di), *Sir James Hudson nel Risorgimento italiano*, Soveria Mannelli 2012, p. 59 ss.
73. *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano 2012, p. 467 ss.
74. (con A. ODDENINO) *L'Unione europea di fronte alle crisi: rischi attuali e sfide future*, in *Dossier Unione Europea*, 2012, p. 9 ss.
75. *Il caso Marò. Una politica estera marginale*, in *Treccani. Il libro dell'anno 2013*, Roma 2013, p. 354 ss.
76. *L'uso della forza nel diritto internazionale*, in M.A. FINO (a cura di), *Diritti in guerra*, Roma 2013, p. 195 ss.
77. *La diplomatie cavourienne et les nouveaux usages du droit international*, in *Studi piemontesi*, 2013, p. 27 ss.
78. *To what extent do the international rules on human rights mat-*

- ter?, in F. POCAR, M. PEDRAZZI, M. FRULLI (eds), *War crimes and the conduct of hostilities*, Cheltenham 2013, p. 38 ss.
79. *Gli internazionalisti e i giudici italiani della Corte*, in U. MORELLI, D. PREDÀ (a cura di), *L'Italia e l'unità europea dal Risorgimento ad oggi. Idee e protagonisti*, Padova 2014, p. 537 ss.
80. *La diplomatie cavourienne et les nouveaux usages du droit international*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino 2014, p. 403 ss.
81. *Diritto internazionale umanitario e protezione dei diritti umani nei conflitti armati non internazionali*, in I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *Conflitti armati interni e regionalizzazione delle guerre civili*, Torino 2016, p. 85 ss.
82. *Peacekeeping e violazione dei diritti umani*, in I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, Torino 2016, p. 195 ss.
83. *Guerra e diritto internazionale*, in T. DETTI (a cura di), *Le guerre in un mondo globale*, Roma 2017, p. 193 ss.
84. *Integrazione, Metodo della*, in M.E. CAVALLARO, F.M. GIORDANO (a cura di), *Dizionario storico dell'integrazione europea*, Soveria Mannelli 2017, p. 1.
85. *International humanitarian law and criminal justice: international, domestic and comparative law at a crossroads*, in R. VIRZO, E. NALIN, I. INGRAVALLO, F. CHERUBINI, E. TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari 2017, p. 155 ss.
86. *Le più gravi violazioni del diritto internazionale umanitario: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio*, in AA.VV., *Non-international armed conflicts and new conflicts: the protection of human dignity in the light of international law*, Roma 2017, p. 93 ss.
87. *Qualche riflessione sulla soggettività internazionale della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, p. 326.
88. *Concluding remarks*, in A. DE GUTTRY, M. FRULLI, E. GREPPI, C. MACCHI (eds), *The duty of care of international organizations towards their civilian personnel. Legal obligations and implementation challenges*, L'Aia 2018, p. 481 ss.
89. *Costantino Nigra, dalla diplomazia cavouriana alla missione a Pietroburgo*, in *Affari Esteri*, 2018, p. 874 ss.
90. *La prevenzione del genocidio fra intervento umanitario e responsabilità di proteggere*, in L. ZAGATO, L. CANDIOTTO (a cura di), *Il genocidio. Declinazioni e risposte di inizio secolo*, Torino 2018, p. 139 ss.

91. *Peacekeeping, protection of civilians and human rights*, in I. CARACCILO, U. MONTUORO (a cura di), *New models of peacekeeping. Security and protection of human rights. The role of the UN and regional organizations*, Torino 2018, p. 77 ss.
92. *Il contributo di Paolo Benvenuti alla riflessione sui Protocolli di Ginevra dell'8 giugno 1977, a quarant'anni dalla loro adozione*, in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari*, Roma 2019, p. 221 ss.
93. *La giustizia internazionale penale: qualche riflessione a cent'anni dalla Grande Guerra*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, p. 349 ss.
94. *Uso della forza e tutela dei diritti umani nel diritto internazionale*, in P. CARNEVALE, E GREPPI, K. ROUDIER (a cura di), *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli 2019, p. 7 ss.
95. *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2020, p. 133 ss.
96. *Ricordo di Andrea Comba*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 539.
97. *The Risorgimento and the "birth" of international law in Italy*, G. BARTOLINI (ed.), *A history of international law in Italy*, Oxford 2020, p. 79 ss.
98. *Il diritto internazionale nella formazione degli ufficiali delle forze armate*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli 2021, p. 513 ss.
99. *L'istituzione della Società delle Nazioni e il diritto internazionale*, in AA.VV., *L'invenzione della pace*, Torino 2021, p. 33 ss.
100. *La formazione degli ufficiali dell'Esercito*, W. BARBERIS (a cura di), *Palazzo Arsenale. Tradizione, modernità e futuro*, Torino 2021, p. 161 ss.
101. (con L. POLI) *The 2000 Algiers Agreements*, in A. DE GUTTRY, H.H.J. POST, G. VENTURINI (a cura di), *The 1998-2000 Eritrea-Ethiopia War and its aftermath in international legal perspective*, L'Aia 2021, p. 67 ss.
102. *Le funzioni di produzione normativa delle organizzazioni internazionali*, in M. IOVANE, F.M. PALOMBINO, G. ZARRA (a cura di), *Diritto internazionale e mutamento sociale. Rileggendo Gaetano Morelli*, Napoli 2023, p. 97 ss.
103. *Politica estera e difesa europea*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano 2023, p. 5 ss.

Altri contributi

104. *Crisi in Zimbabwe e “responsibility to protect” della comunità internazionale*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, p. 1 ss.
105. *I diritti umani nella presidenza Obama*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, p. 1 ss.
106. *Il Trattato di Lisbona e il referendum irlandese*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, p. 1 ss.
107. *La proclamazione dell’indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale*, in *ISPI Policy Brief*, 2008, p. 1 ss.
108. (con F. COSTAMAGNA, L. POLI, A. SPAGNOLO) *La partecipazione italiana alle missioni internazionali*, *Report ISPI*, 2010.
109. *International humanitarian law in cyber operations*, in *ISPI Dossier “Armed conflicts in the cyber age”*, 2018.

SEZIONE PRIMA

Prevenzione dei conflitti,
soluzione delle controversie
e ruolo delle organizzazioni internazionali

FRANCESCO SALERNO*

Il «canone» oggettivo di uso illegittimo della forza nel conflitto russo-ucraino

SOMMARIO: 1. Il paradigma dell'uso legittimo della forza nell'ordinamento internazionale contemporaneo. – 2. La valenza paritaria del diritto dello Stato alla propria integrità territoriale. – 3. Le motivazioni interventistiche della Russia, in particolare la tutela delle minoranze nazionali russofone e il loro diritto di autodeterminazione. – 4. Le tempestive, qualificate e univoche determinazioni della società internazionale sull'uso illegittimo della forza da parte della Russia a difesa del «valore» della integrità territoriale dell'Ucraina. – 5. La preminenza del canone oggettivo di diritto internazionale rispetto alla valutazione unilaterale dello Stato. – 6. Riflessi nell'ordinamento italiano del «canone» oggettivo internazionale sui limiti dell'uso della forza.

1. *Il paradigma dell'uso legittimo della forza nell'ordinamento internazionale contemporaneo*

L'ordinamento internazionale esprime un complesso di norme, anche analitiche e sempre più corredate da meccanismi o procedure di valutazione di specifici fatti a quelle riconducibili. In questo modo gli Stati, costitutori e destinatari principali di tali norme, vedono limitata e condizionata la propria libertà, per effetto sia della crescente regolamentazione materiale, sia di specifici «canoni» che la società internazionale esprime su singole situazioni circa l'applicazione o il mancato rispetto di regole internazionali¹.

La disciplina sull'uso della forza costituisce il paradigma migliore per verificare l'idoneità del diritto internazionale contemporaneo di

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Ferrara. Lo scritto è aggiornato al 31 maggio 2023.

¹ L'espressione «canone» viene qui utilizzata per riferirsi al paradigma comportamentale che l'ordinamento giuridico ha definito rispetto al caso concreto: esso in qualche modo si riallaccia, con i necessari adattamenti, alla distinzione elaborata da E. KANT, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari 1999, p. 142 ss., tra «legge» e «comando».

elaborare e far valere propri canoni oggettivi rispetto a fatti giuridicamente rilevanti della vita di relazioni internazionali. Il percorso per la sua affermazione ha accompagnato la prima metà del Novecento prima avviando e rafforzando i meccanismi di soluzione pacifica delle controversie (nel 1907, con l'atto generale di arbitrato previsto dalla Convenzione de L'Aja e, nel 1920, con la costituzione della Società delle Nazioni e della Corte permanente di giustizia internazionale) e poi con l'enunciazione del divieto di uso della forza nel Patto Briand-Kellogg (1928) successivamente ripreso dalla «Dottrina Stimson» per precludere il riconoscimento di modifiche territoriali ottenute a seguito di una guerra di aggressione (1932). Passando gradualmente dalla promozione di mezzi alternativi all'uso della forza fino al divieto della stessa, si è giunti alla «codificazione» universale di tale limite alla libertà degli Stati nell'art. 2, par. 4, della Carta dell'ONU, sorreggendolo – almeno negli intenti – con il ruolo decisivo del Consiglio di sicurezza. È una disciplina che si presenta relativamente semplice, dal momento che – a fronte del divieto di uso della forza – si tratta di stabilire in quali casi eccezionali ne sia legittimo l'impiego. La Carta, del resto, le indica puntualmente: l'uso della forza «centralizzata» ad opera del Consiglio di sicurezza (articoli 43 ss.) e il ricorso al diritto (naturale o «inerente», a seconda delle versioni linguistiche) di legittima difesa individuale o collettiva dello Stato oggetto di un attacco armato, *rectius* di una aggressione, previa comunicazione al Consiglio di sicurezza.

In numerosi casi della prassi gli Stati, senza distinzione di sorta, hanno cercato di utilizzare a proprio vantaggio la formula della legittima difesa in una duplice direzione: per un verso, estendendone la portata a situazioni diverse da quelle di un attacco armato in atto; per un altro, dando giustificazioni unilaterali sulla legittimità dell'uso della forza. Il conflitto avviato dalla Russia il 24 febbraio 2022 va qui visto in questa seconda accezione, poiché la Russia ha invocato espressamente l'istituto della legittima difesa (collettiva) in presenza di un supposto attacco armato e proceduto (diversamente dall'Ucraina) a darne comunicazione formale al Consiglio di sicurezza ai sensi dell'art. 51 della Carta².

² La comunicazione russa è riportata in *Letter dated 24 February 2022 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General*, United Nations S/2022/154, che allega – per le motivazioni – il testo del messaggio che il Presidente Putin ha rivolto alla Nazione alle 6 del mattino del 24 febbraio 2022. Peraltro, il messaggio presidenziale contiene cenni ai pericoli di genocidio delle popolazioni russofone, quasi a voler evocare an-

La motivazione della Russia riflette il suo punto di vista rispetto al conflitto e quindi si caratterizza per il suo unilateralismo. È questa una situazione frequente nell'ordinamento internazionale, il cui carattere decentrato dà adito agli Stati, suoi soggetti primari, di auto-rivendicare la legittimità della loro condotta in base ad una propria considerazione delle regole giuridiche applicabili in una data situazione concreta. Bisogna però stabilire se l'auto-apprezzamento degli Stati coincide con il diritto obiettivo. Le singole motivazioni evocano principi e regole che, proprio per effetto dell'auto-apprezzamento del singolo Stato, potrebbero non coincidere con il punto di vista «obiettivo» dell'ordinamento. I meccanismi di accertamento del diritto sono preposti a tale fine, ma non sono – come è noto – facilmente attivabili. Tuttavia, non si può neppure asserire che, in assenza di una puntuale pronuncia giudiziaria, l'ordinamento internazionale debba mancare di una sua verità obiettiva. A realizzarla soggiunge l'atteggiamento complessivo della società internazionale ove questa sia in grado di formulare un proprio giudizio di valore che costituisce il «canone» da osservare nel caso concreto. Ciò è tanto più importante sul terreno del conflitto armato internazionale nel quale le Parti belligeranti esprimono due «verità» in ovvio antagonismo tra loro e solo il diritto internazionale può determinare quale sia la «verità» (meglio) allineata ai propri parametri oggettivi. Stabilire se, ed in che misura, il diritto internazionale sia stato in grado – nella prassi dei suoi attori principali – di esprimere la propria valutazione obiettiva rispetto al conflitto in atto in Ucraina diventa così la filigrana per individuare lo «spessore» attuale di questo ordinamento giuridico. La ricostruzione sia pure necessariamente sintetica della prassi in oggetto e la sua valutazione bene si presta ad omaggiare l'amico Dado che da sempre ha espresso una spiccata sensibilità verso la prospettiva storica.

che ragioni umanitarie. Questa argomentazione è stata però oggetto di una puntuale domanda di accertamento (negativo) presentata dall'Ucraina alla Corte internazionale di giustizia il 27 febbraio 2022, chiedendole, in relazione agli obblighi posti alle parti contraenti della Convenzione sul divieto di genocidio del 1948, di accertare la sussistenza della minaccia genocidiaria evocata dalla Russia, corredando altresì la domanda di merito con la richiesta di misure cautelari che la Corte ha repentinamente concesso (su cui *infra*): *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, in <https://www.icj-cij.org/en>. Finora ben trentadue Stati (tra cui l'Italia) hanno presentato domanda di intervento nella causa ai sensi dell'art. 63 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (*ibidem*).

2. *La valenza paritaria del diritto dello Stato alla propria integrità territoriale*

La rimozione della libertà degli Stati di esercitare la forza armata per la soluzione delle controversie internazionali ha risolto una contraddizione fortissima presente nel diritto internazionale classico secondo il modello affermatosi tra il Cinquecento e l'Ottocento. Infatti, questo sistema giuridico, che aveva in definitiva acquisito ormai un'impronta statocentrica ben più vigorosa di quella attuale, assegnava un valore primario alla potestà territoriale dello Stato³. Tuttavia, proprio perché mancavano limiti giuridici all'uso della forza, quello stesso sistema giuridico lasciava gli Stati liberi di «relativizzare» tale valore fino ad ammettere la *debellatio* di uno Stato. Periodicamente ricorrevano formule varie tese a delineare i confini di un «uso» giusto della forza in rapporto ai «fini» della guerra (non alle sue forme⁴), ma questi restavano ancorati a valutazioni per lo più metagiuridiche e comunque non trovavano mai un serio e costante riscontro nella prassi degli stessi Stati. Il diritto internazionale contemporaneo supera questa contraddizione tanto che l'art. 2, par. 4, della Carta dell'ONU evoca proprio il valore della integrità territoriale (e della meno «fisica» indipendenza politica) quale limite all'uso della forza in quanto posto a preservare il paradigma paritario della base sociale internazionale.

Per quanto la prassi successiva al 1945 abbia messo in evidenza vari casi di uso della forza, vi è stato un tendenziale rispetto del principio di integrità territoriale degli Stati pur in presenza o a seguito di conflitti armati internazionali. Fanno eccezione a tale tendenza situazioni collegate per lo più agli esiti del processo di decolonizzazione nelle quali era controvertibile o impraticabile per ragioni diverse il ricorso al criterio dell'*uti possidetis iuris* (Goa, Sahara occidentale, Palestina, Kashmir), ma in genere si può asserire che non hanno avuto alcun successo i tentativi degli Stati di operare con l'uso della forza modifiche territoriali o annessioni avvenute a danno di un altro Stato. L'esito del conflitto scatenato dall'Iraq contro il Kuwait (1990) è la dimostrazione più evidente. In questa circostanza, l'asimmetria

³ D. Anzilotti, nella presentazione del suo «Corso» del 1928, sottolineava che «la delimitazione territoriale degli Stati ... è veramente la premessa su cui riposano ed è il punto di partenza da cui si svolgono le loro relazioni» (Id., *Corso di diritto internazionale*, vol. I, Roma 1928, p. VI).

⁴ Nella storia romana il concetto di *bellum iustum* – da cui discendeva la configurazione formale degli *hostes* – era in primo luogo legato al rispetto delle forme richieste per avviare il conflitto (*Digesto*, 49.15.24).

reale tra le due parti del conflitto è stata rimossa grazie alla volontà e capacità della società internazionale di ripristinare integralmente l'integrità territoriale del Kuwait.

Anche l'operazione militare speciale della Russia avviata il 24 febbraio 2022 nei confronti dell'Ucraina (ma di fatto già anticipata nel 2014) riflette la logica di pretese espansionistiche unilaterali. Il grado di condizionamento obiettivo che il diritto internazionale è in grado di esercitare sugli effetti di un conflitto sarà in questo caso tanto più significativo per il fatto che il protagonista dell'operazione violenta di «revisione» delle frontiere (se non, almeno inizialmente, della ricercata *debellatio* politica dell'Ucraina) è uno Stato, la Russia, che è al contempo potenza nucleare e membro permanente del Consiglio di sicurezza. In presenza di un protagonista così rilevante della politica internazionale diventa sicuramente pregnante la verifica della capacità del diritto internazionale di voler ugualmente imporre il proprio paradigma paritario⁵.

3. *Le motivazioni interventistiche della Russia, in particolare la tutela delle minoranze nazionali russofone e il loro diritto di autodeterminazione*

L'iniziativa militare russa è stata mossa da un duplice ordine di considerazioni. Per un verso, ricostituire il *puzzle* delle popolazioni russofone disperse in Europa orientale dopo i fenomeni di distacco del 1991. Per un altro, contenere la spinta verso Est del blocco della NATO⁶ e delle entità come l'UE che ne costituiscono il braccio ancillare. La seconda motivazione ha caratteristiche geo-politiche neo-imperiali che fuoriescono dal tipo di analisi che si vuole qui svolgere⁷. Sofferamoci pertanto sulla necessità evocata dalla Russia di dover tutelare la popolazione russofona in Ucraina per stabilire se ve ne sia la legittimità nel diritto internazionale.

Il tema delle minoranze nazionali è storicamente un fattore turbativo del principio di integrità territoriale. Non a caso, al termine del primo conflitto mondiale, si pensò bene di coniugare la formazione di nuovi Stati nel continente europeo con l'instaurazione in molti di loro

⁵ Vedi in proposito M. MANCINI, *Il conflitto tra Federazione russa e Ucraina e i limiti posti dal diritto internazionale ad un accordo di pace*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. int.*, 2023.

⁶ Esplicito il richiamo a questa minaccia nel messaggio del Presidente Putin trasmesso al Consiglio di sicurezza (vedi *supra*, nota 2).

⁷ Vedi *Limes*, fasc. n. 3/22, *La fine della pace*.

di un regime internazionale delle minoranze nazionali specificamente definito, in modo da non dare adito a pretese revisioniste delle frontiere da parte di Stati limitrofi. In altri termini, quel regime era il «costo» che in qualche misura alcuni Stati in specie di nuova formazione (Regno Unito e Italia, ad esempio, ne erano escluse) dovevano pagare sul piano della loro libertà costituzionale per stabilizzare le proprie frontiere⁸.

Il terremoto geo-politico che ha caratterizzato l'Europa centro-orientale dopo la caduta dei regimi socialisti ha dato luogo a questioni analoghe in alcuni paesi, tra cui quelli formati per distacco dall'ex-URSS. Il criterio dell'*uti possidetis iuris* aveva pilotato la formazione di nuovi Stati, includendo all'interno dei nuovi confini internazionali numerose comunità russofone. La questione delle minoranze nazionali non venne all'epoca elusa dalla diplomazia multilaterale, come mostrano le linee direttrici adottate il 16 novembre 1991 dalla allora CE per il riconoscimento di nuovi Stati sorti nell'Europa orientale⁹, la sensibilità dell'OSCE che istituì nel 1992 il suo «Altro Commissario» per la protezione delle minoranze nazionali¹⁰ e soprattutto la conclusione nell'ambito del Consiglio d'Europa della apposita Convenzione-quadro del 1995¹¹. Ma nessuno di questi fattori si è tradotto in un segnale «forte» equiparabile a quanto avvenuto ormai più di un secolo fa nella cornice della Società delle Nazioni. È possibile che la spinta nazionalista espressa sul finire del Novecento dagli Stati di nuova formazione mal si conciliasse con il riconoscimento e soprattutto la tutela di una comunità minoritaria che presentava legami storici e culturali con un potente Stato vicino. Da parte sua, la Russia aveva da tempo ben mostrato in Moldavia di voler sostenere le aspirazioni secessioniste della locale comunità russofona fino a dislocare proprie unità militari a protezione della c.d. Repubblica di Transnistria autoproclamatasi indipendente fin dal 1990.

In Ucraina la questione era piuttosto complessa poiché la comunità russofona, se non addirittura maggioritaria, è presente in vasta parte del territorio meridionale e orientale dello Stato. Già nel 2014 la Russia portò a termine l'annessione della Crimea e dette il sostegno alla formazione della Repubbliche russofone indipendenti di

⁸ F. SALERNO, *Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai Trattati di pace dopo la Seconda guerra mondiale*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 80 ss.

⁹ In *Riv. dir. int.*, 1991, p. 1050.

¹⁰ In <https://www.osce.org>.

¹¹ ETS No. 157. Ne è parte l'Ucraina dal 1998, ma non la Russia che non ha neppure proceduto alla sua firma.

Donetsk e Lugansk. La Russia ha riconosciuto queste Repubbliche il 21 febbraio 2022 ed il giorno stesso concluso un accordo di cooperazione politico-militare a difesa della loro integrità territoriale¹² e quindi dato adito al loro diritto di legittima difesa collettiva. Se il diritto a sollecitare l'assistenza esterna dipende dalla qualità di soggetto del diritto internazionale dell'entità aggredita, l'accoglimento della richiesta implica che il soggetto internazionale che interviene a suo sostegno condivida l'esistenza del presupposto di tale richiesta, vale a dire l'aggressione recata (o minacciata) da uno Stato terzo¹³.

Il giudizio di valore della società internazionale è tanto più rilevante se si considera la prassi successiva della Russia, la quale ha fatto leva sull'esito dei referendum popolari svoltisi nel settembre del 2022 – sotto il suo controllo – nelle zone occupate delle province del Donbass e dell'Ucraina meridionale, per procedere, sulla base dell'annunciata autodeterminazione della popolazione locale, all'annessione dei relativi territori (compresi quelli che la Russia non controlla – ancora – militarmente) che così oggi sarebbero parte integrante della Federazione Russa. In questo modo la Russia (ponendosi evidentemente al di fuori del regime di occupazione «ostile») ha rimosso l'iniziale artificio della legittima difesa collettiva poiché ormai è, anche dal punto di vista formale, la sola Parte belligerante contro l'Ucraina.

Tuttavia, per quanto lo sviluppo degli eventi renda ormai marginale (se non strumentale) l'accezione estensiva che la Russia ha inizialmente prospettato del diritto di autodeterminazione dei popoli, è opportuno soffermarvisi in quanto necessario per stabilire se tale diritto possa essere sospinto fino al punto da incrinare il principio di integrità territoriale dello Stato.

4. *Le tempestive, qualificate e univoche determinazioni della società internazionale sull'uso illegittimo della forza da parte della Russia a difesa del «valore» della integrità territoriale dell'Ucraina*

La Dichiarazione di principi di diritto internazionale sulle relazioni amichevoli tra Stati adottata dall'Assemblea generale dell'O-

¹² Cfr. il testo allegato alla lettera inviata il 3 marzo 2022 dal Rappresentante permanente russo al Segretario generale dell'ONU (United Nations, A/76/740-S/2022/179 del 7 marzo 2022).

¹³ Il ricorso alla legittima difesa preventiva in presenza di una imminente aggressione obiettivamente rilevabile – non considerata dalla lettera dell'art. 51 – lo si può evincere dall'art. 2, § 4, della Carta che vieta testualmente anche la semplice «minaccia» di uso della forza.

NU con la risoluzione 2625/XXV vieta qualsiasi azione che minacci, «integralmente o parzialmente», l'integrità territoriale di uno Stato che l'autorità centrale sia rappresentativa dell'insieme della popolazione. Solo una discriminazione palese ed istituzionalizzata a danno di un gruppo minoritario può determinare una condizione di occupazione straniera. Negli accordi di Minsk del 5 settembre 2014 (di cui erano parti la Russia, l'Ucraina, gli Stati Uniti e il Regno Unito) si prefigurava una forma piuttosto ampia di autogoverno per le due Repubbliche secessioniste del Donbass, ma non il loro diritto all'indipendenza¹⁴. Nulla impedisce, come l'esperienza del Kosovo insegna, che un processo indipendentistico possa prendere piede su basi di mera effettività¹⁵, ma occorre che questo sia reale e non controvertibile sul piano internazionale.

L'uso della forza da parte della Russia e le modificazioni territoriali unilaterali che ne sono seguite hanno registrato puntuali prese di posizione critiche da parte di qualificati organismi internazionali. È bene ricordare che l'invasione russa dell'Ucraina del febbraio 2022 ha riguardato non solo le zone russofone di confine nella fascia meridionale e orientale ma anche l'area centrale a nord di Kiev fino a minacciare direttamente la capitale. Il Consiglio di sicurezza non ha potuto prendere alcuna determinazione di natura «sostanziale» in ragione del veto opposto dalla Russia¹⁶ ma ha convocato – con la risoluzione 2623 (2022) del 27 febbraio 2022 – una sessione speciale di emergenza dell'Assemblea generale seguendo le modalità indicate dalla risoluzione *Uniting for Peace*. Il 2 marzo 2022 l'Assemblea generale adottava, a larga maggioranza¹⁷, la risoluzione ES-11/1 che riprendeva nella sostanza la proposta di risoluzione bloccata dal veto russo in Consiglio di sicurezza. L'Assemblea richiamava la sua risoluzione 3314 (XXIX) del 1974 sulla definizione di aggressione e chiedeva il ritiro immediato, completo e incondizionato delle truppe russe dal territorio dell'Ucraina «*within its internationally recogni-*

¹⁴ Cfr. K. GAVRYSH, *Che fine hanno fatto gli accordi di Minsk?*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022.

¹⁵ Corte int. giust., parere 22 luglio 2010, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, § 114.

¹⁶ *Russia blocks Security Council Action on Ukraine*, in *United Nations News*, 26 febbraio 2022, <https://news.un.org/en>. A questo blocco seguì una dichiarazione congiunta da parte degli Stati Uniti e altri Stati (tra cui l'Italia) anche non membri del Consiglio di sicurezza di critica per l'abuso del potere di veto da parte della Russia: *Joint Statement Following a Vote on a UN Security Council Resolution on Russia's Aggression Toward Ukraine*, in <https://usun.usmission.gov>.

¹⁷ 141 voti a favore, 5 contrari e 35 astensioni.

zed borders» (par. 4). L'Assemblea deplorava altresì (par. 5) il riconoscimento delle Repubbliche secessioniste di Donetsk e Lugansk da parte della Russia in quanto costituiva una violazione dell'integrità territoriale dell'Ucraina e quindi della Carta dell'ONU, negando così ogni legittimazione al diritto di autodeterminazione delle popolazioni russofone che avevano inizialmente dato adito all'intervento della Russia sotto forma di legittima difesa collettiva.

Alcuni giorni dopo anche la Corte internazionale di giustizia si pronunciava sull'argomento, per effetto della domanda presentata dall'Ucraina contro la Russia per violazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, con annessa la richiesta di misure cautelari¹⁸. Ebbene, nella sua ordinanza del 16 marzo 2022¹⁹ che, come è noto, ha effetti vincolanti per la parte cui è rivolta, la Corte ha ripreso e ribadito l'orientamento dell'Assemblea generale chiedendo alla Russia di sospendere immediatamente le sue operazioni militari in Ucraina. Ma ciò che è più significativo è la richiesta rivolta alla Russia di assicurare che tale cessazione abbia luogo anche da parte di «any military or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control or direction»²⁰. Il riferimento, come si evince dalla parte motiva dell'ordinanza, riguardava proprio le Repubbliche secessioniste di Donetsk e Lugansk²¹, nell'assunto che queste entità operassero già all'epoca (quando cioè non si erano ancora svolti i referendum sull'annessione) sotto il controllo e la direzione della Russia. Poiché la questione non si poneva rispetto a specifiche operazioni (alle quali si sarebbe attagliata la formula dell'art. 8 del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati) ma aveva connotati strutturali, deve ritenersi che la Corte internazionale di giustizia considerava queste due entità secessioniste alla stregua di veri e propri «Stati fantoccio» della Russia come tali sprovviste di quella soggettività internazionale indispensabile per esprimere la richiesta di legittima difesa collettiva.

Lo scenario non cambia se si pone mente alle reazioni avvenute in Europa, che è poi il contesto regionale più direttamente interessato dal conflitto. Anzi diventa ancora più diretto, puntuale e criti-

¹⁸ *Supra*, nota 2.

¹⁹ In *Riv. dir. int.*, 2022, p. 581 ss., con commento di S. FORLATI, *Il ruolo della funzione giudiziaria internazionale nel conflitto armato in Ucraina: l'ordinanza della Corte internazionale di giustizia sulle misure cautelari*, ivi, p. 535 ss.

²⁰ Punto 2 del dispositivo.

²¹ § 81 dell'ordinanza.

co il confronto con lo svolgimento degli eventi. Il 22 febbraio 2022, il Consiglio permanente dell'OSCE (di cui sono membri la Russia quanto l'Ucraina), appresa la notizia del riconoscimento delle Repubbliche secessioniste da parte della Russia, considerava tale determinazione «*a rejection of Russian commitments under the Minsk agreements*»²². A seguito dell'avvio delle ostilità, i vertici dell'organizzazione hanno espresso il 24 febbraio 2022 la loro forte condanna dell'invasione russa, che costituisce «*a gross breach of international law and Russia's commitments*», chiedendo anche in questo caso la cessazione immediata di tutte le operazioni militari²³.

Di tenore analogo la reazione della NATO. Il 25 febbraio 2022 il Consiglio dell'organizzazione si riunisce per condannare nel modo più fermo possibile l'invasione russa, che viola la Carta dell'ONU. Molto deciso anche il richiamo al rispetto dell'integrità territoriale dell'Ucraina²⁴. Nel vertice NATO di Madrid del 29 giugno 2022, i paesi membri considerano l'invasione russa «*a blatant violation of international law*» (par. 3) e si ribadisce l'obbligo di rispettare l'integrità territoriale dell'Ucraina «*within its internationally recognised borders extending to its territorial waters*» (par. 4)²⁵.

La gravità della violazione del diritto internazionale è stata altresì evocata dal Consiglio d'Europa, organizzazione di cui la Russia era membro al momento dell'invasione. Il 15 marzo 2022 l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa adottava il suo parere 300 (2022) (*Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine*), nel quale si condannava «*in the strongest terms*» la guerra di aggressione avviata dalla Russia il 24 febbraio, considerandola una «*continuation of the war of aggression waged by the Russian Federation against Ukraine since 20 February 2014*»²⁶. Il giorno seguente il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha «anticipato» il recesso della Russia dall'organizzazione decidendone la sua espulsione ai sensi dell'art. 3 dello Statuto dell'organizzazione²⁷.

Anche l'Unione Europea ha voluto esprimere la sua riprovazione e soprattutto la sua determinazione a sostegno dell'Ucraina. Lo

²² OSCE, *Press Release*, 23 febbraio 2022.

²³ OSCE, *Press Release*, 24 febbraio 2022.

²⁴ NATO, *Press release*, 26 febbraio 2022.

²⁵ NATO *Press release*, 29 giugno 2022.

²⁶ Paragrafi 1 e 2 del parere.

²⁷ Risoluzione CM/RES(2022)2 del 16 marzo 2022. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha anche adottato misure cautelari nei confronti della Russia il 1° marzo 2022 (ECHR 068 (2022)) e il 4 marzo 2022 (ECHR 073 (2022)); vedi European Court of Human Rights, *Press Release*.

stesso 24 febbraio 2022, data di inizio dell'operazione militare speciale, l'UE, per mezzo del suo Alto rappresentante, condannava l'aggressione russa dell'Ucraina, prospettando a danno dell'aggressore «enormi conseguenze e costi ingenti» attraverso misure coordinate con i partner transatlantici dell'UE «che condividono gli stessi principi»²⁸. Con la decisione PESC 2022/338, di fronte alla «invasione non provocata» (terzo considerando), l'UE ha promosso l'assistenza militare all'Ucraina da parte dei suoi Stati membri.

Traendo sinteticamente le conclusioni dalla prassi richiamata, appare in modo evidente che vi è una chiara convergenza di valutazioni circa l'assenza di legittimi presupposti sull'uso della forza da parte della Russia e soprattutto una univoca «postura» di ampie e qualificate espressioni della società internazionale ed europea a sostegno della integrità territoriale dell'Ucraina. La sensibilità a questo proposito è più diffusa di quanto appaia poiché anche Stati come la Cina e l'India – che hanno evitato di pronunciare esplicite condanne verso l'azione militare russa – hanno lasciato chiaramente intendere il loro «attaccamento» verso il principio di integrità territoriale²⁹.

5. La preminenza del canone oggettivo di diritto internazionale rispetto alla valutazione unilaterale dello Stato

È nella natura propria di ogni ordinamento giuridico ispirato alla «rule of law» assicurare e far valere parametri obiettivi di prevedibilità rispetto agli interessi protetti dei propri consociati. La violazione del «bene» dell'integrità territoriale è stata – come si è visto – ben evidenziata da parte delle entità internazionali che hanno reagito all'invasione militare russa iniziata il 24 febbraio 2022. Certamente non si deve sottovalutare il peso che nell'occasione hanno avuto fattori geo-politici, ben più rilevanti e determinanti rispetto a quanto avvenuto nel settembre del 2014 quando l'annessione della Crimea venne assorbita in una cornice assai più duttile di quella attuale, fino a concludere gli accordi

²⁸ Consiglio dell'UE, *Ucraina: dichiarazione dell'alto rappresentante a nome dell'Unione europea sull'invasione dell'Ucraina da parte delle forze armate della Federazione russa*, Comunicato stampa del 245 febbraio 2022: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/>.

²⁹ Difatti Cina e India hanno votato a favore della ris. 77/284 dell'Assemblea generale dell'ONU che, pur riguardando la cooperazione tra ONU e Consiglio d'Europa, contiene un esplicito riferimento nel preambolo alla aggressione russa nei confronti dell'Ucraina.

di Minsk³⁰. Vi fu quindi una soluzione diplomatica temporanea con la quale, pur senza voler dare per acquisita né l'annessione della Crimea né la secessione delle due Repubbliche russofone, si delineava un percorso condiviso di soluzione pacifica del conflitto³¹. Oggigiorno, pur restando l'esigenza di pervenire a negoziati diplomatici tra le Parti belligeranti, non pare possibile porli in una posizione equiordinata eludendo la responsabilità internazionale della Russia in più sedi affermata.

Al cambio di prospettiva hanno sicuramente concorso fattori geo-politici, quali – tra l'altro – una leadership statunitense più attenta a far valere determinati equilibri mondiali nonché una forte volontà dei paesi membri della NATO o a questi legati di accompagnare la determinazione dell'Ucraina di staccarsi dalla sfera di influenza russa. L'effetto del mutato atteggiamento della società internazionale è rilevante soprattutto in considerazione della reazione alla violazione del principio di integrità territoriale. Questo valore ha talora un profilo precettivo così marcato da farlo assurgere a norma imperativa, come è avvenuto per qualche tempo soprattutto nel contesto africano. Per quanto tale qualificazione sia controvertibile (dal momento che non si può impedire a due Stati limitrofi di concludere validamente accordi di modificazione delle frontiere), il suo rispetto ha valenza *erga omnes* tanto più se coniugato con un atto di aggressione che costituisce, esso sì, una violazione grave di norma imperativa.

La valenza ordinamentale del principio di integrità territoriale si arricchisce di ulteriore significato se si tiene presente, come ha non a caso ricordato l'Assemblea generale dell'ONU nella sua risoluzione del 27 febbraio 2022, che l'Ucraina ha aderito il 5 dicembre 1994 al Trattato di non proliferazione delle armi nucleari del 1968, dando seguito concreto a quanto convenuto nel Memorandum di Budapest firmato il 5 dicembre 1994 e registrato presso le Nazioni Unite il 2 ottobre 2014. Le parti

³⁰ La diversa determinazione nella reazione all'illecito può avere diverse motivazioni, quali la necessità di evitare subito un confronto militare rispetto al quale l'Ucraina non era ancora preparata (vedi nota seguente). Ma va anche considerato che i Paesi oggi maggiormente coinvolti nell'assistenza militare dell'Ucraina erano a quel tempo molto impegnati in Iraq e Siria per contrastare l'ISIS.

³¹ Resta poi da vedere se le parti contraenti degli Accordi di Minsk abbiano davvero agito in buona fede oppure abbiano adottato questa soluzione – appunto – temporanea al solo scopo di predisporre meglio rispetto ad un conflitto che appariva in ogni caso ineludibile. Quest'ultima posizione si evince dalle dichiarazioni della ex Cancelliera A. Merkel: *Merkel: Minsk agreements were meant to 'give Ukraine time'*, in <https://english.almayadeen.net> (8 dicembre 2022); *Merkel confirms that Minsk agreements were meant to give Ukraine 'more time'*, in *Tass*, 20 febbraio 2023, consultato in <https://tass.com/world/1578901>.

di tale strumento – Russia, Stati Uniti, Regno Unito e Ucraina – vi avevano convenuto che l’Ucraina rinunciasse al proprio arsenale nucleare in cambio di garanzie per la propria integrità territoriale. L’annessione della Crimea nel 2014, per quanto oggetto di critiche, non rappresentò per Stati Uniti e Regno Unito un evento che giustificasse nell’occasione il sostegno militare occidentale all’Ucraina. Diverso, come è noto, è stato l’atteggiamento di questi paesi e di altri a loro fianco dopo il 24 febbraio 2022. La ragione, oltre che nelle ricordate considerazioni geo-politiche, sta verosimilmente anche nella maggiore percezione che le Potenze nucleari occidentali hanno dei rischi di una proliferazione nucleare orizzontale da parte di paesi (come Corea del Sud e Giappone) che hanno il timore di non poter fare facilmente affidamento sul rispetto di determinate garanzie internazionali³².

Il complesso di fattori e di ragioni (geo-)politiche che spiegano il modo univoco con cui la società internazionale ha reagito all’aggressione russa dell’Ucraina del febbraio 2022 ha comunque una importanza «pre-giuridica» rispetto all’affermazione di un giudizio di valore oggettivo, di un «canone» rispetto alla situazione concreta, di per sé irreversibile nella prospettiva dell’ordinamento internazionale. Il convincimento è anche particolarmente qualificato poiché concerne la violazione grave di una norma imperativa, rispetto alla quale poco rileva l’apprezzamento unilaterale della Russia. Il canone è espressione della «società internazionale nel suo insieme» e si impone in termini oggettivi anche nei confronti dello Stato o degli Stati che ne dissentono³³. L’indicazione «ordinamentale» rimuove margini di apprezzamento unilaterali sia per le parti belligeranti che per gli Stati terzi. Anzi, come mostra lo schema della responsabilità aggravata disciplinato dal Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001, gli Stati gestori dell’interesse collettivo hanno l’obbligo di cooperare per porre fine «con mezzi leciti» alla grave violazione (art. 41, par. 1), onde ripristinare l’effettività dell’ordine giuridico internazionale violato. Nella prassi questa logica ordinamentale sembra spingersi al punto da voler avviare un meccanismo di riparazioni a favore dell’Ucraina utilizzando gli *assets* di proprietà russa già oggetto di «congelamento»³⁴.

³² Cfr. A. FORCHIELLI, F. SCACCIAVILLANI, *Kim spinge la Corea del Sud e il Giappone verso l’atomica*, in *Il Sole/24 ore*, 24 gennaio 2023.

³³ Il «canone» investe anche preesistenti accordi di assistenza militare precludendo allo Stato aggressore di pretendere l’osservanza.

³⁴ All’Ucraina i fondi sequestrati all’oligarca Malofeyev, in *Il Sole-24Ore*, 4 febbraio 2023, <https://www.ilsole24ore.com>.

Il «canone» ordinamentale è tanto meglio percepibile in relazione agli effetti che esso determina nei confronti di Stati terzi al conflitto³⁵. Alla luce dell'avvenuto apprezzamento, per il diritto internazionale l'Ucraina è l'unico Stato aggredito e quindi abilitato ad esercitare la legittima difesa. La condizione obiettiva di Stato aggredito autorizza l'Ucraina a chiedere l'intervento di altri Stati a titolo di legittima difesa collettiva o comunque a sollecitare forme di assistenza militare. Finora non si è verificato un intervento diretto di Stati terzi a sostegno dell'Ucraina, né risulta che una comunicazione del genere sia stata da essa trasmessa al Consiglio di sicurezza dell'ONU. Vi sono state invece varie forme di assistenza militare che hanno investito gli Stati sia *uti singuli* sia in quanto membri di organizzazioni internazionali (NATO e UE), incrementando notevolmente le capacità di resistenza (e quindi di legittima difesa) delle forze armate ucraine³⁶. La più significativa manifestazione di questa tendenza è stata la costituzione nell'aprile 2022 del c.d. «Ukraine Defense Contact Group» che coordina l'attività di assistenza militare all'Ucraina da parte dei paesi membri della NATO e di altri Stati non membri (tra cui l'Australia e la Corea del Sud).

³⁵ Secondo una nota ed autorevole dottrina, in conseguenza della violazione di obblighi *erga omnes*, si configurerebbe la legittimità di iniziative unilaterali a sostegno della effettività dell'ordine internazionale; in questa veste gli Stati agirebbero *uti universi*: ex multis P. PICONE, *La «guerra del Kosovo» e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 323; ID., *L'insostenibile leggerezza dell'art. 51 della Carta dell'ONU*, ivi, 2016, p. 7 ss., spec. p. 28. Le reazioni ad opera di Stati terzi sulle quali ci si soffermerà si inseriscono certamente in questa prospettiva, ma presuppongono l'affermazione preventiva del «canone» oggettivo sul caso concreto desumibile principalmente dalle valutazioni emerse ad opera di organismi, anche giurisdizionali, internazionali. In altri termini, il canone, anche quando non promani dal Consiglio di sicurezza, deve essere per sua natura multilaterale e manifestazione (univoca e convergente) di espressione organizzate della società internazionale, conferendole il necessario connotato oggettivo (*rule of law*) che stempera non poco quello unilaterale della *successiva* reazione di Stati che agiscono per reazione al (non più) presunto illecito *uti universi*.

³⁶ L'Ucraina, come è noto, non è membro della NATO, ma ne possiede una speciale condizione di *partnership* regolata dalla «Charter on a Distinctive Partnership» adottata dal vertice NATO di Madrid del 1997, con implicazioni assai significative sul versante della cooperazione militare ben delineatasi nel corso del conflitto. Formalmente non sussisterebbero ostacoli per una adesione dell'Ucraina alla NATO, subordinata alle sole condizioni indicate dall'art. 10 del Trattato NATO. Tuttavia, proprio l'esistenza di una aggressione con conseguente lesione dell'integrità territoriale da parte della Russia farebbe scattare l'art. 5 del Trattato che evoca espressamente l'istituto della legittima difesa collettiva, finora attentamente elusa dai Paesi membri dell'Alleanza.

La circostanza che questa condotta si discosti apertamente dalla linea di neutralità che lo Stato terzo dovrebbe tenere rispetto al conflitto internazionale conferma il ruolo sempre più residuale dell'istituto³⁷ nel contesto del sistema giuridico internazionale contemporaneo nel quale il divieto di aggressione segna l'esistenza di obblighi *erga omnes* inconciliabili con la condizione di Stato neutrale precludendo, come si è visto, posizioni equidistanti rispetto alle parti in conflitto³⁸. Questo atteggiamento è legittimo solo in mancanza di un «canone» oggettivo emerso in relazione al caso concreto³⁹. Ciò

³⁷ Gli Stati Uniti hanno svolto un ruolo determinante in questa evoluzione poiché tanto nella prima quanto nella Seconda guerra mondiale abbandonarono la loro iniziale posizione di neutralità come reazione ad una aggressione: M.P. TANDON, R. TANDON, *Public International Law*, Allahbad 1985, p. 686 ss. C'è anche da considerare che il regime tradizionale (e rigido) della neutralità operava nel presupposto di una guerra «dichiarata» come del resto si evince non solo dal combinato disposto tra la III e la V Convenzione de L'Aja del 1907 ma anche dalla prassi precedente al secondo conflitto mondiale: M.-F. FURET, J.-C. MARTINEZ, H. DORANDEU, *La Guerre et le droit*, Paris 1979, p. 52. Sulla neutralità, anche in relazione a questioni specifiche, cfr. L. SICO, *Neutralità*, in *Enciclopedia del diritto*, 1978, XXVIII, p. 164 ss.; L. CONDORELLI, *Neutralizzazione*, in *Nov.mo Digesto it.*, Torino 1965, XI, p. 264 s.; A. MIELE, *L'estraneità ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, Padova 1970, II, p. 519; P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, p. 248 ss.

³⁸ La questione investe anche la posizione dei privati. Se il regime di neutralità li costringe a rispettare i limiti al commercio di armi che gravano sullo Stato neutrale (art. 7 della V Convenzione de L'Aja del 1907), parimenti la reazione legittima dello Stato terzo all'aggressione può determinare una loro condotta a sostegno dell'agredito in specie per effetto dell'adozione di sanzioni. Al di fuori, tuttavia, di specifici vincoli posti dallo Stato nella cui giurisdizione rientra il privato, questo mantiene la sua piena autonomia valutativa circa la portata e l'estensione di possibili «collaborazioni» con una delle parti in conflitto. È coerente con ciò l'atteggiamento della società *Starlink* che in un primo momento ha consentito che l'Ucraina accedesse al suo sistema di copertura satellitare anche per la gestione dei droni militari (con esclusione della Crimea: L. BENACCHIO, *I satelliti Starlink di Elon Musk arma in più nelle mani di Kiev*, in *Il Sole/24 ore*, 13 gennaio 2023, p. 14) ma successivamente ha revocato questa opportunità consentendolo solo per esigenze umanitarie (J. ROULETTE, *SpaceX curbed Ukraine's use of Starlink internet for drones -company president*, in Reuters 9 febbraio 2023, letto in <https://www.reuters.com/business/aerospace-defense/>).

³⁹ Non sembra che per giustificare la perdurante validità degli obblighi di neutralità si possa attingere alla qualifica di contromisure alla condotta di vari Stati terzi di sostegno alla Ucraina anche comminando sanzioni a danno della Russia. In base al combinato disposto degli articoli 48-49 del progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001, tali iniziative spettano solo allo Stato materialmente leso. Gli Stati terzi possono assumere solo misure «lecite» ai sensi dell'art. 54 del progetto (vedi *infra*, nota 47).

significa che, in presenza di acclamate violazioni in tema di divieto di uso della forza e della integrità territoriale di Stati sovrani, il diritto internazionale contemporaneo non può chiedere agli Stati terzi (e alle organizzazioni internazionali) di essere equidistanti tra le parti poiché sono in giuoco anche loro diritti⁴⁰. Anzi, a stretto rigore, l'esistenza di una violazione «grave» del diritto internazionale impone come si è visto agli Stati terzi di cooperare, sia pure con mezzi leciti, per far cessare quella violazione.

6. *Riflessi nell'ordinamento italiano del «canone» oggettivo internazionale sui limiti dell'uso della forza*

In questo ambito si colloca l'iniziativa italiana di fornire materiale militare all'Ucraina⁴¹. Avviata con il Governo Draghi, questa linea politica è stata mantenuta dal Governo Meloni, con il sostegno del Parlamento e «coerentemente con quanto concordato in ambito NATO e Unione Europea nonché nei consessi internazionali di cui l'Italia fa parte», in modo da consentire «all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione»⁴².

⁴⁰ Ne è una conferma la posizione della Svizzera, classico caso di neutralità permanente, che ha attuato alcune sanzioni UE nei confronti della Russia, di modo che non è propriamente equidistante dalle parti in conflitto anche se ha impedito che il proprio materiale bellico esportato a paesi membri della NATO venisse da questi «riesportato» all'Ucraina in base a quanto previsto dall'art. 18 della legge federale sul materiale bellico (cfr. R. FRANCIOLLI, *La neutralità svizzera e le armi per l'Ucraina*, letto nel sito della TV svizzera italiana il 26 gennaio 2023; vedi inoltre nel sito della Radio Svizzera italiana il testo dell'intervista rilasciata dall'ambasciatore russo in Svizzera: *La Svizzera ha abbandonato la neutralità*, 21 febbraio 2023). Bisogna peraltro ricordare che l'art. 7 della V Convenzione de L'Aja del 1907 sulla condizione di neutralità nella guerra terrestre non vieta alla Potenza neutrale l'esportazione di rami e munizioni a favore di una Potenza belligerante.

⁴¹ Per un sintetico e aggiornato panorama delle varie modalità di supporto dell'Italia all'Ucraina, cfr. N. MIKHELIDZE, *Italy's Response to the Russian Invasion of Ukraine*, in *IAI Commentaries*, 6 febbraio 2023, <https://www.iai.it/it/pubblicazioni/italys-response-russian-invasion-ukraine>.

⁴² Decreto del Ministero della difesa 31 gennaio 2023, *Autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle Autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'articolo 2-bis del decreto-legge 25 febbraio 2022, n. 14, recante: «Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina» convertito, con modificazioni, dalla legge 5 aprile 2022, n. 28*, in GU, 2 febbraio 2023, n. 27. Il Ministero della difesa è stato a ciò autorizzato per effetto dell'art. 2-bis della legge 5 aprile 2022, n. 28, il cui termine del 31 dicembre 2022 è stato prorogato al 31 dicembre 2023 dal decreto-legge 2 dicembre 2022, n. 185.

I vari decreti ministeriali (finora sei) che in successione hanno autorizzato l'assistenza militare italiana all'Ucraina sono avvenuti anche nella cornice della decisione PESC 2022/338 adottata il 28 febbraio 2022 dal Consiglio dell'Unione Europea, per «contribuire a rafforzare le capacità e la resilienza delle forze armate ucraine per difendere l'integrità territoriale e la sovranità dell'Ucraina e proteggere la popolazione civile dall'aggressione militare in corso» (art. 1, par. 2)⁴³. La decisione non stabiliva obblighi specifici per i singoli Stati membri; piuttosto configurava solo la facoltà degli Stati membri di operare in tal senso fermo restando il loro obbligo a consentire il transito del materiale militare sul loro territorio (art. 5). La determinazione italiana sulla fornitura di materiale militare evoca espressamente l'esigenza di consentire all'Ucraina l'esercizio del «diritto di legittima difesa» della propria «integrità territoriale e ... sovranità»⁴⁴: essa trova quindi fondamento giuridico principalmente nel «canone» internazionale che si è formato in reazione all'iniziativa militare russa e giustifica qualunque tipo di assistenza militare funzionale ai fini della legittima difesa, comprensivo sia del materiale bellico stornato dalle Forze armate italiane a quelle ucraine, sia dell'addestramento necessario per tale uso⁴⁵.

L'art. 89 del d.lg. n. 66/2010 che reca il codice dell'ordinamento militare, al 2° comma stabilisce che «Le Forze armate hanno ... il compito di operare al fine della realizzazione della pace e della sicu-

⁴³ La procedura seguita è ben diversa da quella indicata dalla legge n. 145/2016 che disciplina la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, benché l'art. 1, comma 2, di questa legge vi comprenda «l'invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio Nazionale».

⁴⁴ Vedi il preambolo del decreto del Ministero della difesa adottato in data 31 gennaio 2023, in *G.U.*, 2 febbraio 2023, n. 27. Sarebbe pertanto controvertibile che tale determinazione venisse ricondotta all'Unione Europea, trattandosi di apprezzamenti che dipendono in primo luogo da valutazioni proprie dei singoli Stati in raccordo con la formazione di canoni internazionalmente vincolanti.

⁴⁵ «Art. 51 permits not only assistance in the form of armed force, but assistance of any kind to the alleged victim» (D. SCHINDLER, *State of War, Belligerency, Armed Conflict*, in A. CASSESE (a cura di), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Napoli 1979, p. 15). Ciascun «decreto armi» ministeriale contiene un allegato nel quale è riportata la lista di materiale militare fornito, ma questa parte non è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale perché si tratta di informazioni classificate (non necessariamente segrete). Stando a notizie di stampa, l'ultimo decreto del 31 gennaio 2023 riguarderebbe sia il sistema antimissile terra-aria «Samp-T» che il missile terra-aria «Aspide»: *Decreto armi: dallo scudo Samp-T ai missili Aspide, cosa invierà l'Italia all'Ucraina*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 gennaio 2023, <https://www.ilsole24ore.com>. Pare difficile che la consegna di questo materiale non includa anche l'addestramento del personale ucraino al suo impiego.

rezza, in conformità alle regole del diritto internazionale e alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali l'Italia fa parte». Pertanto, l'assistenza militare italiana è sorretta, oltre che dalla delibera PESC 2022/338, dal «canone» di diritto internazionale formatosi in relazione all'aggressione subita dall'Ucraina. Il perimetro è costituito dal diritto di legittima difesa dello Stato aggredito, al quale viene data una assistenza militare che finora non è propriamente sconfinata, almeno per quanto riguarda l'Italia, nella forma della legittima difesa collettiva (mancando oltretutto, vale ribadirlo, la necessaria comunicazione al riguardo prevista dall'art. 51 della Carta dell'ONU).

È dunque certo che l'Italia non segue una condizione di neutralità nel conflitto, dal momento che dà sostegno attivo ad una delle Parti in conflitto oltre ad aver adottato – in quanto membro dell'UE – pesanti sanzioni economiche nei confronti dell'altra Parte belligerante. La posizione italiana è una risposta all'avvenuta violazione del divieto di uso della forza e del principio di integrità territoriale di Stati sovrani, considerata la valutazione – univoca e diffusa – dell'aggressione russa. Anche se tale canone non è stato concretamente definito dal Consiglio di sicurezza⁴⁶, non è controvertibile la sua esistenza per la convergenza di valutazioni che si è espressa tanto a livello universale che regionale. Gli interessi collettivi che sono stati violati giustificano quegli Stati che non sono materialmente lesi di reagire ugualmente all'illecito e così ribadire l'effettività dei valori in giuoco⁴⁷.

Dal momento che il rispetto del canone internazionale implica la legittimità di simili condotte (anche) in relazione ad un conflitto armato favorendo una delle Parti belligeranti, verrebbe in evidenza la formula della c.d. «non-belligeranza» (o anche della neutralità «benevola» o «qualificata»)⁴⁸. Questo istituto, evocato per la prima volta dall'Italia nel 1939, si attaglia allo Stato terzo che intende essere

⁴⁶ Diversa fu invece la situazione delineatasi nel 1982 a seguito della decisione dell'Argentina di risolvere con la forza la controversia con il Regno Unito in relazione al regime delle isole Falkland/Malvine. Il Consiglio di sicurezza, con la risoluzione 502 (1982) esigette il ritiro immediato delle forze argentine.

⁴⁷ In altri termini, la circostanza che si sia formato il «canone» di legittimazione, rende lecite queste misure alla stregua di quanto previsto dall'art. 54 del progetto di responsabilità internazionale dello Stato adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale.

⁴⁸ Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, Torino 2023, p. 532. Tuttavia, secondo P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. IV, *Conflitti internazionali*, Milano 1965, p. 2086, non esisterebbero «situazioni giuridiche intermedie tra la belligeranza e la neutralità».

giuridicamente equidistante dalle due parti in conflitto ma guardare con favore «politico» una delle due. La nozione di non-belligeranza (emersa in una fase storica in cui ancora non si era del tutto consolidato il divieto di uso della forza) viene evocata anche in relazione al conflitto russo-ucraino⁴⁹, rispetto al quale vari Stati terzi, tra cui appunto l'Italia, sono impegnati sia a sostenere militarmente l'Ucraina sia a infliggere sanzioni economiche alla Russia (e alla sua alleata Bielorussia) dando tra l'altro applicazione ai «pacchetti» sanzionatori (undici finora) adottati dall'UE. La «linea rossa» è costituita dall'assenza di un coinvolgimento operativo diretto dello Stato terzo nelle operazioni militari (che altrimenti configurerebbe una condizione di co-belligeranza)⁵⁰, ma non sembra (sulla base delle informazioni disponibili) che di ciò si possa parlare – almeno finora – in relazione alla condotta italiana⁵¹.

Nei termini prefigurati, il quadro giuridico internazionale rileva nell'ordinamento interno poiché rappresenta il parametro internazionalistico necessario per dare fondamento giuridico all'assistenza militare italiana all'Ucraina. A prescindere dal rilievo che *ex art. 11 Cost.* va riconosciuto alla decisione PESC 2022/338, vi è soprattutto il richiamo dell'art. 10, 1° comma, Cost. alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Tale evocazione comprende, secondo la tecnica del rinvio mobile accolta anche al riguardo dalla Corte costituzionale, sia il divieto di aggressione che l'apprezzamento dello stesso nel caso concreto quale avvenuto nell'ordinamento internazionale. In altri termini, per il tramite dell'art. 10, 1° comma, fa il suo ingresso nell'ordinamento italiano il «canone» di diritto internazionale concretamente emerso in relazione al conflitto russo-ucraino anche attraverso delibere di organizzazioni di cui l'Italia è membro e sulle cui determinazioni la stessa Italia si è espressa favorevolmente. Tali indicazioni, assunte nel loro insieme in quanto espressione regolatoria di una norma di diritto internazionale generale, esprimono una posizione oggettiva propria dell'ordinamento internazionale e dunque si contrappongono, con la loro valenza ordinamentale, alle valutazioni unilaterali espresse dalla Russia.

La circostanza che l'Italia contribuisca allo sforzo bellico ucrai-

⁴⁹ M. ARCARI, *The Conflict in Ukraine and the hurdles of collective action*, in *Questions of International Law, Zoom-Out* 96, 2022, § 3.

⁵⁰ Cfr. *Ibid.*

⁵¹ ³⁶ Più problematico è il rispetto della «linea rossa» per quei sistemi d'arma forniti da Paesi NATO che richiedono il puntamento satellitare oppure per la fornitura di immagini satellitari che possano essere utilizzate in attività di targeting.

no nelle ostilità in atto con la Russia non è una violazione dell'art. 11 Cost., là dove è riportato il «ripudio della guerra». Tale ripudio va contestualizzato anzitutto nello stesso art. 11 ove se ne precisa la portata riferendosi alla guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. E poi va ricordato che la stessa Costituzione prevede la «difesa della Patria» (art. 52, 1° comma), tanto da prefigurare obblighi di servizio militare per i cittadini sia pure «nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge» (2° comma). Il diritto internazionale integra queste disposizioni nella misura in cui persegue l'obiettivo della sicurezza internazionale che è un valore ripreso anche dall'art. 11 Cost. Del resto, le missioni militari italiane (comprese quelle di *peace-enforcement*) sono quasi sempre avvenute su indicazione del Consiglio di sicurezza, peraltro non sempre puntuale (come l'intervento in Libia del 2011). Se in relazione al conflitto russo-ucraino è mancata l'indicazione del Consiglio di sicurezza bloccato dal veto della Russia, non per questo può dirsi sia stata preclusa la formazione di un «canone» internazionale alla cui osservanza l'Italia è comunque tenuta.

MASSIMO IOVANE*, PIERFRANCESCO ROSSI**

Gli obblighi internazionali di neutralità dagli *Alabama Claims* alla guerra in Ucraina

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina della neutralità e la sua (non) applicazione nel conflitto tra Russia e Ucraina. – 3. Il dibattito sulla rilevanza degli obblighi di neutralità nei casi di violazione dello *jus ad bellum*. – 4. L'applicabilità di cause di esclusione dell'illecito internazionale alle violazioni della neutralità derivanti dal sostegno militare all'Ucraina. – 5. La prassi degli Stati relativa alla guerra in Ucraina: verso l'obsolescenza della neutralità?

1. *Introduzione*

Lo studio del diritto internazionale dei conflitti armati occupa un posto di assoluto rilievo nell'attività scientifica di Edoardo Greppi. Nella gradita occasione di questo *Liber amicorum*, vorremmo sviluppare le nostre riflessioni prendendo le mosse non dalle sue numerose pubblicazioni dedicate ai temi dell'uso della forza e dello *jus in bello* ma da uno scritto di carattere, per così dire, divulgativo. Il 23 marzo 2012, su La Stampa, Greppi pubblica un interessante articolo dedicato a ricordare la figura del torinese conte Federigo Sclopis, che, designato dal re Vittorio Emanuele II, nel 1872 svolse le funzioni di presidente del tribunale arbitrale nel notissimo caso degli *Alabama Claims* e che in quella veste, nelle parole di Greppi, «scrisse una pagina straordinaria nella storia del diritto internazionale»¹. L'arbitrato in questione scongiurò una probabile guerra tra Stati Uniti e Gran Bretagna e fornì un modello per tutte le successive esperienze

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo.

¹ E. GREPPI, *Sclopis, un arbitro sabauda tra Londra e gli Usa*, La Stampa, 23 marzo 2012, <https://www.lastampa.it/cultura/2012/03/23/news/sclopis-un-arbitro-sabauda-br-tra-londra-e-gli-usa-1.36495460/>.

di regolamento pacifico delle controversie internazionali. Lo scritto di Greppi ha il merito di ricordare anche un altro aspetto, senz'altro meno noto, dell'arbitrato degli *Alabama Claims*, ovvero la personalità modesta e «piemontesissima» del conte Sclopis. Rifuggendo da ogni vanteria, egli si schermiva affermando di non aver ricoperto «veruna parte preminente» nel successo dell'arbitrato da lui presieduto: «[h]o lavorato di buona voglia, sì, e coscientemente, insieme con colleghi più di me valenti in un'opera di pacificazione. Dio ha voluto che si compisse felicemente; ed ecco tutto»².

La principale questione giuridica negli *Alabama Claims* riguardava gli obblighi internazionali in materia di neutralità, ovvero quelle norme di diritto internazionale classico che, nel corso di un conflitto armato internazionale, regolano i rapporti tra Stati belligeranti e Stati non coinvolti nel conflitto³. Durante la Guerra di Secessione americana, alcuni porti dell'Impero britannico erano stati utilizzati per costruire, armare ed equipaggiare navi confederate, utilizzate per razziare e affondare navi dell'Unione. Nel corso del successivo arbitrato (che prese nome dalla più importante di quelle navi confederate, la *Alabama*), gli Stati Uniti sostennero che tale condotta avesse costituito una violazione degli obblighi internazionali della Gran Bretagna derivanti dal suo *status* di potenza neutrale. Il tribunale accolse le argomentazioni statunitensi, condannando la Gran Bretagna a versare, a titolo di riparazione, oltre 15 milioni di dollari dell'epoca – una cifra assai alta se adeguata ai valori attuali.

Se l'importanza storica degli *Alabama Claims* per lo sviluppo del diritto internazionale resta indiscussa, più incerta è oggi la rilevanza delle norme internazionali che furono al centro del lodo reso dal tribunale presieduto da Sclopis, ovvero gli obblighi di neutralità. L'attuale diritto internazionale dei conflitti armati si distingue radicalmente da quello ottocentesco, prima di tutto a causa del sopravvenire di norme che limitano l'uso della forza tra Stati. Sorge allora la domanda se gli obblighi in materia di neutralità continuino ad applicarsi nei casi in cui uno Stato abbia violato il divieto di uso della forza, impedendo di mantenere comportamenti non neutrali in favore di uno Stato vittima di un attacco armato. Si tratta di un quesito di grande rilevanza e attualità nel contesto della guerra in Ucraina: molti Stati, infatti, stanno offrendo supporto alle forze armate ucraine in

² Parole di F. Sclopis riportate *ibid.*

³ Sull'evoluzione storica di questo regime normativo v. S. NEFF, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*, Manchester 2022. Per una più puntuale descrizione del contenuto di questi obblighi si veda *infra*, sez. 2.

apparente contrasto con la disciplina tradizionale della neutralità, la quale, pur sopravvivendo nelle discussioni dottrinali, sembra essere quasi interamente scomparsa dalla prassi e dalle dichiarazioni degli Stati coinvolti⁴.

In questo breve scritto, vorremmo argomentare che, nel diritto internazionale contemporaneo, la violazione degli obblighi in materia di neutralità per fornire supporto e assistenza a uno Stato che sia stato vittima di aggressione armata, come l'Ucraina, è perfettamente ammissibile. Non solo una simile violazione rientra nel campo di applicazione di molteplici cause di esclusione dell'illecito internazionale, ma l'attuale prassi degli Stati può addirittura portare a dubitare che, laddove uno Stato abbia violato lo *jus ad bellum*, le norme in materia di neutralità continuino a risultare vincolanti a titolo di diritto internazionale generale.

2. *La disciplina della neutralità e la sua (non) applicazione nel conflitto tra Russia e Ucraina*

Per iniziare, è opportuno approfondire quale sia il contenuto delle norme internazionali in materia di neutralità e quale rilevanza, almeno potenzialmente, esse abbiano nel contesto della guerra in Ucraina.

Tradizionalmente si ritiene che dallo *status* di neutralità – che deriva automaticamente dalla non belligeranza e non necessita di alcuna dichiarazione formale⁵ – discendano obblighi di astensione, ovvero di non partecipare al conflitto armato, e di imparzialità, ovvero di trattare in modo uguale le parti del conflitto⁶. A ciò corrispondono vari obblighi in capo agli Stati belligeranti, *in primis* quello di non violare il territorio, le navi e i soggetti degli Stati neutrali⁷. Queste norme rispondono a una duplice *ratio*. Da un lato, esse evidentemente tutelano gli interessi degli Stati non belligeranti, limitando gli effetti pregiudizievoli da essi subiti a causa del conflitto e consen-

⁴ Sul punto si veda infra la sez. 5 e i riferimenti dottrinali ivi citati.

⁵ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, p. 381.

⁶ A.S. HERSHEY, *Neutrality and International Law*, in *International Journal of Ethics*, 1916, p. 168 ss.; P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, p. 248 ss.; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, IV ed., Cambridge 2017, p. 27, parla di obblighi di «*non-participation*» e «*non-discrimination*».

⁷ *HPCR Manual*, cit., p. 394 ss.

tendogli, per esempio, di continuare a commerciare con tutti i belligeranti. Ma dall'altro lato esse rispondono anche agli interessi delle parti belligeranti, nella misura in cui mirano a impedire che Stati terzi offrano sostegno alla parte nemica⁸.

Alla neutralità sono dedicate la V e la XIII Convenzione dell'Aia del 1907, relative ai diritti e doveri delle Potenze e delle persone neutrali nel corso rispettivamente della guerra terrestre e marittima. Per quanto riguarda la guerra in Ucraina, sia la Russia che l'Ucraina sono parti di entrambe le Convenzioni⁹, così come lo sono anche la Bielorussia e numerosi Stati che offrono supporto all'Ucraina, tra cui Francia, Germania e Stati Uniti¹⁰. L'Italia e il Regno Unito, per contro, non ne sono parti, avendole solo firmate. Ad ogni modo, vari autori ritengono che tali Convenzioni codifichino in larga parte il diritto internazionale consuetudinario¹¹. Questa posizione ha trovato conferma nel parere consultivo nel caso *Nuclear Weapons*, in cui la Corte internazionale di giustizia ha affermato che «*international law leaves no doubt that the principle of neutrality, whatever its content, (...) is applicable (subject to the relevant provisions of the United Nations Charter), to all international armed conflict*»¹². Va notato però che si tratta di una posizione tutt'altro che pacifica e che vi è chi dubita che la disciplina della neutralità continui ad avere rilevanza nel diritto internazionale contemporaneo¹³. Sul punto si tornerà più avanti.

Ammettendo per il momento, per semplicità, che gli obblighi

⁸ *Ibid.*, p. 381 ss.; Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 27.

⁹ Mentre la Russia è sempre stata parte delle Convenzioni, l'accessione dell'Ucraina risale al 2015. Si noti in proposito che entrambe le Convenzioni contengono una clausola *si omnes*. Cfr. l'art. 20 della V Convenzione e l'art. 28 della XIII Convenzione: «*The provisions of the present Convention do not apply except between Contracting Powers, and then only if all the belligerents are Parties to the Convention*».

¹⁰ Tra gli Stati che stanno inviando aiuti militari all'Ucraina, sono parti della V Convenzione Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia e Stati Uniti d'America: ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-con-v-1907/state-parties. La situazione è la medesima per la XIII Convenzione, tranne che Polonia e Spagna non ne sono parti: ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-xiii-1907/state-parties.

¹¹ V. per es. J. UPCHEK, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford 2020, p. 71 ss., insieme con la dottrina ivi citata.

¹² CIG, 8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (parere consultivo), § 89.

¹³ M. GAVOUNELI, *Neutrality - A Survivor?*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 267 ss.

di neutralità siano rilevanti nel contesto della guerra in Ucraina in quanto parte del diritto internazionale generale, numerose azioni poste in essere da Stati non belligeranti si pongono in più o meno evidente contrasto con tali obblighi. Ciò vale, in primo luogo, per la fornitura di armi alle forze armate ucraine. Occorre ricordare in proposito che più di 50 Stati hanno offerto supporto e assistenza alle forze armate ucraine per un totale stimato – a maggio 2023 – di circa 50 miliardi di euro¹⁴. Il divieto di fornitura di materiale bellico alle parti belligeranti è considerato un tradizionale corollario della neutralità. Sebbene la V Convenzione curiosamente non lo preveda espressamente, esso è stabilito, con riferimento alla guerra marittima, dall'art. 6 della XIII Convenzione¹⁵, e molti autori concordano nel ritenere che esso sia parte della neutralità come prevista dal diritto internazionale consuetudinario¹⁶. Altre possibili violazioni degli obblighi di neutralità sono costituite dall'addestramento di militari ucraini in Paesi della NATO¹⁷; dal presunto invio, da parte di alcuni di questi ultimi, di consulenti militari in Ucraina¹⁸; e dalla fornitura

¹⁴ La stima è aggiornata a inizio maggio 2023. Si veda US Department of State, *Fact Sheet: U.S. Security Cooperation with Ukraine*, 9 maggio 2023, www.state.gov/u-s-security-cooperation-with-ukraine. La cifra non include aiuti di tipo non militare, per es. di natura finanziaria o umanitaria. Per una dettagliata analisi di tutti gli aiuti ricevuti dall'Ucraina si veda C. TREBESCH et al., *The Ukraine Support Tracker: Which Countries Help Ukraine and How?*, Kiel Institute for the World Economy, febbraio 2023, www.ifw-kiel.de/fileadmin/Dateiverwaltung/IfW-Publications/-ifw/Kiel_Working_Paper/2022/KWP_2218_Which_countries_help_Ukraine_and_how_/KWP_2218_Trebesh_et_al_Ukraine_Support_Tracker.pdf.

¹⁵ «*The supply, in any manner, directly or indirectly, by a neutral Power to a belligerent Power, of war-ships, ammunition, or war material of any kind whatever, is forbidden*».

¹⁶ V. per es. C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation in Armed Conflict: Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge 2022, p. 91 ss.; J.K. DAVIS, *Bilateral Defense-Related Treaties and the Dilemma Posed by the Law of Neutrality*, in *Harvard National Security Journal*, 2020, p. 455 ss.; Y. SANDOZ, *Rights, Powers, and Obligations of Neutral Powers under the Conventions*, in A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSÒLI (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2015, p. 85 ss. Cfr. anche, per una dettagliata analisi, J. UPCHER, *Neutrality*, cit., p. 77 ss., il quale però nota come la prassi non sia del tutto univoca.

¹⁷ Cfr. art. 4 della V Convenzione: «*Corps of combatants cannot be formed nor recruiting agencies opened on the territory of a neutral Power to assist the belligerents*». Secondo l'art. 6, non costituisce invece una violazione il fatto che uno Stato neutrale tolleri che privati cittadini si rechino volontariamente nel territorio di una delle parti belligeranti per arruolarsi.

¹⁸ Sul divieto di fornire consulenti militari v. Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 29. È incerto se consulenti militari stranieri, certamente presenti in Ucraina prima dell'inizio dell'invasione russa, siano ancora nel Paese: K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The*

di *intelligence* in merito a obiettivi militari russi da colpire¹⁹. Né, va detto, la neutralità risulta violata solo dagli alleati dell'Ucraina. Sono state infatti evidenti violazioni della neutralità anche l'utilizzo, da parte della Russia, del territorio bielorusso per lanciare attacchi contro il nord dell'Ucraina²⁰, così come il fatto che la Bielorussia abbia tollerato il passaggio di truppe russe nel proprio territorio²¹.

3. *Il dibattito sulla rilevanza degli obblighi di neutralità nei casi di violazione dello jus ad bellum*

Tuttavia, anche ammettendo che il supporto militare offerto all'Ucraina si ponga in violazione delle regole in materia di neutralità, ciò non significa necessariamente che esso sia incompatibile con il diritto internazionale. La questione è infatti resa notevolmente più intricata dalla possibile interazione tra la neutralità e le norme in materia di *jus ad bellum*. Si tratta di un problema sconosciuto al diritto internazionale classico: le norme sulla neutralità si sono sviluppate in un'epoca storica in cui il ricorso alla guerra non era vietato²². Ma una volta che il divieto di uso della forza è assunto a principio fondamentale del diritto internazionale, sorge inevitabilmente la domanda se la neutralità debba continuare ad applicarsi senza modifiche oppure debba adeguarsi in qualche modo al nuovo regime normativo. In particolare, ci si può chiedere se le parti non belligeranti siano tenute a mantenersi imparziali anche rispetto a un conflitto in cui uno Stato abbia violato il divieto di uso della forza e un altro Stato, per converso, la stia usando legalmente, o perché autorizzato dal Consiglio di Sicurezza o perché in legittima difesa.

È utile sottolineare che l'emersione del divieto di uso della forza ha prodotto certamente effetti in merito alle possibili *conseguenze* di

Legality of Weapons Transfers to Ukraine Under International Law, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2022, p. 251 ss.

¹⁹ *Ibid.*, p. 257.

²⁰ Cfr. l'art. 2 della V Convenzione: «*Belligerents are forbidden to move troops or convoys of either munitions of war or supplies across the territory of a neutral Power*».

²¹ Art. 5 della V Convenzione: «*A neutral Power must not allow any of the acts referred to in Articles 2 to 4 to occur on its territory*».

²² L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise. Vol. II: War and Neutrality*, Londra 1906, p. 60: «*war is not inconsistent with, but a condition regulated by, International Law. The latter at present cannot and does not object to States which are in conflict waging war upon each other instead of peaceably settling their difference. But if they choose to go to war they have to comply with the rules laid down by International Law regarding the conduct of war and the relations between belligerents and neutral States*».

violazioni della neutralità, nel senso che non sarebbe in alcun caso possibile reagire con la forza armata a violazioni della neutralità che non integrino esse stesse l'uso della forza²³. Ma la questione continua a porsi con riguardo a possibili reazioni pacifiche a violazioni della neutralità. Laddove la neutralità continuasse ad applicarsi invariata anche in caso di inosservanza dello *jus ad bellum*, tutti gli Stati belligeranti che subissero violazioni della neutralità – si noti: *anche lo Stato aggressore* – sarebbero titolati ad adottare contromisure pacifiche e a chiedere una riparazione per l'illecito subito²⁴, non diversamente da quanto avvenuto nel caso degli *Alabama Claims*.

La questione se uno Stato non belligerante possa adottare comportamenti non neutrali nei confronti di Stati che abbiano fatto ricorso illegalmente alla forza armata, senza però rinunciare ai *benefici* derivanti dal regime della neutralità, si è posta per la prima volta ben prima dell'attuale conflitto in Ucraina. L'attuale prassi dei Paesi occidentali può infatti ricordare il comportamento degli Stati Uniti che, prima del loro ingresso nella Seconda guerra mondiale, fornirono aiuti militari al Regno Unito e, in misura minore, a Unione Sovietica, Francia e Cina²⁵. Gli Stati Uniti articolavano la posizione secondo cui la violazione degli obblighi di imparzialità nei confronti della Germania si giustificasse alla luce della violazione tedesca del Patto Briand-Kellogg²⁶, ma che allo stesso tempo ciò non rendesse gli Stati Uniti una parte belligerante e non impedisse loro di continuare a godere dei diritti spettanti agli Stati neutrali²⁷.

²³ Il punto è assolutamente incontrovertito. Si vedano per tutti M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino 2009, p. 243; M. BOTHE, *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford 2015, § 28.

²⁴ Questa posizione è sostenuta da K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality*, cit., p. 261; M. BOTHE, *Neutrality*, cit., § 5: «Violations of the law of neutrality occur even where support is given to the victim of aggression, and even when it does not amount to participation in the conflict. It may, thus, be answered by countermeasures».

²⁵ Si veda il *Lend-Lease Act* dell'11 marzo 1941, www.archives.gov/milestone-documents/lend-lease-act. La legislazione statunitense del 2022 che ha autorizzato la consegna di forniture militari all'Ucraina richiama espressamente l'atto del 1941, essendo denominata *Ukraine Democracy Defense Lend-Lease Act*: si veda www.govinfo.gov/app/details/BILLS-117s3522es/summary.

²⁶ *Address of Robert H. Jackson, Attorney General of the United States, Inter-American Bar Association, Havana, Cuba, March 27, 1941*, in *American Journal of International Law*, 1941, p. 348 ss.

²⁷ Una posizione sostenuta già da Q. WRIGHT, *Neutrality and Neutral Rights Following the Pact of Paris for the Renunciation of War*, in *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 1930, p. 79

Nel contesto attuale, la discussione sul tema va ovviamente rapportata alle norme sullo *jus ad bellum* contenute nella Carta delle Nazioni Unite. A questo proposito, è pacifico che la neutralità non trovi applicazione laddove ci sia un intervento del Consiglio di Sicurezza²⁸. La Carta attribuisce al Consiglio il potere di indicare misure sia non implicanti l'uso della forza (*ex art. 41*), come sanzioni economiche, sia implicanti l'uso della forza (*ex art. 42*). L'art. 25 prevede un obbligo per tutti i membri di dare effetto alle decisioni del Consiglio. L'art. 2, par. 5, inoltre, stabilisce che i membri «*shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action*». È evidente come queste disposizioni non lascino alcuno spazio alla disciplina sulla neutralità²⁹, come del resto è abbondantemente confermato dalla prassi³⁰. Il punto però resta controverso nei casi in cui non ci sia stata alcuna determinazione del Consiglio di Sicurezza³¹ – il che, a causa del veto russo, è ovviamente quanto è avvenuto nel contesto della guerra in Ucraina.

Alcuni autori ritengono che in tali casi il regime tradizionale della neutralità debba continuare ad applicarsi senza modifiche sostanziali. Essi sostengono cioè che la disciplina della neutralità non sia in alcun modo intaccata dalle norme in materia di legittima difesa e che resti quindi vietata qualsiasi discriminazione contro lo Stato aggressore: una violazione degli obblighi di neutralità in supporto allo Stato aggredito non si giustificerebbe mai, neppure sulla base del diritto di legittima difesa collettiva³². Il principale argomento invoca-

ss.: «*under the Pact, (...) partiality is permissible. The Pact breaker would have no claim against any other signatory of the Pact for failure to observe the impartiality traditionally required by the law of neutrality*». Similmente anche H. LAUTERPACHT, *Memorandum on the Principles of International Law Governing the Question of Aid to the Allies by the United States, 15 January 1941*, in E. LAUTERPACHT (ed.), *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. V, Cambridge, 2004, p. 645 ss.; e, più recentemente, J. UPCHER, *Neutrality*, cit., p. 20.

²⁸ HPCR Manual, cit., p. 382; P. HOSTETTLER, O. DANAI, *Neutrality in Land Warfare*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford 2015, § 2.

²⁹ P. SEGER, *The Law*, cit., p. 251.

³⁰ M.N. SCHMITT, «*Strict*» versus «*Qualified*» Neutrality, in *Articles of War*, 22 marzo 2022, lieber.westpoint.edu/strict-versus-qualified-neutrality/.

³¹ W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Benevolent Third States in International Armed Conflicts: the Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*, in M.N. SCHMITT, J. PEJIC (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden 2007, p. 543 ss.

³² M. BOTHE, *Neutrality*, cit., § 29; P. HOSTETTLER, O. DANAI, *Neutrality*, cit., § 4.

to a sostegno di questa posizione è la necessità di operare una rigida distinzione tra lo *jus ad bellum*, in cui rientra il diritto di legittima difesa, e lo *jus in bello*, in cui rientrano le norme sulla neutralità³³. Confondere i due piani violerebbe, nelle parole di Bothe,

«a general principle of the law of war, namely the principle of equality of the parties regardless of the justification of the conflict. Like international humanitarian law, the law of neutrality can effectively fulfil its function of restraining conflicts only if the question of which party is the aggressor and which the victim remains irrelevant for the evaluation of certain acts in the light of the law of neutrality»³⁴.

Inoltre, sempre Bothe ha sostenuto che un'altra ragione per cui la disciplina della legittima difesa non avrebbe alcun impatto sulle norme sulla neutralità è che, secondo la Carta delle Nazioni Unite, gli Stati hanno un diritto ma non un dovere di agire in legittima difesa collettiva. Per questo motivo, «*it is by no means unlawful if a state abstains from supporting a victim of aggression, that is remains impartial and neutral. The situation is different only if and to the extent that the Security Council uses its powers under Chapter VII*»³⁵.

4. *L'applicabilità di cause di esclusione dell'illecito internazionale alle violazioni della neutralità derivanti dal sostegno militare all'Ucraina*

Nessuno degli argomenti, appena descritti, in supporto dell'applicazione della tradizionale disciplina della neutralità risulta convincente. In primo luogo, quanto all'argomento basato sulla distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello*, non è qui in discussione la stretta separazione tra *jus ad bellum* e diritto umanitario, in base alla quale quest'ultimo vincola senza differenze tutte le parti di un conflitto armato indipendentemente dal fatto che esse avessero o meno titolo legale per ricorrere alla forza armata³⁶. Le norme sulla neutralità, però,

³³ Così C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation*, cit., p. 147.

³⁴ M. BOTHE, *Neutrality*, cit., § 29.

³⁵ *Ibid.*, § 10.

³⁶ Su questo basilare principio si vedano J.K. KLEFFNER, *Scope of Application of International Humanitarian Law*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4^a ed., Oxford 2021, p. 50 ss.; M. SASSÒLI, *Ius ad Bellum and Ius in Bello - The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?*, in *Internatio-*

costituiscono una parte *sui generis* dello *jus in bello* perché non si fondano su considerazioni umanitarie. Come visto in precedenza, la loro *ratio* è quella di tutelare interessi (militari ed economici) tanto degli Stati non belligeranti che di quelli belligeranti. Su questa base, è quantomeno discutibile che il principio di distinzione tra *jus ad bellum* e *jus in bello* si estenda anche alle norme sulla neutralità³⁷. È ragionevole sostenere che «*an aggressor State [should not] take advantage of (...) parts of the laws of war, such as the law of neutrality, the rationale of which is not based upon humanitarian considerations*»³⁸. Ciò non è altro che un'applicazione del principio *ex iniuria jus non oritur*³⁹.

Anche la seconda argomentazione, basata sul carattere non obbligatorio della legittima difesa collettiva, appare piuttosto debole, e ciò per almeno due ragioni. Per prima cosa, com'è stato notato, fornire supporto militare a uno Stato aggredito è «pienamente conforme ai principi e agli obiettivi della Carta, in una situazione di paralisi della sicurezza collettiva»⁴⁰. Inoltre, la questione coinvolge non solo la disciplina della neutralità e le disposizioni della Carta delle Nazioni Unite ma anche il diritto internazionale *nel suo complesso*. Il fatto, cioè, che la Carta non *obblighi* gli Stati a non rispettare le norme sulla neutralità, in situazioni che ricadono nell'art. 51 e in assenza di interventi del Consiglio di Sicurezza, non esclude di certo l'eventualità che altre norme di diritto internazionale possano *permettere* agli Stati di farlo. Ed è in particolare la disciplina dell'illecito internazionale, codificata negli Articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati⁴¹, a fornire vari possibili argomenti per ritenere lecita la violazione delle norme sulla neutralità in favore di uno Stato aggredito. Sulla base dell'uno o dell'altro argomento – o, in alcuni casi,

nal Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein, cit., p. 241 ss.

³⁷ J. MOUSSA, *Can Jus ad Bellum Override Jus in Bello? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 963 ss., nota 26.

³⁸ C. GREENWOOD, *The Concept of War in Modern International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 283 ss.

³⁹ S. TALMON, *The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: The Case of Ukraine*, *Bonn Research Papers on Public International Law*, 6 aprile 2022, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4077084, p. 8.

⁴⁰ M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022, rivista.eurojus.it/laggressione-russa-allucraina-leuropa-e-la-comunita-internazionale/.

⁴¹ CDI, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, 1, p. 31 ss.

di tutti cumulativamente⁴² – la grande maggioranza della dottrina si è condivisibilmente pronunciata in questo senso con riferimento all'attuale conflitto in Ucraina⁴³.

Una prima causa di giustificazione potenzialmente rilevante è quella prevista dall'art. 21 degli Articoli, secondo il quale «*The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations*». Questa disposizione chiaramente riveste importanza centrale qualora si ritenga che fornire supporto militare (e, in particolare, armi) all'Ucraina possa essere qualificabile come un uso della forza, per quanto «indiretto», nei confronti della Russia⁴⁴. La sua rilevanza può apparire più incerta qualora si aderisca all'opinione (sostenuta dalla maggioranza della dottrina) secondo cui la fornitura di armi a uno Stato non raggiunge la soglia dell'uso della forza⁴⁵. Autori che sono di quest'ultimo avviso hanno in effetti affermato che l'art. 21 sarebbe del tutto irrilevante in questo contesto, sul presupposto che esso sia destinato a giustificare esclusivamente condotte che ammontino a uso della forza⁴⁶. Tuttavia, l'art. 21 può mantenere rilevanza se si aderisce alla (piuttosto ragionevole) opi-

⁴² Per es. A. CLAPHAM, *On War*, in *Articles of War*, 5 marzo 2022, lieber.westpoint.edu/on-war/.

⁴³ Si vedano per es. M. PEDRAZZI, *L'aggressione*, cit.; W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Neutrality in the War against Ukraine*, in *Articles of War*, 1° marzo 2022, lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/ (che ha espressamente modificato il proprio orientamento in precedenza contrario a qualsiasi idea di neutralità «qualificata»: cfr. W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Benevolent Third States*, cit.); K. AMBOS, *Will a State Supplying Weapons to Ukraine Become a Party to the Conflict and thus Be Exposed to Countermeasures?*, in *EJIL: Talk!*, 2 marzo 2022, www.ejiltalk.org/will-a-state-supplying-weapons-to-ukraine-become-a-party-to-the-conflict-and-thus-be-exposed-to-countermeasures/.

⁴⁴ V. per es. M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance as a "Use of Force" Under the Jus Ad Bellum*, in *International Law Studies*, 2023, p. 186 ss.; M.N. SCHMITT, "Strict", cit.

⁴⁵ C. KRESS, *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Occasional Paper Series No. 13, 2022, www.toaep.org/ops-pdf/13-kress/, p. 16; E. CASTELLARIN, *La fourniture d'armes à l'Ukraine: quel cadre en droit international?*, in *Le club des juristes*, 5 marzo 2022, blog.leclubdesjuristes.com/la-fourniture-darmes-a-lukraine-quel-cadre-en-droit-international-par-emanuel-castellarin-professeur-a-luniversite-de-strasbourg/.

⁴⁶ P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 527 ss.: «*the mere supplying of arms to Ukraine does not constitute the use of force in collective self-defence (...). Accordingly, collective self-defence cannot be used as a justification for neutral arms transfers to Ukraine*». In termini analoghi anche S. TALMON, *The Provision*, cit., p. 5 ss.

nione secondo cui, se tale disposizione giustifica l'uso della forza in via diretta, allora *a fortiori* essa giustifica anche atti al di sotto di tale soglia⁴⁷. Ciò non significa che l'invio di armi costituisca un uso della forza; vuol dire, semplicemente, che la legittima difesa come causa di giustificazione dell'illecito è atta a giustificare anche condotte che non costituiscano legittima difesa, sulla base di un classico argomento *a maiore ad minus*⁴⁸.

Altri hanno affermato che la violazione degli obblighi di neutralità sia giustificabile a titolo di contromisura collettiva in risposta a una violazione di una norma cogente del diritto internazionale⁴⁹. L'ammissibilità di contromisure collettive è notoriamente controversa. La Commissione del diritto internazionale, negli Articoli del 2001, non ha preso posizione sul punto e ha formulato una disposizione (l'art. 54⁵⁰) destinata a lasciare «*the resolution of the matter to further development of international law*»⁵¹. Vari autori hanno sostenuto, con una varietà di argomenti, che l'adozione di contromisure da parte di tutti gli Stati in risposta a una violazione di obblighi *erga omnes* sia da ammettere⁵². Ma anche laddove si dubiti della possibilità per qualsiasi Stato non direttamente leso di adottare *unilateralmente*

⁴⁷ In questo senso K. AMBOS, *Will a State*, cit. *Contra*, G. BARTOLINI, *The Provision of Belligerent Materials in the Russia-Ukraine Conflict: Beyond the Law of Neutrality?*, in *Questions of International Law, Zoom-out* 99, 2023, p. 3 ss.

⁴⁸ Questo argomento è esaurientemente sviluppato in R. BUCHAN, *Non-Forcible Measures and the Law of Self-Defence*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 1 ss.

⁴⁹ P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers*, cit., p. 14; R. PEDROZO, *Ukraine Symposium - Is the Law of Neutrality Dead?*, in *Articles of War*, 31 maggio 2022, lieber.westpoint.edu/is-law-of-neutrality-dead/. *Contra*, S. TALMON, *The Provision*, cit., p. 6 ss. In senso critico v. anche G. BARTOLINI, *The Provision*, cit., p. 12.

⁵⁰ «*This chapter 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 (...)*».

⁵¹ *Commentaries*, cit., p. 139.

⁵² Si vedano tra gli altri P. PICONE, *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, 2017; M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, p. 200, § 396; M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, 2017; G. GAJA, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, 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*, Berlino, 1989, p. 151 ss. In questo senso anche la risoluzione dell'Institut de droit international *Obligations Erga Omnes in International Law*, 2005, art. 5.

una contromisura in reazione a violazioni di obblighi *erga omnes*, deve comunque ritenersi che tali contromisure siano legittime quando sono espressione di reazioni *collettive* rappresentative dell'intera comunità internazionale⁵³. La prassi (nella quale rientra anche l'imposizione di sanzioni⁵⁴) delle reazioni all'aggressione all'Ucraina, che è stata oggetto di condanna da parte di una larghissima maggioranza dei membri della comunità internazionale⁵⁵, è pienamente riconducibile a questa impostazione e la conferma.

5. *La prassi degli Stati relativa alla guerra in Ucraina: verso l'obsolescenza della neutralità?*

Infine, in aggiunta alle argomentazioni basate sul diritto della responsabilità internazionale – che presuppongono comunque che il regime della neutralità *sia* in astratto applicabile alla situazione ucraina – è stato anche affermato, in termini ancor più radicali, che la neutralità non si applicherebbe affatto in situazioni dove uno Stato abbia compiuto un atto di aggressione in palese violazione della Carta delle Nazioni Unite⁵⁶.

In effetti, la stessa prassi degli Stati relativa alla guerra in Ucraina fa sorgere seri dubbi in merito alla sopravvivenza della norma sulla neutralità in simili circostanze. Riferimenti alla neutralità come norma di diritto internazionale risultano assenti, almeno per il momento, nelle dichiarazioni degli Stati che stanno offrendo supporto all'Ucraina⁵⁷. Il fatto che tali Stati abbiano anche evitato di giustifica-

⁵³ M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000. Più recentemente v. anche M. IOVANE, P. ROSSI, *International Fundamental Values and Obligations Erga Omnes*, in M. IOVANE et al. (eds.), *The Protection of General Interests in Contemporary International Law: A Theoretical and Empirical Inquiry*, Oxford, 2021, p. 46 ss.

⁵⁴ Su cui v. *ex multis* D. PAUCIULO, *Considerazioni sulle misure coercitive adottate nei confronti della Federazione russa e della Bielorussia alla luce del diritto del commercio internazionale*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2022, www.sidiblog.org/2022/03/19/considerazioni-sulle-misure-coercitive-adottate-nei-confronti-della-federazione-russa-e-della-bielorussia-alla-luce-del-diritto-del-commercio-internazionale/; S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SIDIBlog*, 22 marzo 2022, www.sidiblog.org/2022/03/22/la-portata-e-i-limiti-delle-misure-restrittive-dellunione-europea-nel-conflitto-tra-russia-e-ucraina/.

⁵⁵ AG, UN Doc. A/ES-11/L dell'11 marzo 2022.

⁵⁶ S. TALMON, *The Provision*, cit., p. 18 ss.

⁵⁷ V. diffusamente G. BARTOLINI, *The Provision*, cit.

re la fornitura di aiuti militari nel linguaggio delle cause di esclusione dell'illecito (né, come visto nella sezione precedente, menzionando la legittima difesa collettiva, né riferendosi all'adozione di contromisure⁵⁸) potrebbe essere indice del fatto che essi non ritengano che ci sia alcun illecito da giustificare – o, in altri termini, che la fornitura di armi sia lecita *ab initio*. L'attenzione con cui Stati quali la Corea del Nord e l'Iran hanno (implausibilmente) negato di aver fornito armi alla Russia⁵⁹ non necessita, per essere spiegata giuridicamente, degli obblighi di neutralità, in quanto fornire assistenza a uno Stato che violi norme cogenti risulta comunque vietato da altre norme internazionali⁶⁰. Riferimenti alla neutralità sono assenti anche dalle dichiarazioni ufficiali della Russia⁶¹, che pure avrebbe tutto l'interesse ad invocarla, e della Cina⁶², che, pur avendone invocato l'interruzione⁶³, non ha mai espressamente qualificato l'invio di armi all'Ucraina come una violazione del diritto internazionale (a differenza, si noti, delle sanzioni economiche⁶⁴).

Sebbene sia forse ancora troppo presto per esprimere una valutazione definitiva sul punto, i comportamenti attuali degli Stati sembrano non integrare le soglie di *diuturnitas* e *opinio juris* necessarie alla sopravvivenza della neutralità come norma di diritto consuetudinario. Ciò non fa che confermare i sospetti, da tempo avanzati in dottrina, che la futura prassi degli Stati possa portare la norma sulla neutralità «*to vanish entirely through obsolescence*»⁶⁵.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁹ V. per es. *North Korea denies supplying weapons to Russia*, BBC News, 22 settembre 2022, www.bbc.com/news/world-asia-62873987.

⁶⁰ Per es. l'art. 16 degli Articoli del 2001, che estende la responsabilità internazionale anche a uno Stato «*which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter*»; e l'art. 41, § 2, secondo il quale «*No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation*».

⁶¹ G. BARTOLINI, *The Provision*, cit., p. 16 ss.

⁶² *China's Position on the Political Settlement of the Ukraine Crisis*, 24 febbraio 2023, www.fmprc.gov.cn/eng/zxxx_662805/202302/t20230224_11030713.html. Il documento menziona i principi di neutralità e imparzialità solo con riferimento alla conduzione di operazioni umanitarie.

⁶³ *China's Ukraine envoy urges countries to "stop sending weapons to the battlefield," negotiate peace*, NBC News, 2 giugno 2023, www.nbcnews.com/news/world/chinas-ukraine-envoy-urges-stop-sending-weapons-battlefield-rcna87385.

⁶⁴ V. per es. *China says it will monitor EU talks on Russia sanctions, defend Chinese firms*, Reuters, 1 giugno 2023.

⁶⁵ P. PALCHETTI, *Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force*, in M. WELLER (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, p. 1224 ss.

MARCO PERTILE*

La soluzione dei conflitti e la cessione del territorio nel diritto internazionale: alcune considerazioni sul caso della Crimea

SOMMARIO: 1. Sul ruolo degli individui nel diritto internazionale: l'audacia del comandante Todaro. – 2. La cessione della Crimea nella prassi statale e nel dibattito pubblico. – 3. Brevi considerazioni sulla liceità di un'eventuale cessione della Crimea. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Sul ruolo degli individui nel diritto internazionale: l'audacia del comandante Todaro*

Credo che Dado Greppi si sia sempre interrogato su come il diritto possa incidere concretamente sulle relazioni internazionali e che sempre abbia coltivato la speranza che il discorso giuridico possa razionalizzare le asprezze della realtà, soprattutto nei contesti violenti e primordiali come i conflitti armati. C'è, nel suo lavoro e nel suo insegnamento, una spinta ideale da cui traspare la convinzione che non solo il diritto, ma anche i singoli protagonisti delle relazioni internazionali, possano contribuire almeno un poco a migliorare la condizione umana.

Come non ricordare l'aneddoto sul comandante Todaro e sull'affondamento del *Kabalo*, molto caro a Dado che ne parla volentieri nelle sue lezioni e nelle relazioni sul diritto internazionale umanitario? In quel caso celeberrimo il comandante del sommergibile italiano, che operava nell'Atlantico dalla base Betasom all'inizio della Seconda Guerra Mondiale, non esitava a mettere a repentaglio la propria missione e a mettere in pericolo la propria vita per portare in salvo i naufraghi del mercantile affondato. In una navigazione epica, da Madera alle Azzorre, l'equipaggio del sommergibile Cappellini non solo trainava l'imbarcazione dei naufraghi, ma li accoglieva a bordo dopo la rottura della fune di traino. Con un misto di ammirazione e di orgo-

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Trento.

glio, Dado chiude di solito il racconto citando la frase attribuita a Todaro, in risposta alle critiche di un collega che sottolineava che le forze tedesche non avrebbero fatto altrettanto: «I Tedeschi non hanno dietro di loro i nostri duemila anni di civiltà. Buona sera, signori!»¹. È importante peraltro ricordare che, prima dei precisi ordini dell'ammiraglio Doenitz, successivi al caso del Laconia, gli stessi sommergibili tedeschi si erano impegnati in varie occasioni nel salvataggio dei naufraghi anche esponendosi agli attacchi nemici con la navigazione in superficie².

Forse dovremmo tenere a mente che sono proprio queste scelte dei singoli, a dispetto dell'astrazione entificatrice a cui talvolta conduce il diritto internazionale, a poter cambiare il corso della storia e il significato dei rapporti tra i popoli. Serve coraggio per superare il senso comune e per trovare soluzioni di mediazione e di pace quando tutto sembra invece condurre al semplicismo delle scelte radicali senza ritorno.

Per questi motivi vorrei offrire a Dado alcune brevi considerazioni su una questione che rappresenta allo stesso tempo un dilemma etico e, con ogni probabilità, una prospettiva negoziale concreta per la soluzione del conflitto russo-ucraino che ci interroga profondamente in questi giorni. Si tratta della possibilità di giungere ad una soluzione negoziale che contempra la cessione di una porzione del territorio del Paese aggredito, l'Ucraina, nell'ambito di negoziati per la conclusione di un futuro trattato di pace che, allo stato attuale, non si intravede nemmeno. Si può ammettere che, per porre fine ad un conflitto sanguinosissimo, il Paese aggredito possa concedere all'aggressore proprio quello che quest'ultimo andava cercando, ossia un vantaggio territoriale? E che questioni giuridiche solleverebbe una soluzione di questo tipo? In questo scritto intendo affrontare queste domande o quantomeno tratteggiare i contorni di una risposta preliminare.

Per semplicità il territorio ucraino di cui si discuterà l'eventuale cessione è in questa sede limitato alla Crimea, visto che l'ipotesi della cessione della penisola è stata avanzata in modo più evidente nella prassi e nel dibattito pubblico. Non discuterò quindi delle questioni attinenti al futuro status delle regioni del Donbass annesse dalla Federazione Russa dopo l'inizio della cosiddetta «operazione speciale» del febbraio 2022.

È necessario inoltre formulare un'altra breve considerazione preliminare. L'oggetto di questo scritto non è la «secessione» della Crimea, ma proprio l'eventuale «cessione» del territorio nell'ambito di un futu-

¹ A. BOSCOLO, *Comandante Salvatore Todaro*, Roma 1970, p. 87.

² E. PETRUCCI, *Comandante Todaro e i 2000 anni di civiltà (per tacer del Laconia)*, in *Storia in Rete*, 2 febbraio 2023, disponibile su: <https://storiainrete.com/todaro-duemila-anni-civilta/>.

ro trattato di pace³. Partirò quindi dal presupposto che la pretesa annessione della Crimea alla Federazione Russa, avvenuta nel 2014 a seguito di un referendum condotto in regime di occupazione bellica, sia un atto invalido perché realizzato con il sostegno attivo delle truppe di occupazione russe. Nella prospettiva qui accolta l'annessione del 2014 è la conseguenza di un atto di aggressione contro l'Ucraina condotto attraverso la presenza diretta di truppe russe sul territorio della penisola. Sulla scorta di quanto sostenuto dalla risoluzione dell'Assemblea generale nella Risoluzione 68/292 si tratta quindi di un'annessione invalida perché condotta in violazione di una norma cogente che sancisce il divieto di aggressione e di conquista. Secondo lo schema dettato dagli Articoli della CDI sulla responsabilità degli Stati, rispetto a tale annessione, gli Stati terzi sono tenuti ad ottemperare ad un obbligo di non riconoscimento che impedisce di sanare l'illiceità del controllo territoriale.

Detto questo, la mia breve indagine ruoterà attorno a due questioni principali. In primo luogo, mi chiederò se la cessione della Crimea sia una prospettiva realistica discutendo di come tale ipotesi sia emersa nella prassi degli Stati e nel dibattito pubblico. In secondo luogo, discuterò brevemente i problemi di liceità posti dall'eventuale cessione del territorio ad opera del governo ucraino.

2. La cessione della Crimea nella prassi statale e nel dibattito pubblico

L'ipotesi di cedere la Crimea nell'ambito di un negoziato di pace non è mai emersa in modo esplicito nella prassi statale. Solo nel maggio del 2022 la questione è stata evocata in modo indiretto in seguito a un'intervista del Presidente Zelensky a *Chatham House* in cui lo stesso parlava di «condizioni minime» per il dialogo con Mosca collegandole al «ripristino della situazione del 23 febbraio 2022». Il Presidente si riferiva quindi soltanto alla necessità di recuperare la situazione territoriale precedente alla cosiddetta «operazione speciale»

³ Sulla possibilità di qualificare gli eventi del 2014 come una secessione della Crimea dall'Ucraina esiste un ampio dibattito dottrinale, antecedente all'invasione dell'Ucraina del febbraio 2022. Si veda, *ex multis*: A. CATALA, *Secession and Annexation: The Case of Crimea*, in *German Law Journal*, 2019, p. 581 ss.; M. NIKOUEI, M. ZAMANI, *The Secession of Crimea: Where Does International Law Stand?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2016, p. 37 ss.; Y. SHANY, *Does International Law Grant the People of Crimea and Donetsk a Right to Secede? Revisiting Self-Determination in Light of the 2014 Events in Ukraine*, in *The Brown Journal of World Affairs*, 2014, p. 233 ss.; A. KAPUSTIN, *Crimea's Self-Determination in the Light of Contemporary International Law*, in *ZaöRV*, 2015, p. 101 ss.

senza alcun cenno alla Crimea illegalmente occupata e annessa fin dal 2014⁴. L'omissione non passò inosservata e diede verosimilmente vita ad una reazione del Segretario Generale della NATO che il giorno seguente dichiarava in un'intervista al quotidiano tedesco *Die Welt*:

«L'Ucraina deve vincere questa guerra perché sta difendendo il suo territorio. I membri della Nato non accetteranno mai l'annessione illegale della Crimea. Ci siamo sempre opposti anche al controllo russo di parti della regione del Donbass, nell'Ucraina orientale. Gli alleati sostengono la sovranità e l'integrità territoriale dell'Ucraina all'interno dei suoi confini riconosciuti a livello internazionale. Sosterremo l'Ucraina finché il Presidente Putin continuerà questa guerra»⁵.

L'intervista di Stoltenberg venne interpretata, soprattutto nel dibattito giornalistico italiano, come una sorta di avvertimento verso il governo ucraino, che veniva nella sostanza invitato a rivendicare per intero la riconquista del proprio territorio⁶. Da questo punto di vista è passato forse inosservato il fatto che l'intervista stessa si chiudesse con un'importante specificazione secondo cui, *statement of the obvious*, «in ultima analisi il governo e il popolo ucraino devono decidere sovraneamente quale sia la soluzione di pace. Non possiamo farlo noi»⁷. La stessa enfasi sul diritto di scelta del popolo ucraino fu ribadita da Stoltenberg in una dichiarazione del 23 agosto 2022 resa nell'ambito dei dibattiti della *Crimea Platform*:

«NATO stands in full solidarity with Ukraine. Allies fully support Ukraine's sovereignty and territorial integrity. Your right to self-defence. And to *choose your own path* (enfasi aggiunta)»⁸.

⁴ Ecco il passaggio rilevante delle dichiarazioni del Presidente Zelensky: «The minimum condition for starting dialogue and stopping the war between Russia and Ukraine should be to recover the situation of 23 February. The Russians must return to the border lines and recall their troops. Only then will we return to normal peace talk. Although the Russians have destroyed everything, our bridges have not metaphorically all been destroyed». Cfr. *War on Ukraine: Volodymyr Zelenskyy*, Chatham House, 6 maggio 2022, disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=nZqYUJHsVDg>.

⁵ *Deutschland hat eine Führungsrolle*, in *Die Welt*, 7 maggio 2022, (traduzione a cura dell'autore).

⁶ Si veda, ad esempio: *La Nato corregge Zelensky: La Crimea è incredibile*, La Stampa, 8 maggio 2022.

⁷ *Deutschland hat eine Führungsrolle*, in *Die Welt*, 7 maggio 2022 (traduzione a cura dell'autore).

⁸ *Secretary General stresses NATO long-term support for Ukraine at Crimea Platform*, NATO Press Release, 23 agosto 2022, disponibile su: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_198272.htm.

Si tratta, nel diritto internazionale della sovrana uguaglianza, di affermazioni fin troppo ovvie, così ovvie, a dire il vero, da apparire come una clamorosa *excusatio non petita*. Alla luce del *caveat* finale appena descritto, non si può però affermare che il Segretario Generale della NATO intendesse escludere la liceità di un'eventuale cessione consensuale della Crimea anche se il tema non viene affrontato in modo diretto nella dichiarazione. In modo simile, anche il Presidente francese Macron, in un discorso al Parlamento europeo, pur ribadendo l'impegno dei Paesi europei a sostenere l'Ucraina nel tentativo di ripristinare la propria integrità territoriale, specificava che la scelta di definire le condizioni del negoziato con la Russia spettava soltanto all'Ucraina. Egli aggiungeva anche che nella costruzione di un nuovo equilibrio di sicurezza gli Stati europei non avrebbero dovuto «céder à la tentation ni de l'humiliation, ni de l'esprit de revanche, car ils ont déjà trop, par le passé, ravagé les chemins de la paix»⁹. L'omissione di un riferimento alla Crimea nell'intervista del Presidente Zelensky non è quindi un mero fraintendimento ed era stata peraltro colta anche dal Ministro degli Esteri italiano che l'aveva definita come una «apertura importantissima» verso una prospettiva negoziale¹⁰.

Dopo questo scambio indiretto tra Zelensky e Stoltenberg, a partire dalla seconda metà del 2022, la posizione del governo ucraino sembrò irrigidirsi probabilmente anche in corrispondenza con una svolta nel conflitto che vide appunto la parte ucraina cominciare ad ottenere successi importanti sul terreno. Nel mese di agosto 2022 il governo ucraino lanciò ufficialmente il secondo summit della *Crimea Platform*, un'iniziativa diplomatica che coinvolse 46 Stati partecipanti e che mirava apertamente all'integrale ripristino dei confini internazionalmente riconosciuti dell'Ucraina¹¹. In questa seconda fase

⁹ *Déclaration de M. Emmanuel Macron, président de la République, sur la construction européenne et le conflit en Ukraine*, 9 maggio 2022, disponibile su: <https://www.vie-publique.fr/discours/285102-emmanuel-macron-09052022-union-europeenne>.

¹⁰ «Zelensky ha fatto un'apertura importantissima: [...] ha detto che è disposto a considerare la Crimea fuori dall'accordo di pace. Queste sono aperture importanti, Putin deve dimostrare di voler venire al tavolo, di non volere la guerra», affermava il Ministro degli Esteri Di Maio. Si veda *Da Zelensky apertura importantissima, tocca a Putin*, in ANSA, 7 maggio 2022, disponibile su: https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2022/05/07/di-maio-da-zelensky-apertura-importantissima-tocca-a-putin-_deb1b72e-bc70-457d-b98d-7b6c04260019.html.

¹¹ *Joint Declaration of the International Crimea Platform Participants*, 26 febbraio 2022, disponibile su: https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/joint-statement-participants-international-crimea-platform-26-february-2022_en?s=232.

le dichiarazioni delle autorità ucraine affermavano quindi la necessità di una completa riconquista del territorio, compresa la «de-occupazione» della Crimea, e di un ritiro completo della Federazione russa per l'inizio dei negoziati¹². Formalmente, la cessione di una porzione del territorio non compariva quindi in alcun modo nell'agenda del governo ucraino.

L'analisi della posizione dei Paesi terzi e, in particolar modo degli alleati dell'Ucraina, fornisce risultati compatibili con queste affermazioni. Emerge un forte consenso sul fatto che un mutamento dei confini tramite l'uso della forza armata sia inaccettabile ed emerge in modo altrettanto chiaro l'affermazione del dovere di non riconoscimento rispetto ad un'annessione illecita del territorio¹³. Non mancano le dichiarazioni che affermano esplicitamente che il reintegro della Crimea nell'Ucraina dovrà essere garantito in futuro¹⁴. Non deve

¹² Si veda il discorso del Presidente Zelensky tenuto in occasione del secondo summit della Crimea Platform, il 23 agosto 2022: «Everything started with Crimea and will end with it – liberation of the peninsula from occupation is necessary – speech by President of Ukraine Volodymyr Zelenskyy at the opening of the Second Crimea Platform Summit», disponibile su: <https://www.president.gov.ua/en/news/z-krimu-vse-pochalosya-nim-i-zavershitysya-potribno-zvilniti-77237>. Si vedano, nello stesso senso, anche le dichiarazioni del Ministro degli Esteri Kuleba e del Primo Ministro Shmyhal rese nella stessa sede.

¹³ Si vedano i seguenti dibattiti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: 9262nd Meeting, 17.02.23, UN Doc. S/PV.9262, con dichiarazioni della Germania e del Gabon; 9269th Meeting, 24.02.23, UN Doc. S/PV.9269, con dichiarazioni di Lettonia, Slovacchia e Repubblica Ceca; 9241st meeting, 12.01.23, UN Doc. S/PV.9241, con dichiarazione del Lussemburgo; 9216th meeting, 09.12.22, con dichiarazione dell'Irlanda; 9115th Meeting, 24.08.22, con dichiarazione della Francia e degli Stati Uniti; 9052nd Meeting, 02.06.22, UN Doc. S/PV.9052, con dichiarazione della Georgia. Nello stesso senso anche la dichiarazione del Cancelliere Scholz durante il summit della Crimea Platform: Scholz verspricht Hilfe, *solange die Ukraine sie braucht*, Spiegel Ausland, 23 agosto 2022, disponibile su: <https://www.spiegel.de/ausland/krim-konferenz-olaf-scholz-verspricht-hilfe-solange-die-ukraine-sie-braucht-a-3cfb70d6-33c8-4cc9-a563-cdcf25df84e3>; la dichiarazione del Primo Ministro britannico Johnson: Office of the Prime Minister, *PM address to Crimea Platform summit*, 23 August 2022, disponibile su: <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-address-to-crimea-platform-summit-23-august-2022>; e la dichiarazione del Presidente del Consiglio italiano, Draghi, sempre durante il summit del 23 agosto 2022, disponibile su: <https://www.rainews.it/articoli/2022/08/draghi-litalia-continuer-a-sostenere-lucraina-3b262613-4b27-47a2-854c-606fadcab949.html>.

¹⁴ Si veda, ad esempio, la dichiarazione del Presidente polacco Duda, secondo cui «After the crimes, after the Russian war against Ukraine, the ruins and destruction of Ukrainians, we cannot return to the line that existed before February 23 of this year. It is necessary to liberate the entire territory of Ukraine, together with Crimea, within internationally recognized borders»: President of Ukraine

essere però sottovalutato il fatto che queste affermazioni si collocano nel contesto della *Crimea Platform* o comunque in epoca successiva, quando era ormai chiaro che l'ipotesi di rinunciare alla Crimea per favorire il negoziato era stata per il momento esclusa dal governo ucraino. Si può quindi affermare che, pur ribadendo una politica di non riconoscimento dell'annessione della Crimea, gli Stati terzi non escludono la possibilità di una cessione negoziata della Crimea da parte dell'Ucraina.

Oltre alla posizione degli Stati sulla cessione della Crimea, oggettivamente piuttosto timida, è necessario sottolineare che questa ipotesi è stata mantenuta in vita soprattutto nel dibattito accademico e politico. Sono infatti numerosi e autorevoli i commentatori che hanno sostenuto che proprio un'intesa preliminare per la cessione della Crimea costituisca uno dei presupposti necessari per l'avvio di un negoziato in grado di porre fine al conflitto russo-ucraino. L'ipotesi della cessione della Crimea, o almeno del congelamento del suo status in attesa di una soluzione da definire in futuro, è stata avanzata in termini più o meno espliciti da personaggi del calibro di Henry Kissinger, John Quigley, Marc Weller e Stephen Walt.

L'ex Segretario di Stato americano Kissinger, ad esempio, intervenendo alla conferenza del *World Economic Forum* di Davos, il 23 maggio 2022 sostenne che i negoziati dovevano iniziare al più presto a meno di creare sconvolgimenti e tensioni difficili da superare. Egli affermava inoltre che la «linea di demarcazione» avrebbe dovuto essere il ritorno allo «status quo ante» inteso come il ripristino della situazione esistente prima del febbraio 2022. Proseguire la guerra oltre quel punto, secondo Kissinger, «would not be about the freedom of Ukraine, but a new war against Russia itself»¹⁵. Allo stesso modo Quigley, in uno scritto su *Opinio Juris*, sottolineava che:

Official Website, Comunicato Stampa del 23 agosto 2022, disponibile su: <https://www.president.gov.ua/en/news/z-iniciativi-prezidenta-ukrayini-vidbuvsya-drugij-samit-krim-77249>. Considerazioni simili furono proposte anche dal Presidente del Consiglio dell'Unione Europea, Michel: Conseil européen, Discours prononcé par le président Michel lors du deuxième sommet de la plateforme de Crimée, 23 agosto 2022, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/08/23/address-by-president-michel-to-the-2nd-crimea-platform-summit-23-august-2022/>. In senso simile si esprimeva anche il Ministro degli Esteri svizzero, Cassis: *Switzerland calls for return of Crimea to Ukraine*, in *Swissinfo.ch*, 23 agosto 2022, disponibile su: <https://www.swissinfo.ch/eng/switzerland-calls-for-return-of-crimea-to-ukraine/47847658>.

¹⁵ *Kissinger says Ukraine should cede territory to Russia to end war*, in *The Washington Post*, 24 maggio 2022.

«Painful as it might be for Ukraine, its acceptance of the merger could be the step that could end Russia's assault. Ukraine has already lost Crimea and is unlikely to regain it under any scenario. Acquiescence would be a recognition of the inevitable»¹⁶.

In genere il punto di partenza delle analisi politologiche muove dall'impossibilità pratica di recuperare il controllo del territorio della Crimea da parte dell'Ucraina e dalla (asserita) vicinanza culturale della popolazione della penisola alla Russia. Ci si propone quindi, nella sostanza, di evitare uno stallo pericoloso¹⁷ e di individuare una qualche forma di scambio tra i contendenti¹⁸. Le analisi più sofisticate si limitano a proporre una soluzione procedurale che permetta a entrambe le parti di salvare la faccia di fronte all'opinione pubblica. Si propone ad esempio di congelare lo *status* del territorio conteso per un determinato numero di anni per celebrare poi un *referendum* tra la popolazione locale sotto supervisione internazionale¹⁹. Si sot-

¹⁶ J. QUIGLEY, *Crime: Key to Ending War In Ukraine*, in *Opinio Juris*, 5 aprile 2022.

¹⁷ COSÌ, S. WALT, *The Realist Case for a Ukraine Peace Deal*, in *Foreign Policy*, 29 marzo 2022: «Now that Russia has been denied the swift victory it expected going in, the war is likely to turn into a grinding and costly stalemate that won't end until the protagonists realize that they cannot achieve all their original goals and will have to accept a less-than-ideal outcome. Russia won't get a compliant Ukrainian satellite or a Moscow-centered "Eurasian empire" that includes it. Ukraine won't get Crimea back or full membership in NATO». Cfr. anche G. ADAMS, *We don't write the rules anymore, and when we try, we make things worse*, in *Responsible Statecraft*, 14 May 2022.

¹⁸ Cfr. G. BIBEE E A. LIEVEN, *What can the US really do to protect civilians in Ukraine?*, in *Responsible Statecraft*, 7 aprile 2022, che immaginano poche variazioni rispetto alla linea negoziale ucraina fondata su: «- A Ukrainian treaty of neutrality, with guarantees from the members of the United Nations Security Council plus Turkey, Israel, Canada, Germany, and Poland that they would defend Ukraine from future attack; - Ukraine remains free to join the European Union; - Russian troops withdraw completely from all the territories that they have occupied since invading Ukraine; - Ukraine and Russia hold bilateral negotiations on the status of Crimea and Sevastopol within the next fifteen years, promising to take no military action to resolve the issue; - The status of certain districts of Lugansk and Donetsk provinces (i.e., the ones forming part of the separatist Donbas republics before the war) to be discussed separately with Russia».

¹⁹ COSÌ A. LIEVEN, *It's time to ask: what would a Ukraine-Russia peace deal look like?*, in *The Guardian*, 4 marzo 2022: «There remains the demand for recognition of the Russian annexation of Crimea. Here, respect for international law (slightly ambiguous in the case of Crimea, which was only transferred from Russia to Ukraine by Soviet decree in 1954) must be tempered by considerations of reality, the prevention of future conflict, and the interests of ordinary people in the region – which is essentially what we have been asking Russia to do in the case of Kosovo. Ukraine

tolinea inoltre che una soluzione pragmatica per l'Ucraina potrebbe consistere nell'accettazione dello *status quo* territoriale senza ammetterne esplicitamente la liceità e senza rinunciare apertamente alla propria pretesa²⁰.

Si tratta evidentemente di considerazioni ispirate al più schietto realismo che non affrontano dal punto di vista giuridico il tema del perché e del come una conquista illecita del territorio possa essere condonata.

3. Brevi considerazioni sulla liceità di un'eventuale cessione della Crimea

Per il diritto internazionale, la cessione è uno strumento giuridico con il quale il territorio viene trasferito da uno Stato a un altro con il consenso di entrambi gli Stati²¹. È uno dei metodi con cui gli Stati possono lecitamente acquisire un titolo giuridico esclusivo su una porzione di territorio, poiché si basa sul consenso reciproco e, in ultima analisi, sulla sovranità dello Stato che per definizione consente atti dispositivi. La cessione trasferisce quindi allo Stato cessionario un titolo derivativo di sovranità sul territorio ceduto.

È chiaro che la cessione è diversa dalla secessione e dall'annessione. Mentre nel caso della cessione il territorio interessato viene

has already lost Crimea, and cannot recover it, as Serbia cannot recover Kosovo, without a bloody and unending war that in this case Ukraine would almost certainly lose. Our principle in all such disputes must be that the fate of the territories concerned must be decided by local democratic referenda under international supervision. This should also apply to the Donbas separatist republics».

²⁰ Così, M. WELLER, *How to End the War*, in *Opinio Juris*, 11 marzo 2022: «In view of this background, is unlikely that a settlement could include an express recognition of Crimea by Ukraine as part of the Russian Federation. On the other hand, even before the war there would have been no prospect for such a return. But that is a quite different to a formal recognition of the outcome of a forcible annexation. A sadly realistic negotiating outcome would offer a finely balanced formula that excludes a future challenge to the present situation without formally recognizing it. The sides could pledge not to challenge the territorial status quo, without endorsing its legitimacy». In un post successivo, Weller elabora una bozza di accordo che alla voce Crimea propone quanto segue: «- No formal recognition of the annexation by the Russian Federation; - Instead a formulation noting that the present territorial status quo relating to the Crimea will not be overturned, or will not be forcibly overturned; - Prospect of an OSCE-like international (political) confirmation of this principle; - International cooperation in securing the rights of non-Russian speakers in the territory, special protection and promotion of the rights of Crimean Tatars». Si veda, ID., *An Off-Ramp for the War in Ukraine*, in *Opinio Juris*, 14 marzo 2022.

²¹ R. JENNING, A. WATTS (eds), *Oppenheim's International Law: Vol. 1 Peace*, Oxford 2008, p. 685, § 244.

integrato nel territorio di uno Stato già esistente, nella secessione il territorio stesso diventa uno Stato indipendente. Nel caso dell'annessione, che è incompatibile con il diritto internazionale attuale, il territorio viene trasferito coercitivamente da uno Stato ad un altro a prescindere dal consenso dello Stato che lo perde.

Storicamente i casi di cessione di territorio sono piuttosto frequenti nel diciannovesimo secolo, mentre si diradano sempre più in epoca recente²². Nell'epoca d'oro della cessione, in cambio di un pagamento in denaro, gli Stati Uniti acquisirono la Louisiana dalla Francia, nel 1803, e l'Alaska dalla Russia, nel 1867. Le Filippine furono cedute dalla Spagna nel 1898, anche se in quest'ultimo caso l'accordo di cessione era contenuto nel Trattato di pace di Parigi che ratificava la conquista dello Stato arcipelagico da parte delle truppe statunitensi.

La cessione può avvenire anche nell'ambito di uno scambio di territori come nel caso dello scambio Helgoland-Zanzibar tra Regno Unito e Germania del 1898. Durante il Novecento, molte cessioni facevano parte di riorganizzazioni territoriali contenute in trattati di pace, come quelli conclusi nel 1919 (Trattati di pace di St Germain e di Versailles) o nel 1947 con Italia, Finlandia, Romania e Ungheria. Soltanto nel 1962 i Paesi Bassi cedettero all'Indonesia il territorio dell'Irian occidentale, che detenevano come possedimento coloniale.

Non c'è alcun dubbio, quindi, che la cessione sia un metodo lecito di acquisizione di un titolo sul territorio. La cessione, semmai, è oggetto di un paradosso. Nonostante sia uno dei pochi metodi di acquisizione pacificamente validi, il suo ruolo è virtualmente inesistente nella prassi attuale²³. Si tratta quasi esclusivamente oggi di casi minori di ridefinizione dei confini o di scambio di porzioni minime del territorio tra Stati confinanti²⁴. Come dimostrato dalle forti reazioni emerse quando il Presidente Trump prospettò un interesse degli Stati Uniti all'acquisto della Groenlandia dalla Danimarca²⁵ o quando l'Egitto decise di cedere le isole di Tiran e Sanafir all'Arabia Saudita²⁶, la cessione del territorio è suscettibile di generare reazioni

²² Gli esempi seguenti sono tratti da O. DÖRR, *Cession*, in A. PETERS, R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2019, § 3.

²³ Per una panoramica sui metodi di acquisizione del titolo al territorio, si veda P. MALANCZUK (a cura di), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londra-New York 1997, p. 149 ss.

²⁴ M. PERTILE, *La relazione tra conflitti armati e risorse naturali nel diritto internazionale*, Padova 2012, pp. 59-60.

²⁵ *Trump calls Danish PM's rebuff of Greenland idea 'nasty' as trip cancellation stuns Danes*, in *Reuters*, 21 agosto 2019.

²⁶ *Egypt's president under fire over Red Sea islands transfer to Saudi Arabia*, in

emotive che coinvolgono e mobilitano l'opinione pubblica dei Paesi. In un mondo dove il territorio è un bene molto scarso e dove non esistono più luoghi remoti da «scoprire» non stupisce quindi che gli Stati siano restii a spogliarsi della titolarità esclusiva di una relazione di sovranità.

Anche a voler prescindere da questi aspetti di natura politica, vi sono tuttavia due principali questioni giuridiche rilevanti nella cessione del territorio.

In primo luogo, ci si può chiedere se la cessione sia lecita anche quando essa è causalmente legata a una precedente violazione del divieto di uso o minaccia della forza da parte dello Stato cessionario. Il tema si pone per i trattati di pace che potrebbero determinare una ridefinizione territoriale in funzione degli equilibri raggiunti alla fine del conflitto. In secondo luogo, ci si può chiedere se gli individui residenti nel territorio ceduto debbano avere voce in capitolo nella decisione che li vedrà andarsene o transitare da uno Stato ad un altro²⁷.

Per quanto riguarda la prima questione, è noto che dopo l'emersione del divieto dell'uso della forza come norma fondamentale della Carta delle Nazioni Unite e dell'ordine giuridico post-bellico, la questione dell'invalidità dei trattati conclusi a seguito di coercizione è disciplinata da due norme distinte della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Mentre la violenza come causa di invalidità dei trattati veniva tradizionalmente concepita come esclusivamente attinente all'indebita coercizione della volontà del rappresentante statale, fattispecie oggi regolata dall'art. 51, con il successivo art. 52, la Convenzione affronta la questione della violenza sullo Stato. Il divieto di conquista e di appropriazione illecita del territorio altrui, che discende dal divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, potrebbe infatti essere aggirato se si ammettesse che la coercizione della volontà dello Stato cedente non avesse alcun rilievo come causa di invalidità dei trattati²⁸. In altre parole, non è ammissibile nell'ordinamento internazionale attuale che la conquista illecita del territorio possa essere sanata con un tratto di penna in spregio a ogni dato sostanziale sulla genuinità del consenso dello Stato cedente. Per questo l'art. 52 della Convenzione prevede la nullità automatica e assoluta di un trattato «se la sua conclusione è stata ottenuta con la minaccia

The Guardian, 11 aprile 2016.

²⁷ Brownlie parla al riguardo di «local consent», si veda J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford 2019, p. 219.

²⁸ R. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester 1963, p. 54.

o l'uso della forza in violazione dei principi del diritto internazionale sanciti dalla Carta delle Nazioni Unite». La Convenzione di Vienna opera quindi un rinvio integrale alle norme sullo *ius ad bellum* previste dalla Carta ONU e le trasforma in condizioni di validità del consenso a concludere i trattati.

La questione è legata alla necessità di trovare un equilibrio tra l'esigenza di rispettare un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico e la libertà degli Stati di determinare l'estensione del proprio territorio per ragioni politiche (anche per porre fine a una guerra). Il principale problema di questa norma, però, è che non si chiarisce, né è possibile desumere univocamente dai lavori preparatori, quale sia il nesso causale intercorrente tra la violazione del divieto dell'uso o della minaccia della forza e la conclusione del trattato²⁹. Non è chiaro se l'invalidità del trattato di cessione territoriale, in altre parole, possa derivare anche da una violazione dello *ius ad bellum* che configuri una mera concausa della decisione di stipulare il trattato oppure se sia più ragionevole, invece, adottare un'interpretazione restrittiva del nesso di causalità che ne ravvisi l'esistenza solo quando la coercizione si configuri come causa principale³⁰.

Personalmente propendo per una lettura intermedia del nesso di causalità richiesto dall'art. 52. Se si accettasse un'interpretazione estensiva, infatti, molti trattati di pace che hanno effetti territoriali potrebbero essere ridiscussi in funzione delle diverse posizioni degli Stati sull'illiceità dell'uso o della minaccia della forza³¹. Per garantire la stabilità delle relazioni pattizie è quindi necessario che l'eventuale violazione dello *ius ad bellum* si ponga almeno in un rapporto di causalità stretta con la conclusione del trattato di pace che configuri la coercizione come elemento determinante nella decisione dello Stato

²⁹ O. CORTEN, *Invalidity of Treaties, Art. 52*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, 2011, p. 1213, §§ 24-28; K. SCHMALENBACH, *Coercion of a State by the Threat or Use of Force*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary*, 2nd edition, Berlin 2018, p. 946, § 20; M.E. VILLIGER, *Commentary on the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston 2009, p. 645, § 11.

³⁰ Secondo H. LAUTERPACHT, Report of 24 March 1953, A/CN.4/63, YILC, 1953, vol. II, p. 149, il nesso causale richiesto è particolarmente restrittivo tanto che lo Stato «as the result of unlawful use of force, has been reduced to such a degree of impotence as to be unable to resist the pressure to become a party».

³¹ Si veda S. FORLATI, *Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford 2011, p. 325, che nota: «As regards treaties aimed at ending armed conflicts, claims of invalidity on grounds of coercion are particularly rare».

cedente³². Non è necessario però a mio avviso spingersi fino al punto di ritenere che la volontà dello Stato sia completamente annullata dalla coercizione dell'altra parte contraente. Credo che un elemento significativo per verificare se lo Stato cedente abbia esercitato la propria volontà in modo genuino e non interamente appiattito sulla volontà del cessionario risiede nell'analisi del contenuto del trattato. Per verificare se, anche a fronte di un uso o di una minaccia illecita della forza, lo Stato cedente mantenga comunque una propria autonomia negoziale è inevitabile rivolgere l'attenzione al testo del trattato. Qualora nel testo sia possibile ravvisare un vero scambio e un certo equilibrio sinallagmatico tra la posizione delle parti, allora sarà possibile argomentare nel senso della validità del trattato di cessione.

Per quanto riguarda la questione del consenso locale, è opportuno ricordare che storicamente esistono due meccanismi per prendere in considerazione gli interessi della popolazione coinvolta nei casi di cessione di una porzione del territorio di uno Stato indipendente: la celebrazione di plebisciti per accertare la volontà della popolazione ceduta e il conferimento, nel trattato di cessione, del diritto di optare per la cittadinanza dello Stato cedente entro un certo termine senza automatico trasferimento della cittadinanza dello Stato cessionario³³. Sebbene il dibattito sul punto sia piuttosto acceso, la posizione prevalente tra gli studiosi è che il diritto consuetudinario non preveda l'obbligo di acquisire il consenso della popolazione ceduta o di concederle il diritto di opzione per una determinata cittadinanza³⁴. Si tratta di soluzioni giuridiche che possono essere incluse nel trattato di cessione, ma per le quali non esiste un obbligo nel diritto internazionale generale in quanto la prassi è troppo discontinua e ambivalente. La celebrazione dei plebisciti, in particolare, è avvenuta soltanto in alcuni dei casi in cui era richiesta e in molti casi sembrava mirare semplicemente a sancire un risultato già raggiunto nelle relazioni interstatali senza alcuna garanzia rispetto ad una reale acquisizione della volontà della popolazione ceduta³⁵. La possibilità di

³² Così, O. CORTEN, *Invalidity*, cit., p. 1213: «By implication, it would suffice to establish a decisive influence of the alleged coercion, without the necessity to demonstrate a total absence of choice by the victim».

³³ J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles*, cit., pp. 229-230.

³⁴ R. JENNING, A. WATTS (eds), *Oppenheim's*, cit., pp. 685-686, § 248; J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles*, cit., pp. 224-230; O. DÖRR, *Cession*, cit., §§ 17, 24-27.

³⁵ J. FISCH, *Peoples and Nations*, in B. FASSBENDER, A. PETERS (eds), *The Oxford Handbook on the History of International Law*, Oxford 2012, p. 38; V. RUDRAKUMARAN, *The 'Requirement' of Plebiscite in Territorial Rapprochement*, in *Houston Journal of International Law*, 1989, p. 23 ss. Contra H.-J. UIBOPUU, *Plebiscite*, in

far discendere dal diritto all'autodeterminazione l'obbligo di indire referendum in caso di cessione territoriale, che pure è stata autorevolmente sostenuta, si scontra con la difficoltà di qualificare la popolazione del territorio ceduto come un popolo titolare del diritto all'autodeterminazione³⁶. Il principio recentemente affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia, secondo cui non sono valide le alterazioni dell'unità territoriale dell'autodeterminazione, come quella avvenuta con la sottrazione delle isole Chagos allo Stato di Mauritius³⁷, è difficilmente applicabile al di fuori del contesto della decolonizzazione. Nel caso delle Chagos si trattava infatti del rapporto tra una potenza coloniale e un popolo in via di decolonizzazione e non di una cessione di una porzione di territorio tra Stati indipendenti.

Un obbligo giuridico di acquisire la volontà della popolazione locale può derivare eventualmente dal diritto interno dello Stato cedente piuttosto che dal diritto internazionale. In questo caso, infatti, la Costituzione ucraina prevede una serie di norme che è opportuno esaminare³⁸. Il punto di partenza dell'analisi è senz'altro l'art. 73 secondo cui, in termini generali, le questioni relative all'alterazione del territorio dell'Ucraina possono essere trattate solo attraverso un referendum celebrato a livello nazionale³⁹. L'art. 134 prevede poi specificamente che «la Crimea è una parte costitutiva inseparabile dell'Ucraina». L'art. 138(2) chiarisce inoltre che i referendum indetti dalle regioni possono riguardare solo questioni locali e quindi non l'alterazione del territorio statale. L'art. 157(1) prevede infine che la costituzione stessa non possa essere alterata da emendamenti volti a liquidare l'indipendenza del Paese o a violarne l'indivisibilità territoriale.

R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, Amsterdam-New York-Oxford 1985, p. 434 ss., secondo cui un diritto al plebiscito sussiste soltanto nello scambio di territori tra Stati esistenti.

³⁶ O. DÖRR, *Cession*, cit., § 17. Contra A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples - A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995, pp. 189-190; J. DUGARD, *International Law - A South African Perspective*, Cape Town 2005, pp. 138-139.

³⁷ CIG, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Parere Consultivo, ICJ Reports 2019, p. 134.

³⁸ *Constitution of Ukraine*, Adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on June 28, 1996, Amended by the Laws of Ukraine No 2222-IV dated December 8, 2004, No 2952-VI dated February 1, 2011, No 586-VII dated September 19, 2013, No 742-VII dated February 21, 2014, No 1401-VIII dated June 2, 2016, No 2680-VIII dated February 7, 2019, disponibile su: <https://www.refworld.org/pdfid/44a280124.pdf>.

³⁹ Per la ricostruzione delle norme rilevanti, v. T.D. GRANT, *Aggression against Ukraine - Territory, Responsibility, and International Law*, Basingstoke, 2015, pp. 16-18. Cfr. anche European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion no. 762/2014, CDL-AD(2014)002 del 21 marzo 2014.

Per essere compatibile con il diritto ucraino la cessione della Crimea richiederebbe con ogni probabilità una riforma costituzionale che sembra però preclusa dall'art. 157. Anche prescindendo da questa limitazione, la Costituzione prevede inoltre la necessità di acquisire l'opinione dell'intera popolazione ucraina con un referendum a livello nazionale. Si tratta di una soluzione perfettamente compatibile con la tesi secondo cui l'autodeterminazione, al di fuori dei casi di decolonizzazione, appartiene al popolo degli Stati già indipendenti considerato nella sua interezza.

4. Considerazioni conclusive

Immaginare di porre fine a una guerra di aggressione attraverso la cessione di una porzione del territorio dello Stato aggredito solleva questioni etiche e giuridiche delicatissime. Si pensi soltanto all'effetto precedenziale che potrebbe favorire l'adozione da parte degli Stati di una politica estera aggressiva e spregiudicata. Si è visto che nel diritto internazionale un eventuale trattato di pace che riconoscesse la cessione della Crimea dovrebbe contenere anche degli obblighi della Federazione Russa a vantaggio dell'Ucraina suscettibili di dimostrare l'esistenza di uno scambio equilibrato tra le parti. Gli obblighi della Federazione Russa potrebbero ad esempio sostanziarsi nell'impegno a rispettare le decisioni di politica estera e le alleanze internazionali liberamente scelte dal Paese confinante. Nel calcolo del sinallagma potrebbe inoltre rientrare anche il pagamento di riparazioni di guerra verso il Paese aggredito. Non sarebbe invece strettamente necessario acquisire la volontà della popolazione della Crimea – che non costituisce un popolo avente il diritto all'autodeterminazione – in merito all'ipotesi di cessione del territorio. La celebrazione di un referendum locale sotto supervisione internazionale potrebbe però costituire un'opzione politica da prendere seriamente in considerazione.

Alla luce dei limiti stringenti previsti dalla Costituzione ucraina è però verosimile ritenere che i margini di azione del governo siano molto ridotti anche rispetto alla propria opinione pubblica. La Costituzione, infatti, sancisce con una norma inemendabile l'inseparabilità della Crimea rispetto al territorio del Paese. Per questo motivo è credibile ipotizzare che, come è stato suggerito nel dibattito politologico, un'eventuale cessione della Crimea avvenga nel tempo attraverso procedure flessibili, come il congelamento dello *status quo* per un certo numero di anni, la rinuncia *de facto* a far valere la propria pretesa territoriale o, al limite, il riconoscimento reciproco della sovranità sui territori controllati, auspicabilmente nel quadro di un trattato multilaterale di garanzia.

PIETRO GARGIULO*

Nazioni Unite, *Cybersecurity* e diritto internazionale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il punto di partenza: la risoluzione 53/70 dell'Assemblea generale dell'ONU. – 3. Gli esercizi del Gruppo di esperti governativi delle Nazioni Unite per l'esame dell'impatto sulla sicurezza internazionale degli sviluppi nel settore delle Tecnologie dell'Informazione e delle Comunicazioni. - 3.1. L'avvio della riflessione per l'affermazione di una visione comune del quadro giuridico internazionale applicabile allo spazio cibernetico. - 3.2. Una positiva conferma delle regole e dei principi di diritto internazionale relativi allo spazio cibernetico. - 3.3. L'arretramento del negoziato e l'emergere di difficoltà nella definizione delle regole internazionali rilevanti nella materia. – 4. Il doppio binario negoziale: il GGE 2019-2021 e il Gruppo di lavoro open-ended. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il 26 maggio 2023 è stata pubblicata la notizia che il gruppo hacker Volt Typhoon, legato alla Cina, ha attaccato le infrastrutture critiche degli Stati Uniti con l'intento di stabilire le condizioni tecniche per una successiva interruzione delle comunicazioni essenziali tra USA e Asia in caso di crisi future. In particolare, l'attacco degli hacker filocinesi – secondo quanto dichiarato dalla multinazionale statunitense Microsoft – ha riguardato le infrastrutture critiche di Guam, un'isola delle Marianne nel Pacifico Occidentale inclusa nei territori non autonomi dell'ONU, dove gli Stati Uniti hanno una significativa presenza militare. Sempre secondo Microsoft l'azione condotta da Volt Typhoon intendeva impiantare strumenti di raccolta di informazioni e malware da utilizzare durante eventi conflittuali. Le azioni in questione sono state riconosciute anche dalle autorità statunitensi – in particolare la *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency* – che hanno accusato la Cina di condurre operazioni finalizzate ad attacca-

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Teramo.

re le infrastrutture critiche statunitensi. A sua volta, la Cina – attraverso il Ministero degli esteri – ha replicato accusando gli Stati Uniti e i suoi alleati occidentali di condurre una campagna di disinformazione collettiva¹.

A luglio e a settembre 2022 due potenti attacchi cibernetici sono stati sferrati contro i servizi digitali e i siti web del Governo albanese al fine di danneggiare o distruggere i sistemi informatici o, ancora, rivelare i dati sensibili negli stessi disponibili, anche quelli di carattere militare. Gli attacchi sono stati rivendicati da diversi gruppi hacker, tra i quali APT 42 e Homeland Justice, e sono stati lanciati probabilmente dal territorio iraniano. Infatti, secondo quanto dichiarato dal Governo albanese, sostenuto dagli Stati Uniti e dalla NATO, gli attacchi costituiscono un'aggressione orchestrata e sponsorizzata dall'Iran attraverso l'impiego di gruppi informatici criminali per contrastare la presenza in Albania di un cospicuo numero di oppositori al regime di Teheran appartenenti al gruppo Mujahedeen del popolo dell'Iran. L'attacco contro l'Albania è stato ritenuto particolarmente grave in quanto si tratta di un Paese NATO la cui sicurezza cibernetica è di estrema rilevanza non solo per il ruolo strategico fondamentale che svolge rispetto ai Paesi dell'area balcanica, ma anche per la gestione del Trans Adriatic Pipeline (TAP) che, come è noto, trasporta verso le coste adriatiche italiane il gas naturale proveniente dall'Azerbaijan. È da tenere presente che le attività di *digital forensic* per attribuire all'Iran gli attacchi in questione sono state svolte dal governo albanese in collaborazione con agenzie governative americane – il *Federal Bureau of Investigation* e la già citata *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency* – e due multinazionali del settore informatico, Mandiant e Microsoft. Proprio quest'ultima aveva dichiarato di essere alquanto sicura che il gruppo hacker APT 42 fosse sostenuto dall'Iran per combattere online gli oppositori al regime di Teheran².

Come è ampiamente noto, la Russia ha uno straordinario potenziale cyber e spesso lo ha utilizzato contro governi stranieri soprattutto in risposta ad azioni ritenute non amichevoli o altro. Oltre a ciò esistono numerosi esempi della strategia russa di far precedere o accompagnare con attacchi cibernetici le sue azioni militari. Così è stato anche nel caso

¹ Per maggiori dettagli v. N. IUVINALE, G. IUVINALE, *Attacco cinese alle infrastrutture USA: duro colpo ai rapporti diplomatici? Quali conseguenze*, disponibile su www.cybersecurity360.it.

² Su questa vicenda v. più diffusamente A.L. SCIACOVELLI, *Tacking cyberattacks seriously: the (likely) Albanian cyber aggression and the Iranian responsibility*, disponibile su www.osorin.it, 2023.

dell'aggressione contro l'Ucraina del febbraio 2022. La "guerra ibrida" della Russia contro l'Ucraina è stata descritta in maniera puntuale da Microsoft sin dall'inizio delle operazioni militari. In un rapporto pubblicato nel giugno 2022 la multinazionale statunitense affermava che vari servizi di intelligence militare e civile russi avevano condotto attacchi cibernetici distruttivi mentre le forze militari aggredivano il Paese³. Non mancano, d'altra parte, notizie della reazione dell'Ucraina non solo attraverso l'aiuto di «*western cyber military team and private cyber-security companies*», ma anche con l'appoggio di diversi gruppi hacker⁴.

Quelli indicati sono solo tre degli episodi più recenti e rilevanti che attestano l'importanza assunta dal tema della cybersecurity sul piano delle relazioni internazionali considerato il diffuso utilizzo da parte degli Stati delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni (in seguito ICT, secondo l'acronimo dall'inglese) per compiere azioni anche dolose contro altri Stati, spesso attraverso l'utilizzo di attori non statali (meglio, bande di hacker).

Da ciò l'esigenza che si è manifestata a livello internazionale di individuare la disciplina giuridica applicabile ai comportamenti degli Stati nello spazio cibernetico. È facile intuire, tuttavia, che si tratta di un obiettivo non semplice da realizzare, non solo per la complessità della materia, ma anche per gli interessi molto diversificati di cui sono portatori gli Stati che, anche per quanto concerne l'utilizzo dello spazio cibernetico, cercano di guadagnare ruoli egemonici sotto il profilo politico e militare, in ambito sia internazionale sia regionale.

Non è un caso che alla definizione del regime giuridico in questione stanno contribuendo da tempo – attraverso atti e documenti di natura diversificata – alcune importanti organizzazioni internazionali, sia universali sia regionali⁵.

³ V. MICROSOFT, *An overview of Russia's cyberattacks activity in Ukraine*, Digital Security Unity, April 27, 2022. V. anche M. ORENSTEIN, *Russia's Use of Cyberattacks: Lessons from the Second Ukraine War*, Foreign Policy Research Institute, 2022, disponibile su www.fpri.org.

⁴ J. TIDY, *Meet the hacker armies on Ukraine's cyber front line*, in BBC News, 15 aprile 2022, disponibile su www.bbc.com.

⁵ Tutte le principali organizzazioni regionali stanno dedicando al tema della cybersecurity un'attenzione sempre crescente. A titolo esclusivamente esemplificativo si può fare riferimento all'Unione africana (UA) che nel 2014 ha adottato l'*African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection* (al momento non ancora entrata in vigore) che si occupa di tre principali aspetti: le transazioni elettroniche, la protezione dei dati personali, la cybersecurity e il cybercrime. L'Organizzazione degli Stati americani (OAS) è attiva sull'argomento da diverso tempo attraverso la costituzione di un Gruppo di lavoro per rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri per combattere il *cybercrime*. In materia di cybersecurity l'OAS ha

In questo lavoro ci occuperemo del ruolo e delle attività dell'ONU in quanto si tratta del forum principale di carattere universale che si dedica ai temi della cybersecurity e nel contesto del quale è possibile valutare la diversità di interessi di cui gli Stati membri sono portatori, in primo luogo le grandi potenze (Stati Uniti, Russia e Cina), la cui contrapposizione è spesso aggravata dall'evolvere dei rapporti internazionali e dall'emergere di crisi e problemi che non favoriscono lo stabilirsi di rapporti improntati alla cooperazione, quanto piuttosto alla competizione se non addirittura allo scontro.

Nell'ambito dell'ONU, le questioni che qui interessano sono esaminate dall'Assemblea generale al punto dell'o.d.g. «sviluppi nel campo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nel contesto della sicurezza internazionale». Ciò rende chiaro il legame tra l'utilizzo delle ICT e il primo pilastro dell'azione dell'ONU, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Tuttavia, è bene sottolineare che il tema che qui ci occupa ha ricadute anche sugli altri due pilastri dell'azione dell'Organizzazione: lo sviluppo sostenibile e la promozione e la protezione dei diritti umani. Ciò in quanto le ICT sono al centro di un processo di trasformazione della realtà politica internazionale che ha implicazioni di vario genere (politiche, economiche, sociali, culturali) oltre ad essere un fattore di accelerazione della cooperazione internazionale.

iniziato i suoi lavori nel 2004 favorendo la creazione di teams nazionali per rispondere a "incidenti" cibernetici e per contribuire allo sviluppo di strategie nazionali nella materia. Con due dichiarazioni adottate, rispettivamente, nel 2012 e nel 2015, riconoscendo il costante evolvere delle minacce cibernetiche, gli Stati membri dell'Organizzazione hanno riconosciuto la necessità di rafforzare la *cybersecurity* nelle Americhe e di proteggere le infrastrutture critiche dalle minacce emergenti. Un riferimento merita anche l'attività dell'Associazione delle nazioni del Sud-Est asiatico (ASEAN) che a più riprese ha indicato la volontà di rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri per renderli più sicuri rispetto alle minacce cibernetiche. Il documento più recente sotto tale profilo è costituito dall'*Asean Cybersecurity Cooperation Strategy (2021-2025)* reperibile sul sito dell'Organizzazione (www.asean.org). Infine, merita un riferimento anche la NATO che da tempo sta rafforzando le sue capacità di *cyber defence* per adempiere alle sue finalità di alleanza difensiva e di organizzazione dedita alla gestione delle crisi e alla sicurezza cooperativa. Due aspetti riteniamo meritevoli di essere qui richiamati: il primo riguarda l'approvazione – al Vertice di Bruxelles del 2001 – del *Comprehensive Cyber Defence Policy* nel quale si ribadisce l'impegno degli Alleati a utilizzare tutti gli strumenti politici, diplomatici e militari per fronteggiare le minacce cibernetiche presenti e future; il secondo riguarda le attività del *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* istituito nel 2008 a Tallinn (Estonia) particolarmente importante per le questioni che qui interessano per la redazione del *Manuale di Tallinn* che contiene le regole del diritto internazionale applicabili allo spazio cibernetico secondo gli esperti degli Stati occidentali che lo hanno redatto.

Come si indicava in precedenza, un trend positivo nello sviluppo delle ICT è fondamentale per mantenere la stabilità e la sicurezza internazionali.

Tuttavia, a fronte di ciò è anche facile constatare che tali tecnologie sono spesso usate per scopi malevoli. Non è casuale che nel suo primo intervento nella materia – sul quale si tornerà in seguito – l'Assemblea generale dell'ONU, da un lato, sottolineava i vantaggi per la comunità internazionale nel suo insieme dalla diffusione e dall'utilizzo delle ICT e, dall'altro lato, esprimeva preoccupazione per l'utilizzo di tali tecnologie per scopi che erano in contrasto con gli obiettivi del mantenimento della stabilità e della sicurezza internazionali⁶.

A partire da quel momento all'interno delle Nazioni Unite è iniziato un confronto tra gli Stati membri diretto, tra l'altro, a individuare le regole del diritto internazionale applicabili nell'uso delle ICT. Proprio su questi aspetti è doveroso constatare che ancora oggi esistono tra gli Stati membri posizioni divergenti che non aiutano a stabilire un quadro universale delle regole giuridiche applicabili nello spazio cibernetico⁷.

In questo lavoro si focalizzerà l'attenzione sui seguenti aspetti: l'avvio dei lavori dell'ONU nella materia attraverso l'analisi delle pertinenti iniziative dell'Assemblea generale; seguirà una valutazione dell'attività del Gruppo di esperti governativi per l'esame dell'impatto sulla sicurezza internazionale degli sviluppi nel settore delle ICT, soprattutto per quanto concerne l'elaborazione del quadro normativo internazionale applicabile nella materia; si passerà, quindi, all'analisi delle attività del gruppo di lavoro aperto alla partecipazione di tutti gli Stati membri dell'ONU istituito in seguito al riemergere di opinioni divergenti nella materia; infine, si cercherà di fornire qualche indicazione sui possibili sviluppi futuri⁸.

⁶ Cfr. il par. successivo.

⁷ Sulle questioni che saranno oggetto del presente lavoro, v. in dottrina: A. STIANO, *Il cyberspazio nel diritto internazionale contemporaneo: tra frammentazione e patrimonio comune dell'umanità*, in *La Comunità Internazionale*, 2018, LXXIII, p. 673 ss.; G.M. FARNELLI, *Il contributo delle Nazioni Unite allo sviluppo dell'International Cybersecurity Law*, in Osorin Working Paper 1-2020 (www.osorin.it); A. SARDU, *L'international cybersecurity law: lo stato dell'arte*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, p. 5 ss.; M.C. VITUCCI, *Le ciberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino*, *ivi*, 2023, p. 7 ss.; A.L. SCIACOVELLI, *International Law Aspects of Information Warfare in Digital Age*, *ivi*, 2023, p. 197 ss. Più in generale v. G.M. RUOTOLO, *Internet-ional Law. Profili di diritto internazionale pubblico della Rete*, Bari 2012.

⁸ Come si vedrà, l'analisi che proporrò toccherà numerosi ambiti del diritto internazionale sui quali Edoardo Greppi ci ha regalato notevoli contributi scientifici, molto spesso aprendo filoni di riflessione che i più giovani non hanno esitato a

2. *Il punto di partenza: la risoluzione 53/70 dell'Assemblea generale dell'ONU*

Come indicato in precedenza, il tema delle ICT nel contesto della sicurezza internazionale è stato affrontato per la prima volta dall'Assemblea generale dell'ONU negli anni '90 del secolo scorso sulla base di una proposta di risoluzione presentata dalla Federazione Russa nell'ambito dei lavori della Prima Commissione (Disarmo e sicurezza internazionale). La proposta russa fu approvata per *consensus* il 4 dicembre 1998 come risoluzione 53/70⁹.

Per far comprendere le motivazioni che furono alla base del diffuso supporto all'iniziativa russa è utile mettere in evidenza tre aspetti del preambolo della risoluzione: l'indicazione che la disseminazione e l'uso delle ICT possono costituire un'opportunità per la Comunità internazionale nel suo insieme e che a tale fine fosse necessario stabilire un'ampia cooperazione internazionale; la preoccupazione espressa per il fatto che gli strumenti in questione possono essere utilizzati non solo per fini discordanti con l'obiettivo di mantenere la stabilità e la sicurezza internazionali, ma possono influire negativamente sulla sicurezza degli Stati; l'affermazione della necessità di prevenire l'abuso e lo sfruttamento delle ICT per scopi criminali o terroristici.

Nel breve dispositivo della risoluzione, l'Assemblea generale chiedeva agli Stati membri, anzitutto, di impegnarsi a promuovere a livello multilaterale la valutazione delle potenziali minacce esistenti nel campo della sicurezza dell'informazione. In secondo luogo, gli Stati membri erano invitati a presentare al Segretario generale le loro opinioni e valutazioni circa una serie di questioni tra le quali, per quello che qui più direttamente interessa, l'opportunità di sviluppare principi internazionali diretti a rafforzare la sicurezza dei sistemi globali di informazione e telecomunicazioni e aiutare a combattere il terrorismo e la criminalità.

Nella parte conclusiva, la risoluzione invitava anche a mantenere la questione all'ordine del giorno della Prima Commissione nelle successive sessioni dell'Assemblea generale.

seguire. Come non ricordare, per gli aspetti ai quali si farà riferimento nel corso di questo lavoro, l'interesse del festeggiato per i diritti umani e le libertà fondamentali, la disciplina dell'uso della forza, la responsabilità degli Stati e, soprattutto, il diritto internazionale umanitario.

⁹ Si veda AG, UN Doc. A/RES/53/70 del 4 dicembre 1998. Cfr. I BRUNNER, 1998: *AG Resolution 53/70 'Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security' and Its Influence on the International Rule of Law in Cyberspace*, in *Austrian Review of International and European Law Online*, 2020, p. 183 ss.

Sul piano operativo, da questa risoluzione è scaturita l'iniziativa di istituire un Gruppo di esperti governativi incaricato di studiare l'impatto delle ICT sulla sicurezza internazionale di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

3. *Gli esercizi del Gruppo di esperti governativi delle Nazioni Unite per l'esame dell'impatto sulla sicurezza internazionale degli sviluppi nel settore delle Tecnologie dell'Informazione e delle Comunicazioni*

Il risultato concreto della risoluzione 53/70 fu la costante attenzione dell'Assemblea generale alla questione¹⁰ e l'istituzione nel 2004, con la risoluzione 58/32, del "Gruppo di esperti governativi delle Nazioni Unite per l'esame dell'impatto sulla sicurezza internazionale degli sviluppi nel settore delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni" (UNGGE, più semplicemente GGE). La risoluzione caratterizza il GGE come un gruppo di lavoro formato di esperti governativi in cybersecurity, nominati dal Segretario generale sulla base dell'equa ripartizione geografica, il cui compito era quello di esaminare i concetti internazionali rilevanti per rafforzare la sicurezza dei sistemi globali di informazione e telecomunicazioni e contribuire in tal modo all'individuazione delle misure appropriate per far fronte al crescente utilizzo da parte degli Stati delle ICT per scopi politici, militari e di intelligence.

A partire dal 2004 sono stati istituiti dall'Assemblea generale ben sei GGE con mandato biennale e una composizione variabile di 15 e 25 membri. Essi si sono dedicati ad un esame complessivo delle minacce attuali e potenziali che possono venire dallo spazio cibernetico e alle diverse forme di cooperazione internazionale per fronteggiarle. Tuttavia, i lavori dei diversi esercizi non sempre hanno avuto un esito positivo, soprattutto per il tema che qui più interessa, cioè la definizione della cornice di regole internazionali applicabili alle attività degli Stati nello spazio cibernetico¹¹.

Per avere una indicazione puntuale degli esiti dei lavori in questo-

¹⁰ V. AG, UN Doc. A/RES/54/49 del 1° dicembre 1999; AG, UN Doc. A/RES/55/28 del 20 novembre 2000; AG, UN Doc. A/RES/56/19 del 29 novembre 2001; AG, UN Doc. A/RES/57/53 del 22 novembre 2002.

¹¹ Per avere un quadro d'insieme delle attività dei GGE v. UNODA, *Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, July 2019, disponibile su www.disarmament.unoda.org/ict-security/.

ne non è necessario prendere in esame in modo esaustivo tutte le attività dei diversi GGE stabiliti dall'Assemblea generale. A tal fine è sufficiente concentrare l'attenzione sugli esercizi 2012-2013, 2014-2015 e 2016-2017 in quanto ben illustrano il trend del confronto che si è sviluppato tra gli esperti governativi caratterizzato, nei primi due esercizi, da una positiva conclusione rispetto all'applicabilità del diritto internazionale esistente anche allo spazio cibernetico, mentre nell'ultimo esercizio il GGE non è riuscito a concludere positivamente i propri lavori fornendo una chiara testimonianza delle difficoltà del negoziato e delle divergenti posizioni espresse dagli Stati nella materia¹².

3.1. *L'avvio della riflessione per l'affermazione di una visione comune del quadro giuridico internazionale applicabile allo spazio cibernetico*

Il GGE 2012-2013 fu istituito dall'Assemblea generale nel 2011 e concluse i suoi lavori adottando per consensus un rapporto che fornisce delle indicazioni fondamentali per gli aspetti che qui interessano¹³. In effetti, il rapporto mette anzitutto in rilievo l'importanza che gli Stati membri attribuiscono al rafforzamento della cooperazione contro le minacce derivanti dall'uso malevole delle ICT, concentrando l'attenzione sulle misure che possono rafforzare la pace, la stabilità e la sicurezza internazionali. Una visione comune delle norme, delle regole e dei principi del diritto internazionale applicabili al comportamento degli Stati nello spazio cibernetico costituisce una parte essenziale di tali misure cooperative¹⁴.

Su quest'ultimo specifico aspetto è piuttosto rilevante che il rapporto faccia riferimento non solo al fatto che il diritto internazionale, in particolare la Carta dell'ONU, è applicabile nello spazio cibernetico, ma che ciò è essenziale per il mantenimento della pace e della stabilità e per promuovere un ambiente ICT aperto, sicuro, pacifico e accessibile¹⁵.

Il comportamento responsabile degli Stati nello spazio cibernetico è, d'altra parte, legato al richiamo alla sovranità e ai principi e alle

¹² Cfr. in proposito E. KORZAK, *UN GGE on Cybersecurity: The End of an Era?*, in *The Diplomat*, 31 luglio 2017; A.M. SUKUMAR, *The UN GGE Failed. Is International Law in Cyberspace Doomed As Well?*, in *Lawfare*, 4 luglio 2017.

¹³ Il GGE 2012/2013 fu istituito dall'Assemblea generale con la risoluzione 66/24 adottata dall'Assemblea generale il 2 dicembre 2011. Si veda AG, UN Doc. A/RES/66/24 del 2 dicembre 2011. Per il rapporto conclusivo v. UN Doc. A/68/98 del 7 giugno 2013.

¹⁴ Si veda il rapporto conclusivo cit. alla nota precedente, § 11.

¹⁵ *Ibid.*, § 19.

norme internazionali che ne derivano, che devono essere applicati nelle loro condotte e attività relative all'ICT e al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali così come stabiliti nella Dichiarazione universale dei diritti umani e in altri strumenti internazionali¹⁶.

Per i profili che qui interessano, altri due ambiti di raccomandazioni agli Stati contenuti nel rapporto è utile sottolineare. Il primo riguarda l'intensificazione della cooperazione contro l'uso criminale e terroristico dell'ICT, anche attraverso l'armonizzazione delle misure e la concreta collaborazione tra le forze di polizia e le strutture giudiziarie¹⁷. Il secondo, ben più rilevante e problematico, riguarda il rispetto da parte degli Stati degli obblighi internazionali in materia di responsabilità per atti illeciti e l'invito a non delegare la commissione di tali atti, oltre a garantire che il loro territorio non sia utilizzato da attori non statali per azioni malevoli nello spazio cibernetico¹⁸.

Le raccomandazioni del GGE 2012/2013 hanno una grande rilevanza in quanto per la prima volta un gruppo di esperti governativi a livello ONU provenienti da grandi potenze o da Stati con particolari interessi nel campo delle ICT riesce a trovare un'intesa sull'applicabilità allo spazio cibernetico del diritto internazionale esistente. Esse, pertanto, possono essere considerate un primo passo nella costruzione di quel framework normativo accettato a livello universale per rendere l'utilizzo delle ICT un elemento di pace e stabilità internazionale. Questo spiega l'entusiasmo con il quale il rapporto fu accolto sia sul piano della diplomazia sia degli studiosi¹⁹. Tuttavia, senza voler sminuire l'importanza del risultato raggiunto, lo stesso rapporto conteneva almeno due elementi che inducevano a una certa prudenza. Il primo è costituito dal riferimento alla necessità di ulteriori approfondimenti al fine di raggiungere un'intesa comune sulle condizioni di applicazione delle norme di diritto internazionale ai comportamenti degli Stati nell'utilizzo delle ICT. Inoltre, considerato le caratteristiche peculiari delle ICT, non veniva esclusa la necessità di elaborare nuove norme nel corso del tempo. Il secondo riguarda invece il richiamo al progetto di "International code of conduct for

¹⁶ *Ibid.*, §§ 20 e 21.

¹⁷ *Ibid.*, § 22.

¹⁸ *Ibid.*, §§ 22 e 23.

¹⁹ Per il primo aspetto v. US Department of State, *Statement on Consensus Achieved by the UN Group of Governmental Expert on Cyber Issues*, Press Release, 7 giugno 2013, disponibile su <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2013/06/210418.htm>. Per il secondo v. W. DETLEV, *The UN Takes a Big Step Forward on Cybersecurity*, in *Arms Control Today*, 43, 2013.

information security” presentato all’Assemblea generale dai rappresentanti di Cina, Russia, Tagikistan, Uzbekistan, cui successivamente si aggiunsero anche il Kazakistan e il Kirghizistan, e scorrendo il quale è legittimo avere qualche dubbio sulla volontà degli Stati in questione di considerare come applicabile alle ICT il diritto internazionale così come fino ad ora sviluppato, nonostante il richiamo alla Carta dell’ONU e ai principi nella stessa contenuti²⁰.

3.2. *Una positiva conferma delle regole e dei principi di diritto internazionale relativi allo spazio cibernetico*

Anche per quanto concerne il GGE 2014-2015²¹ è possibile confermare un dialogo positivo tra i venti esperti governativi che partecipano ai suoi lavori in relazione alle regole giuridiche internazionali applicabili nello spazio cibernetico. Anzi, nel rapporto conclusivo²², approvato per *consensus* da tutti gli esperti, vengono descritti in modo ancor più preciso di quanto fatto dal precedentemente gli obblighi degli Stati nella materia.

Anzitutto il rapporto conferma che il rispetto degli obblighi internazionali, in particolare quelli previsti dalla Carta dell’ONU, costituisce un punto di riferimento fondamentale per l’uso delle ICT e per promuovere un ambiente cibernetico aperto, sicuro, stabile, accessibile e pacifico.

Il rapporto indica, poi, in modo quasi analitico, una serie di principi il cui rispetto è considerato di centrale importanza per l’utilizzo delle ICT da parte degli Stati in conformità a quanto prescritto dal diritto internazionale: l’uguaglianza sovrana; il regolamento pacifico delle controversie, in modo che la pace e la sicurezza internazionale e la giustizia non siano messi in pericolo; il divieto della minaccia o dell’uso della forza nelle relazioni internazionali, sia contro l’integrità territoriale o l’indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualsiasi altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite; il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali; il non intervento negli affari interni di altri Stati.

Non si può fare a meno di notare che i principi indicati, anche nella loro formulazione letterale, ripetono sostanzialmente quanto previsto nella Carta dell’ONU, in particolare nell’art. 2 relativo ai

²⁰ Per il progetto di codice di condotta v. UN Doc. A/66/359 del 12 settembre 2011.

²¹ Il GGE 2014-2015 fu creato con la risoluzione 68/243 adottata dall’Assemblea generale il 27 dicembre 2013. Si veda AG, UN Doc. A/RES/68/243 del 27 dicembre 2013.

²² V. UN Doc. A/70/174 trasmesso al Segretario generale il 26 giugno 2015.

principi che l'Organizzazione e i suoi Stati membri devono osservare per conseguire i fini enunciati nell'art. 1²³.

Un punto particolarmente interessante del rapporto, anche perché costituisce un avanzamento rispetto ai lavori precedenti, riguarda le indicazioni di come il diritto internazionale può essere applicato nell'utilizzo delle ICT da parte degli Stati²⁴.

Tra gli aspetti che vale la pena sottolineare figura, prima ancora dell'affermazione che gli obblighi internazionali esistenti sono applicabili all'impiego delle ICT, l'indicazione della giurisdizione degli Stati su tutte le infrastrutture ICT presenti nel loro territorio. Ciò a voler ribadire probabilmente la particolare responsabilità degli Stati di vigilare affinché le ICT non siano utilizzate per scopi malevoli.

Di particolare interesse risulta anche l'accento che il rapporto pone su "the inherent right of States to take measures consistent with international law and as recognized in the Charter"²⁵. Anche qui alcuni termini utilizzati riecheggiano il linguaggio della Carta, in particolare l'art. 51 e il riferimento a "the inherent right of individual and collective self-defence". Dalle generiche indicazioni del rapporto non è dato comprendere se la discussione all'interno del GGE si sia avventurata sulla possibilità di considerare l'attacco cibernetico come "attacco armato", la condizione di uso della forza che legittima la reazione in legittima difesa. Quello che si può segnalare, invece, è la estrema cautela del rapporto su questo punto considerato l'espreso riferimento alla necessità di ulteriori approfondimenti²⁶.

La prudenza del rapporto appare evidente anche nel punto in cui si fa riferimento a principi giuridici internazionali quali quelli di umanità, necessità, proporzionalità e distinzione. Come è noto, si tratta di principi fondamentali del diritto internazionale umanitario e il loro richiamo non è casuale considerato che è sempre più frequente il ricorso a operazioni cibernetiche nel contesto di conflitti armati con effetti distruttivi sulle infrastrutture civili ed enormi costi umani. Il punto non è adeguatamente approfondito nel rapporto, ma non riteniamo di sbagliare nell'indicare che il riferimento ai principi

²³ *Ibid.*, par. 26.

²⁴ *Ibid.*, par. 28.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ È quasi superfluo sottolineare quanto l'applicazione al cyber spazio delle regole relative al divieto dell'uso della forza e alla legittima difesa sia estremamente problematica anche perché la portata e il contenuto delle norme in questione è oggetto di opinioni divergenti. In generale su questi aspetti v. P. GARGIULO, *Uso della forza (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, V, Milano 2012, p. 1376 ss.

in questione abbia voluto porre l'accento anche su come il diritto internazionale umanitario può contribuire a limitare le operazioni cibernetiche nel corso dei conflitti armati.

Sempre in relazione all'applicazione del diritto internazionale nell'utilizzo da parte degli Stati delle ICT, altri due aspetti del rapporto meritano di essere segnalati. Il primo riguarda l'obbligo degli Stati di non delegare la commissione di atti illeciti nello spazio ciberneticico e di garantire che il loro territorio non sia utilizzato da attori non statali per commettere tali atti. Il secondo riguarda il rispetto da parte degli Stati degli obblighi internazionali in materia di responsabilità per atti illeciti. Si precisa, tuttavia, che l'attività lanciata o originata dal territorio di uno Stato non può essere ritenuta come sufficiente per attribuire la stessa a tale Stato. In altre parole, l'accusa ad uno Stato di organizzare o attuare atti illeciti nello spazio ciberneticico deve essere comprovata²⁷. Si tratta di due aspetti di particolare interesse proprio alla luce di quei casi di prassi che abbiamo evidenziato in premessa che testimoniano, appunto, l'utilizzo di attori non statali per la commissione di attacchi ciberneticici e le difficoltà di attribuzione agli Stati di tali attacchi.

3.3. *L'arretramento del negoziato e l'emergere di difficoltà nella definizione delle regole internazionali rilevanti nella materia*

Come già indicato e fermo restando i limiti evidenziati, questo trend positivo di valutazione del diritto internazionale applicabile nello spazio ciberneticico è stato interrotto dal GGE 2016-2017, istituito dall'Assemblea generale nel 2015²⁸. Il mandato allo stesso attribuito, oltre a confermare gli obiettivi dei precedenti esercizi, faceva anche specificamente riferimento alla necessità di affrontare il tema dell'uso delle ICT nei conflitti.

Come indicato in precedenza, proprio sul tema del diritto internazionale applicabile nella materia, nel GGE 2016-2017 si registrarono delle divergenze di opinioni che impedirono il raggiungimento del consensus sull'approvazione del rapporto finale. Gli Stati Uniti, attraverso la propria esperta, Michele Markoff, sottolinearono la necessità di stabilire – nell'interesse della pace e della sicurezza internazionali – un framework di regole internazionali relative al diritto internazionale umanitario, alla legittima difesa, alla responsabilità degli

²⁷ Il tema della responsabilità degli Stati per cyber attacks è ricostruito da D. MANDRIOLI, *Il caso WannaCry: il fenomeno dei cyber attacks nel contesto della responsabilità internazionale degli Stati*, in *La Comunità Internazionale*, 2018, p. 473 ss.

²⁸ AG, UN Doc. A/RES/70/237 del 23 dicembre 2015.

Stati, ivi compreso le contromisure, con l'intento di ridurre il rischio di conflitti legati al verificarsi di incidenti cibernetici²⁹. In aggiunta, l'esperta statunitense denunciava l'arretramento dei lavori del GGE rispetto al passato dovuto, a suo parere, alla riluttanza di alcuni Stati ad impegnarsi nella definizione del framework normativo in questione, ritenendo che la discussione sugli aspetti del diritto internazionale indicati in precedenza potesse risultare controproducente rispetto all'idea di promuovere il regolamento pacifico delle controversie e la prevenzione dei conflitti nello spazio cibernetico.

La posizione da ultimo indicata trovò espressione nella dichiarazione del rappresentante cubano, Miguel Rodríguez, che si diceva preoccupato per la pretesa di alcuni Stati di trasformare lo spazio cibernetico in un teatro di operazioni militari e di voler legittimare l'uso unilaterale della forza e l'adozione di sanzioni da parte di Stati vittime di eventuali usi illeciti delle ICT. In particolare, l'esperto cubano riteneva pericoloso stabilire un'equivalenza tra l'uso malevolo delle ICT e il concetto di attacco armato così come previsto dall'art. 51 della Carta dell'ONU, in quanto ciò era chiaramente diretto a giustificare il ricorso alla legittima difesa in caso di attacchi cibernetici³⁰.

È facile presumere che la posizione cubana fosse condivisa, in quel contesto, sia dalla Russia, sia dalla Cina anche perché entrambi gli Stati avevano assunto espressamente posizioni simili nell'ambito dei precedenti esercizi del GGE.

Da quanto indicato in precedenza, nonostante i progressi realizzati in diversi ambiti, per la definizione del framework normativo internazionale applicabile nello spazio cibernetico, i vari esercizi del GGE mostrano nel complesso delle difficoltà in larga parte dovute alla contrapposizione tra i fautori della necessità di concludere un accordo internazionale nella materia – questa è la posizione della Russia, della Cina e di Cuba – e gli oppositori a tale proposta, vale a dire i Paesi occidentali con in testa gli Stati Uniti d'America.

²⁹ V. *Explanation of Position at the Conclusion of the 2016-2017 UN Group of Governmental Experts (GGE) on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the context of International Security*, 23 giugno 2017, disponibile su <https://2017-2021.state.gov/explanation-of-position-at-the-conclusion-of-the-2016-2017-un-group-of-governmental-experts-gge-on-developments-in-the-field-of-information-and-telecommunications-in-the-context-of-international-sec/index.html>

³⁰ V. *Declaration by Miguel Rodríguez, Representative of Cuba, at the Final Session of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, 23 giugno 2017, disponibile su <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/06/Cuban-Expert-Declaration.pdf>

4. *Il doppio binario negoziale: il GGE 2019-2021 e il Gruppo di lavoro open-ended*

L'emergere e il cristallizzarsi delle divergenze tra gli Stati membri dell'ONU nell'ambito del GGE sono stati all'origine anche di una contrapposizione "istituzionale". Si fa qui riferimento al fatto che nel 2018 furono creati due gruppi di lavoro: il GGE 2019-2021, composto di 25 esperti nominati sempre sulla base dell'equa distribuzione geografica, e un nuovo Gruppo di lavoro *open-ended* (OEWG). Il primo fu istituito sulla base di una risoluzione proposta dagli Stati Uniti³¹; il secondo era fondato su una proposta di risoluzione della Federazione Russa³². Entrambi i gruppi avevano lo stesso mandato, vale a dire studiare il tema dell'applicazione del diritto internazionale all'utilizzo da parte degli Stati delle ICT. I due gruppi differivano invece nella composizione: il primo continuava ad essere un gruppo di esperti a composizione ristretta; il secondo era invece aperto alla partecipazione di tutti gli Stati membri dell'Organizzazione con l'idea di favorire un processo negoziale più democratico, inclusivo e trasparente. Tuttavia, è necessario rimarcare che l'appoggio all'iniziativa russa fu piuttosto scarso considerati i numerosi voti contrari e le astensioni che accompagnarono l'adozione della risoluzione che istituiva l'OEWG.

Gli sviluppi del negoziato nell'ambito del GGE non mostrano particolari novità rispetto ai lavori precedenti. Tuttavia, per completezza d'esame dei temi qui affrontati è certamente utile qualche considerazione intorno ai lavori dell'OEWG concentrando l'attenzione sull'ultimo rapporto disponibile per la parte relativa al diritto internazionale³³. Sul punto il documento è alquanto deludente. Esso offre soprattutto una lista non esaustiva di temi e proposte che nel corso del negoziato hanno avuto diversi livelli di supporto da parte degli Stati e che necessitano di ulteriori approfondimenti. Si tratta di temi e proposte sostanzialmente identici a quelli evidenziati rispetto ai lavori del GGE: come il diritto internazionale – in particolare la Carta dell'ONU – si applica all'uso delle ICT; la sovranità; l'uguaglianza

³¹ V. AG, UN Doc. A/RES/73/266 del 22 dicembre 2018. La Risoluzione fu adottata con 138 voti a favore, 12 contrari e 16 astensioni. Tra i voti contrari figurano quelli di Cina, Cuba, Corea del Nord, Nicaragua, Russia e Siria.

³² V. AG, Un Doc. A/RES/73/27 del 5 dicembre 2018.

³³ Cfr. UN Doc. A/77/275 del 8 agosto 2022. Si tratta del rapporto elaborato dall'OEWG istituito dall'Assemblea generale con la risoluzione 75/240 il cui mandato è relativo al periodo 2021-2025.

sovrana; il non intervento negli affari interni di altri Stati; il regolamento pacifico delle controversie; la responsabilità degli Stati e la due diligence; le divergenze esistenti su come si applica il diritto internazionale. È eclatante il mancato riferimento al diritto internazionale umanitario che, invece, come si è segnalato, era stato un punto molto contrastato tra gli esperti del GGE. Accanto a ciò, il rapporto contiene l'invito agli Stati membri di continuare a scambiarsi le loro opinioni su come il diritto internazionale si applica nell'uso delle ICT.

Le scarse indicazioni del rapporto dell'OEWSG sul tema del diritto internazionale applicabile nello spazio cibernetico è una chiara testimonianza delle divergenze – profonde su alcuni aspetti – che caratterizzano il processo negoziale, avvalorate dalle dichiarazioni esplicative pronunciate dagli Stati all'atto dell'adozione del rapporto³⁴. Queste ultime confermano il permanere di un generale disaccordo tra gli Stati membri, divisi tra coloro che ritengono che l'intero corpus normativo internazionale attuale sia in grado di fare fronte alle minacce poste dalle attività cyber malevoli condotte o sponsorizzate dagli Stati e coloro che invece sostengono che alcuni settori del diritto internazionale non siano applicabili all'uso delle ICT; in particolare il rilievo riguarda il diritto internazionale umanitario.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto indicato in precedenza, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive. La prima riguarda la notevole divergenza di opinioni che esiste tra gli Stati membri dell'ONU sul framework normativo internazionale applicabile alle attività nello spazio cibernetico. Su alcuni aspetti le posizioni appaiono ancora piuttosto lontane e ciò non fa ben sperare sugli esiti positivi del negoziato, almeno in tempi brevi. La seconda riguarda il fatto che proprio la situazione indicata può essere all'origine di un fenomeno di frammentazione normativo considerato che la cooperazione tra gli Stati sul piano regionale va avanti e ha maggiori probabilità di giungere a risultati concreti. D'altra parte, il possibile raccordo tra l'attività universale (il livello ONU) e quelle regionali (il livello delle varie organizzazioni internazionali che si stanno occupando della materia), di cui vi è traccia nelle risoluzioni dell'Assemblea generale e soprattutto nei rapporti dei GGE e dell'OEWSG, non ci sembra stia avendo

³⁴ V. UN Doc. A/AC.292/2022/INF/4 del 7 settembre 2022.

gli impulsi necessari affinché si realizzino le forme di cooperazione auspicate. Infine, nonostante il fatto che gli Stati membri riconoscano con costanza la necessità di stabilire un framework normativo internazionale come elemento fondamentale della loro cooperazione nella materia, l'impressione è che ci troviamo ancora una volta di fronte a uno di quei temi sui quali il processo negoziale in sede ONU va avanti con lentezza e senza tangibili punti di avanzamento. Tutto ciò in un contesto internazionale che non presenta caratteristiche tali da poter indurre all'ottimismo circa la reale possibilità di un confronto tra gli Stati membri volto alla cooperazione piuttosto che alla contrapposizione.

ANDREA DE GUTTRY*

L'African Union Commission on International Law
ed il suo contributo al consolidamento della pace
e della sicurezza nel continente africano.
Una valutazione critica.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fonti normative che disciplinano l'istituzione dell'AUCIL. – 3. Le regole relative alla composizione ed al funzionamento dell'AUCIL. – 4. Il mandato affidato alla AUCIL. – 5. Le attività svolte dall'AUCIL negli ultimi anni ed il loro contributo alla pace e sicurezza del continente africano. – 6. Considerazioni conclusive e valutazione critica dell'operato della AUCIL.

1. *Introduzione*

In una fase delle relazioni interstatuali in cui il diritto internazionale viene spesso percepito come inidoneo ad offrire soluzioni credibili per gestire le nuove sfide per la Comunità internazionale, il ruolo delle Commissioni del diritto internazionale assume un particolare rilievo. Mentre la Commissione del diritto internazionale delle NU gode di una notevole, e meritata, visibilità, anche per la qualità del lavoro svolto sin dalla sua costituzione, vi sono alcune Commissioni simili, costituite a livello regionale, che sono meno note, pur esprimendo grandi potenzialità. Tra queste deve essere certamente ricordata, *in primis*, l'*Inter-American Juridical Committee* (IAJC), la cui istituzione è stata prevista dall'art. 53 della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) del 1948 che le ha affidato un mandato molto ambizioso¹. Si tratta del primo, e per lungo tempo, unico, caso di una commissione simile a livello regionale².

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Nel mandato rientrano le competenze di *Advisory body* dell'OSA sulle questioni giuridiche e quelle di promuovere la progressiva codificazione e sviluppo del diritto internazionale così come quello di sviluppare studi e ricerche anche al fine di giungere ad una sostanziale standardizzazione delle normative nazionali: si veda *ultra*, J.O. MURDOCK, H.J. GOBBI, *The Inter-American Juridical Committee*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1960, 9, p. 596 ss.; A.V. FREEMAN,

Nel continente africano la volontà di costituire una Commissione regionale del diritto internazionale era emersa nel dibattito politico in seno nel continente africano a partire dal 1964 anche se poi, per disaccordi interni, tutto si è bloccato. Una parte della migliore dottrina africana e, in particolar modo, il prof. Taslim Olawale Elias, già Ministro della Giustizia in Nigeria e successivamente membro e poi Presidente della Corte Internazionale di Giustizia, ha però continuato, anche negli anni successivi, a sostenere la proposta della creazione di una commissione africana autonoma³. Solo 40 anni dopo, nel 2005, i Capi di Stato e di Governo dei paesi membri dell'Unione Africana (UA) hanno deciso di istituire *l'African Union Commission on International Law* (AUCIL)⁴ al fine di rafforzare e rendere più incisivo il contributo del continente allo sviluppo del diritto internazionale⁵. La Commissione è diventata operativa solo alla fine del 2009. Questo contributo si propone di esaminare se, ed in quale misura, questo nuovo organismo abbia effettivamente perseguito il suo mandato e se abbia contribuito al rafforzamento della pace e della sicurezza nel continente africano. A tal fine si indagheranno, in primo luogo, le fonti che disciplinano il nuovo organismo, per poi procedere all'analisi del suo mandato. Saranno poi prese in esame le attività sin qui

The Contribution Of The Inter-American Juridical Committee And The Inter-American Council Of Jurists To The Codification And Development Of International Law, in *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting*, 1965, 59, p. 14 s.; A. CANÇADO TRINDADE, *The Inter-American Juridical Committee: An Overview*, in *The World Today*, 1982, 38, p. 437 ss.; F.T. FRIED, *The Inter-American Juridical Committee and International Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting*, 2000, 94, p. 208 s.; J.T. FRIED, *The Inter-American Juridical Committee and International Law*, *ivi*, 2000, pp. 208-210; A. NEGRO, M. DANTE, *La labor del Comité Jurídico Interamericano*, in *Agenda internacional*, 2015, p. 211 ss.

² Nella regione del Sud East Asiatico, è stato creato l'ASEAN Law Institute il cui mandato, peraltro, non include la codificazione del diritto internazionale, limitandosi a promuovere «*ASEAN harmonization, regionalization, and dispute resolution*»: ASEAN Law Institute, www://aseanlaw.institute/our-purpose/.

³ Si veda *ultra* O. ADEBOWALE, O. ELIAS, *Taslim Olawale Elias (1914-1991): A Biographical Note*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, 21, p. 29 ss.

⁴ In realtà, già nel luglio del 2004, l'AU Executive Council aveva auspicato la creazione della AUCIL: si veda African Union Executive Council, *Decision on the Meeting of Experts on the Review of OAU/AU Treaties Doc. Ex/Cl/95 (V)*: testo disponibile al sito au.int/sites/default/files/documents/32066-doc-ex_cl_dec_129_v_e_recommendation_for_the_establishment_of_the_aucil.pdf.

⁵ B. TCHIKAYA e altri, *Les orientations doctrinales de la Commission de l'Union africaine sur le droit international*, in *Revue québécoise de droit international*, 2017, 30, p. 113 ss.

condotte dall'AUCIL, specie nel settore della pace e della sicurezza. Tutto ciò consentirà di presentare, ad oltre 13 anni dall'inizio delle sue attività, alcune conclusioni critiche sul lavoro sin qui svolto e sull'effettivo impatto di questo organismo. Questo contributo si pone in piena sintonia con le aree di interesse scientifico e delle pubblicazioni di Edoardo Greppi cui questo studio, così come l'intero volume, è dedicato.

2. *Le fonti normative che disciplinano l'istituzione dell'AUCIL*

L'istituzione dell'AUCIL era stata, formalmente, prevista dall'art. 14 del *Non-aggression and Common Defence Pact*, adottato dai Capi di Stato e di Governo dell'UA nel 2005. La norma istitutiva prevedeva solo la sua costituzione, definendone il mandato e rimandando ad una successiva deliberazione l'approvazione delle regole sulla composizione ed il funzionamento della stessa⁶. A differenza di quanto avvenuto in relazione all'*Inter-American Juridical Committee*, la cui istituzione è stata prevista nel trattato istitutivo dell'OSA, nel caso in esame lo strumento utilizzato è stato un accordo continentale di mutua difesa. Tutto ciò può sembrare sorprendente anche se, in realtà, aiuta a meglio intuire uno dei ruoli attesi dalla AUCIL, e cioè quello di contribuire effettivamente al consolidamento della pace e della sicurezza in Africa. Il Patto è entrato in vigore il 18 dicembre 2009 ed è stato ratificato solamente da circa 20 Stati. Qualche anno dopo, l'UA ha preferito procedere diversamente per l'istituzione della CIL: così, nel gennaio 2009, il Consiglio Esecutivo dell'UA⁷ ha adottato, mediante un'autonoma e specifica decisione, lo *Statute of the African Union Commission on International Law*, che è entrato in vigore per tutti gli Stati dell'UA, lo stesso giorno. Tale atto che, sorprendentemente, non richiama nelle sue premesse il *Non-aggression and Common Defence Pact*, disciplina in maniera assai dettagliata tutti gli aspetti relativi alla composizione della Commissione ed al

⁶ L'Art. 14 del *Pact* così recita: «*State Parties undertake to establish an African Union Commission on International Law whose objectives shall among others, be to study all legal matters related to the promotion of peace and security in Africa, including the demarcation and delineation of African border. The composition and functions of the African Union Commission on International Law shall be decided upon by the Assembly*».

⁷ African Union, Executive Council, Fourteenth Ordinary Session, 26 - 30 January 2009, EX.CL/478 (XIV).

suo funzionamento. Si registra, quindi, una duplicazione delle fonti istitutive l'AUCIL anche se, a ben considerare, ciò non comporta eccessivi problemi visto che le due fonti non sono in contraddizione tra di loro. Probabilmente, una delle motivazioni che ha indotto l'UA ad optare per questo «doppio binario» è da collegarsi proprio al fatto che il *Non-Aggression and Common Defence Pact*, pur entrato in vigore nel dicembre 2009, non è stato ancora ratificato da molti Stati africani⁸: questo solleva la questione della limitata applicabilità delle decisioni dell'AUCIL e della ripartizione delle spese del suo funzionamento. Tali problemi sono stati integralmente risolti e superati con l'adozione della decisione del Consiglio Esecutivo avvenuta nel gennaio 2009, e, quindi, prima dell'entrata in vigore del *Pact*.

3. *Le regole relative alla composizione ed al funzionamento dell'AUCIL*

L'art. 3 dello Statuto precisa che l'AUCIL sarà composta da 11 esperti africani con comprovata conoscenza del diritto internazionale. La composizione dovrà «*reflect and respect the principles of equitable geographical representation, the principal legal systems of the Continent and equitable gender representation*»⁹.

I successivi articoli da 10 a 14 disciplinano nel dettaglio la modalità di presentazione delle candidature, le regole per l'elezione, la durata del mandato e le modalità di eventuale sostituzione dei membri che si sono dimessi o sono venuti meno. Viene poi previsto un organo, il *Bureau*, composto dal Presidente, dal Vice-Presidente e dal *General Rapporteur*: tutti saranno eletti a maggioranza semplice dai

⁸ Al momento solo 22 Stati (su 55 membri dell'UA) hanno ratificato il Patto: l'elenco dettagliato è disponibile su [/au.int/sites/default/files/treaties/37292-sl-african-union-non-aggression-and-common-defence-pact.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/37292-sl-african-union-non-aggression-and-common-defence-pact.pdf).

⁹ Questa la ripartizione geografica e di genere concordata: «*Eastern Region: two (2) candidates: One (1) Male and One (1) Female, Northern Region: one (1) male candidate; Southern Region: one (1) male candidate; Western Region: two (2) candidates: One (1) Male and One (1) Female*». Cfr. AU Executive Council, *Report on Election of Six (6) Members of the African Union Commission on International Law*, EX.CL/1223(XXXVI), 7 febbraio 2020, disponibile su [https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201223%20\(XXXVI\)%20_E.pdf](https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201223%20(XXXVI)%20_E.pdf). Nel febbraio 2023 i membri dell'AUCIL erano i seguenti: Abdi Ismail Hersi, Djibouti; Juliet Semambo Kalema, Uganda; Mohamed S. Hela, Egypt; Sebastião da Silva Isata, Angola; Kathleen Quartey Ayensu, Ghana; Bélibi Sébastien Daila, Burkina Faso; Prof. Hajer Gueldich, Tunisia; Kevin Ferdinand Ndjimba, Gabon; Narindra Arivelo Ramanarivo, Madagascar; Tomassa Bisia Elanchama, Equatorial Guinea; e Sindiso Kumalo Ngatsha Sichone, Zambia.

membri presenti e votanti della Commissione. Ad esso sono affidati compiti di istruttoria delle decisioni e dei lavori della Commissione e la loro successiva implementazione, come indicato nelle *Rules of procedure* adottate nel 2011¹⁰.

L'art. 15, poi, prevede che l'AUCIL dovrà riunirsi in due sessioni ordinarie annuali e potrà essere convocato in sessioni straordinarie su decisione del/la Presidente o su richiesta di 2/3 dei componenti. Le norme successive dello Statuto sono dedicate al quorum per l'adozione delle decisioni, alle modalità di adozione delle regole interne di funzionamento, alla remunerazione dei componenti ed alle loro immunità e privilegi.

Il Segretariato della Commissione sarà basato presso l'*Office of the Legal Counsel*¹¹ che si trova alla sede centrale dell'UA in Addis Ababa. Nel 2020, peraltro, il Consiglio Esecutivo dell'UA, nel prendere atto dell'offerta della Guinea Equatoriale di ospitare il Segretariato dell'AUCIL ha richiesto «*the PRC and the AUC, to expeditiously finalize the structure of an independent AUCIL Secretariat, the process of its relocation, and submit a report upon the adoption of the amendments*»¹².

4. Il mandato affidato alla AUCIL

L'art. 14 del *Non-Aggression and Common Defence Pact* indica, in modo invero assai essenziale, che l'AUCIL dovrà conseguire, tra gli altri, i seguenti obbiettivi: «*to study all legal matters related to the promotion of peace and security in Africa, including the demarcation and delineation of African borders*»: pur non essendo un elenco esaustivo della sue competenze, è del tutto evidente che la codificazione di questa norma ha risentito di una certa fretta negoziale e della necessità di raggiungere un compromesso accettabile tra i contraenti. Considerato, però, che, come anticipato nel precedente paragrafo 2, lo Statuto dell'AUCIL presenta regole più dettagliate al riguardo, conviene

¹⁰ I compiti specifici attribuiti al *Bureau* sono precisati nell'art. 7 delle *Rules of Procedure* dell'AUCIL adottate dalla stessa nel 2011. V. African Union Commission on International Law, AUCIL/Legal/Doc. 4 (III).

¹¹ Sui compiti più generali dell'OLC dell'AU si veda, *ultra*, au.int/en/directorates/office-legal-counsel-olc.

¹² *Decision on the Activity Report of the African Union Commission on International Law (AUCIL)*, Doc. Ex.Cl/1208(Xxxvi), 7 febbraio 2020. Testo disponibile al sito [portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-DEC/EX%20CL%20DEC%201083%20\(XXXVI\)%20_E.pdf](http://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-DEC/EX%20CL%20DEC%201083%20(XXXVI)%20_E.pdf).

soffermarsi con maggiore attenzione proprio su quest'ultimo atto. I compiti affidati alla Commissione possono essere suddivisi in 5 differenti aree tematiche: codificazione; sviluppo progressivo del diritto internazionale; elaborazione di proposte di nuovi testi convenzionali e assistenza all'UA su questioni giuridiche¹³; preparazione di nuovi trattati e/o nella revisione di quelli esistenti¹⁴; realizzazione di studi e ricerche, promozione di attività didattiche e di sensibilizzazione dell'opinione pubblica per promuovere i valori dello stato di diritto¹⁵.

Si tratta, nel loro insieme, di compiti assai complessi, anche se molto simili a quelli affidati anche alla Commissione del diritto internazionale delle NU¹⁶. Lo Statuto dedica a ciascuno dei essi una norma dettagliata nella quale vengono indicate le modalità di lavoro, l'output atteso e le modalità di interazione con gli altri organi dell'UA nonché, ove il caso, con la società civile. In questo contesto, considerata la finalità di questo contributo, si soffermerà l'attenzione sul tema dello sviluppo progressivo e della codificazione del diritto internazionale, che sono due tra i compiti più importanti affidati all'AUCIL. L'art. 5 dello Statuto, dispone che «*The AUCIL shall identify and prepare draft instruments and studies in areas which have not yet been regulated by international law in the African continent or been sufficiently developed in the practice of African States*».

Se ne deduce che la Commissione dovrà occuparsi principalmente di stimolare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale nel continente africano. Insieme alla successiva previsione relativa alla

¹³ Art. 7, *AUCIL Statute*: «*In carrying out its functions on the progressive development of international law and codification of international law, the AUCIL shall contribute to the objectives and principles of the Union as enshrined in Articles 3 and 4 of the Constitutive Act, and in particular to study all legal matters related to the promotion of peace and security in the African continent, the demarcation and delineation of African borders as well as legal matters relating to the political and socio-economic integration of the Continent*».

¹⁴ Art. 8, *AUCIL Statute*.

¹⁵ Art. 9, *AUCIL Statute*. Su questo specifico punto si veda *ultra*: O.D. AKIN-KUGBE, *The African Union Commission on International Law and the Proposed African Institute of International Law: Where do we go from here?*, in *AfricLaw*, 2012, testo disponibile al sito africlaw.com/2012/05/21/the-african-union-commission-on-international-law-and-the-proposed-african-institute-of-international-law-where-do-we-go-from-here/.

¹⁶ Si veda, sul punto, S. ELVY, *Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union's Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2012, 41, p. 75 s. Secondo questa studiosa, «*the African Union seemingly has modeled the AUCIL after the widely successful ILC*» (cit., p. 142).

codificazione del diritto internazionale, emerge la forte volontà di rafforzare la voce ed il contributo del continente africano alla formazione del diritto internazionale, sia quello regionale che quello universale¹⁷. Specie nel passato, non sono mancate le voci critiche di paesi africani ad alcune norme di diritto internazionale che, a loro parere, erano frutto degli interessi e della prassi dei soli Paesi occidentali. Così, ad esempio, nel 2008, l'Assemblea dell'UA aveva preso una netta posizione contro il principio di giurisdizione universale¹⁸. Numerosi sono stati anche i contributi della dottrina in questa direzione¹⁹. Sotto questo punto di vista, pertanto, è ovvio che la istituzione della AUCIL rappresenti un passo in avanti nella direzione auspicata sia in dottrina che a livello di Stati del continente africano. Nei prossimi paragrafi si vedrà se quanto fatto sino ad oggi confermi la bontà della scelta operata.

Regole specifiche sono codificate, sempre nell'art. 5 dello Statuto, al fine di disciplinare le modalità di adempimento di tale mandato ed i rapporti tra l'AUCIL, gli Stati membri e gli organi dell'UA (specie Assemblea ed il Consiglio Esecutivo). Un aspetto meritevole di attenzione è che, in maniera pressoché speculare a quanto prevede anche lo Statuto della Commissione del Diritto internazionale (CDI) delle Nazioni Unite²⁰, l'attività di codificazione del diritto interna-

¹⁷ In questo senso si esprime anche C. RIZIKI MAJINGE, *The progressive development of the laws of the African Union: examining the potential contribution of the African Union Commission on International Law*, in *South African Yearbook of International Law*, 2010, 35, p. 1 ss., nonché R.J.V. COLE, *Africa's Approach to International Law: Aspects of the Political and Economic Denominators*, in *African Yearbook of International Law*, 2013, 18, p. 287 ss.

¹⁸ «African Union speaking with one voice, is the appropriate collective response to counter the exercise of power by strong states over weak states»: *Decision on the Implementation of the Assembly Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, Assembly/AU/Dec.213 (XII) (2008). Anche il Consiglio Esecutivo dell'AU ha espresso una forte critica a tale principio. V. Assembly of the African Union, *Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction*, EX.CL/Dec.496(XV) Rev. 2, 1 luglio 2009.

¹⁹ Si vedano, ad esempio, F. OKOYE, *International Law and the New African States*, London 1972; M. BROWN, *African International Legal History*, UNITAR 1975; T.O. ELIAS e R. AKINJIDE, *Africa and the Development of International Law*, 2^a ed., Dordrecht 1988; T. MALUWA, *International Law in Post-Colonial Africa*, The Hague/Boston 1999; J.T. GATHII, *Africa and the History of International Law*, in *Albany Law School Research Paper*, 2011/2012, 48, testo disponibile al sito ssrn.com/abstract=2029019; B. TCHIKAYA et al., *Les orientations doctrinales de la Commission de l'Union africaine sur le droit international*, in *Revue québécoise de droit international*, 2017, p. 113 ss.

²⁰ Lo Statuto della CDI è stato approvato nel 1947 con la Risoluzione 174 (II) adottata dall'Assemblea generale delle NU il 21 novembre 1947 ed è stato successiva-

zionale nel continente africano può avvenire su richiesta dell'Assemblea, del Consiglio Esecutivo o di ogni altro organo dell'UA ma anche da parte dei singoli Stati africani²¹.

Norme diverse sono state poi previste nello Statuto della AUCIL per regolamentare la sua attività di codificazione del diritto internazionale: a tale proposito, l'art. 6 prevede che «*The AUCIL shall, with a view to establishing an authoritative statement of international law, be responsible for the codification of international law by way of a systematic and precise formulation of rules of international law in fields where there has already been extensive State practice, precedent and doctrine in the African continent*».

A differenza dello sviluppo progressivo del diritto internazionale, l'attività di mera codificazione può essere avviata dalla AUCIL anche autonomamente, agendo *ex officio* ogni qualvolta ritenga che «*codification of a particular area of international law is necessary*». A tal fine: «*The AUCIL may on its own initiative survey the whole field of international law in the African continent with a view to selecting areas for codification, bearing in mind existing draft codes*».

Ovviamente, in caso di esplicite richieste provenienti dall'Assemblea o da altri organi dell'UA, dovrà essere data precedenza alle stesse. Le proposte elaborate dovranno essere sottoposte, attraverso il Consiglio Esecutivo, all'Assemblea e dovranno essere corredate da un commentario i cui contenuti minimi sono disciplinati in maniera dettagliata dallo Statuto stesso. Lo Statuto regolamenta anche le modalità mediante le quali la proposta della AUCIL deve essere portata all'attenzione degli Stati per trasformarsi, ove il caso, in accordi vincolanti.

Degno di menzione ai fini di questo contributo, è, infine, l'art. 25 che prevede espressamente che, «*in order to promote international law on the African continent, the AUCIL shall establish close collaboration with the United Nations International Law Commission*»²².

mente emendato nel 1955 e nel 1981. Secondo tale Statuto, la CDI si deve attivare se così richiesto dall'Assemblea Generale (art. 16), ma la stessa Commissione, *ex art.* 17, «*shall also consider proposals and draft multilateral conventions submitted by Members of the United Nations, the principal organs of the United Nations other than the General Assembly, specialized agencies, or official bodies established by intergovernmental agreement to encourage the progressive development of international law and its codification, and transmitted to it for that purpose by the Secretary-General*».

²¹ Art. 5, § 5.

²² In attuazione di tale mandato, l'AUCIL ha sviluppato forme intense di collaborazione su varie tematiche con una serie di istituzioni quali «*the Regional Economic Communities; the United Nations International Law Commission; the Codification Division of the United Nations Office of Legal Affairs; the Inter Ame-*

5. *Le attività svolte dall'AUCIL negli ultimi anni ed il loro contributo alla pace e sicurezza del continente africano*

Dopo averne esaminato il mandato e la struttura, si procederà, ora, a verificare quale sia stato l'effettivo contributo della AUCIL per la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale nel continente africano, con particolare riguardo ai temi relativi alla pace ed alla sicurezza. A tal fine, si prenderanno in esame non solo i Rapporti annuali sulle attività svolte (specie quelli relativi al quinquennio 2018-2022), che sono stati regolarmente inviati all'UA, ma anche le conseguenti delibere dell'Assemblea e del Consiglio Esecutivo dell'UA, così come alcuni contributi dottrinari.

Nei primi due anni di vita, molte energie sono state dedicate alle «*Rules of procedure*» mentre l'attenzione per le tematiche sostanziali è risultata molto ridotta. Il vero battesimo del fuoco vi è stato nella primavera del 2011 quando, su richiesta del *Peace and Security Council* (PSC) dell'UA²³, l'AUCIL ha adottato un Parere giuridico sull'impatto, sul continente africano, delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza 1970(2011) e 1973(2011) aventi per oggetto l'intervento internazionale in Libia²⁴. Questo documento, invero, si limita a fornire, in termini acritici, una puntuale ricostruzione delle varie parti delle Risoluzioni e a concludere che questo precedente offre, semplicemente, «*an opportunity to define the regional-global security partnership with the UN through greater involvement of the AU in the forefront in dealing with the prevailing complex Libyan situation*».

L'attività si è ampliata e diversificata su vari fronti solo negli

rican-Juridical Committee of the Organisation of American States; the International Committee of the Red Cross; the African Institute of International Law; the Centre des Etudes juridiques Africaines»: si veda *ultra* il testo disponibile al sito au.int/en/documents/20170209/bureau-african-union-commission-international-law.

²³ Il PSC aveva chiesto all'AUCIL di considerare «*the scope and legal implications of United Nations Security Council resolutions 1970 (2011) and 1973 (2011) on the situation in Libya, including obligations of Member States of the United Nations, including African States, arising from the two resolutions*». Peace and Security Council, *Communique of the 275th Meeting of the Peace and Security Council AUPSC* (PSC/MIN/COMM.2 (CCLXXV) adottato il 26 aprile 2011 durante la 275esima riunione del PSC.

²⁴ AUCIL, *Legal Opinion of the African Union Commission of International Law on Certain Aspects of the Situation in Libya: Scope, Legal Implications and Obligations of Member States of the United Nations, Including African Union States, Arising from United Nation Security Council Resolutions 1970 and 1973*, AUCIL/Legal/, 12 maggio 2011, testo disponibile al sito https://au.int/sites/default/files/newsevents/reports/32068-rp-report_of_the_second_extraordinary_session_of_the_aucil.pdf.

anni successivi, anche su esplicita richiesta delle istituzioni africane. L'AUCIL ha elaborato, anno dopo anno, vari contributi di idee e di proposte su varie tematiche in relazione al progetto di riforma istituzionale dell'UA avviato nel luglio 2017, quando il Presidente del Rwanda, Paul Kagame, aveva presentato un «*Report on the Implementation of the Institutional Reform of the African Union*»²⁵. Importanti sono state le riflessioni della AUCIL sul delicato tema dei rapporti tra l'UA e le organizzazioni sub-regionali africane (REC), anche alla luce del principio di sussidiarietà²⁶. Purtroppo, ad oggi, le varie proposte presentate non sono state recepite e le prospettive di riforma dell'AU sono state fortemente ridimensionate.

Sempre in tema di pace e sicurezza, l'AUCIL ha avviato, nel corso del 2021, un importante studio sul divieto di intervento nel diritto internazionale: alcuni recenti sviluppi, sia politici che giuridici, occorsi nella comunità internazionale hanno reso necessario, nell'opinione della Commissione, chiarire meglio lo scopo ed il contenuto di tale divieto per adeguarlo alle nuove modalità di interferenza²⁷ che si stanno affermando nella comunità internazionale²⁸. È interessante rilevare che, almeno in questo caso, la Commissione ha svolto un ruolo di stimolo nei confronti dell'UA, in piena sintonia con la dichiarata esigenza di rafforzare posizioni autonome del continente africano su tematiche di grande rilievo che, sino ad ora, sono state trascurate.

²⁵ Il report del Presidente Kagame è disponibile al sito paulkagame.com/address-by-president-kagame-report-on-the-implementation-of-the-institutional-reform-of-the-african-union/.

²⁶ L'undicesima sessione straordinaria del summit dell'UA (dicembre 2018) aveva dato mandato «*to the AU Commission, in collaboration with the RECs, AU organs, relevant continental organizations, to develop a proposal on an effective division of labor among the AU, the RECs, the Member States, and other continental institutions, in line with the principle of subsidiarity, for submission to the First Mid-Year Coordination Meeting in June/July 2019*». Assembly of the African Union, *Decision on the Institutional Reform*, Ext/Assembly/AU/Dec.1(XI).

²⁷ Tra tali novità vengono elencate «*cyber operations, psychological operations, information warfare, and many other activities that states engage in to intervene in the internal and external affairs of other states*», disponibile a archives.au.int/bitstream/handle/123456789/10450/EX%20CL%201368%20XLI_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁸ Secondo lo Special Rapporteur, Prof. M.S. Helal, «*These legal and political developments include increased concern, both within the global south and among developed nations, regarding the use of economic sanctions, especially secondary sanctions, as an instrument of statecraft, the emergence of new technology-driven tools of coercion, including in the realm of cyber-operations, and the resort by some powers to what have been dubbed "grayzone tactics" to exert pressure against their adversaries in the international system*», testo disponibile al sito archives.au.int/bitstream/handle/123456789/10450/EX%20CL%201368%20XLI_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Un'ulteriore area in cui si notano progressi significativi, grazie allo specifico contributo dell'AUCIL, è quella relativa al rafforzamento delle norme continentali, non solo per evitare colpi di Stato, ma anche per disciplinare le possibili forme di reazione da parte dell'UA in presenza di simili eventi. In questo contesto, l'AUCIL ha, dapprima, elaborato la definizione del reato di «cambio incostituzionale di Governo»²⁹ e, successivamente, ha preparato il testo delle varie modifiche³⁰ che poi sono confluite nel *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (Protocollo di Malabo, adottato nel giugno del 2014). Tale Protocollo, tra le altre cose, prevede anche l'attivazione di una *International Criminal Law Section* in seno all'*African Court of Justice and Human and Peoples' Rights* con competenza anche per i reati di «unconstitutional change of government»³¹. Il Protocollo di Malabo ha previsto pure l'allargamento della competenza dell'*African Court on Human and Peoples' Rights* ai crimini internazionali e a quelli transnazionali. Questa decisione ha sollevato, non solo in dottrina, ma anche tra gli Stati del continente, dubbi e perplessità sulla compatibilità di tale scelta con il sistema introdotto dalla Corte Penale Internazionale³². Questo forse spiega perché ad oggi solo 16 Stati hanno firmato il protocollo e nessuno Stato lo ha ratificato e conferma la sensazione che il Protocollo è stato inteso come atto

²⁹ Sul tema, si veda, in senso critico per l'imprecisione delle definizioni, M. GARCÍA-CASAS, *The Crime of Unconstitutional Change of Government: Concept and Main Hurdles in Its Implementation*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, 19, p. 565 ss.; G. KEMP e S. KINYUNYU, *The Crime of Unconstitutional Change of Government (Article 28E)*, in G. WERLE e M. VORMBAUM (eds.), *The African Criminal Court, International Criminal Justice Series 10*, The Hague 2017; H. VAN DER WILT, *Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court*, in C. JALLOH, K.M. CLARKE e V.O. NMEHIELLE (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge 2019, p. 619 ss. Nonché E. YEMISI OMOROGBE, *The AU and Disputed Presidential Elections*, in O. AMAO, M.O. LIVIER, e K.D. MAGLIVERAS (eds.), *The Emergent African Union Law. Conceptualization, Delimitation, and Application*, Oxford 2022, p. 251 ss.

³⁰ *AUICL Yearbook*, 2013, p. 84, testo disponibile al sito au.int/sites/default/files/newsevents/reports/32068-rp-report_of_the_second_extraordinary_session_of_the_aucil.pdf.

³¹ Art. 28E dello Statuto, modificato, della Corte Africana.

³² Si veda, sul tema, S. NIMIGAN, *The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of Regional Complementarity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, 17, p. 1005 ss. Più in generale, sulla tormentata vicenda delle relazioni tra l'UA e la CPI, si veda S. DOV BACHMANN, N.A. SOWATEY-ADJEI, *The African Union-ICC Controversy Before the ICJ: A Way Forward to Strengthen International Criminal Justice?* in *Washington International Law Journal*, 2020, p. 247 ss.

«polemico» nei confronti dell'eccessiva e quasi esclusiva attenzione dedicata dalla CPI – al tempo – al continente africano.

In occasione della riunione congiunta del 9 novembre 2022 con il PSC³³, è stato affidato all'AUCIL un nuovo compito in materia di cyber-security. L'UA aveva adottato, già nel 2014 e dopo una lunga e faticosa attività negoziale durata quasi 3 anni, la *African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection (Malabo Convention)* la quale, però, non è mai entrata in vigore. Il PSC ha ripreso il tema nel 2016 evidenziando come i *cyber-crimes* minaccino la sicurezza del continente africano³⁴ (questa affermazione trova puntuale conferma anche in un recente rapporto di Interpol)³⁵ e ribadendo l'importanza di creare dei fori regionali per promuovere la sicurezza e la stabilità nel *cyber-space*. Proprio in tale contesto, il PSC ha deciso di convocare, a novembre 2022, la prima riunione congiunta con l'AUCIL nella quale ha chiesto a quest'ultima di predisporre un *Draft Statement on the Application of International Law to Cyberspace*³⁶. All'AUCIL viene offerta, quindi, una straordinaria occasione per contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in Africa in un'area cruciale per la salvaguardia della pace e della sicurezza nel continente. Questo compito consentirà, forse, l'avvio di una riflessione sui motivi della mancata ratifica della Convenzione di Malabo e la conseguente elaborazione di un testo modificato che sia più facilmente accettabile dagli Stati membri dell'UA.

³³ Si veda, *ultra*, *Engagement between the PSC and the AU Commission on International Law (AUCIL) on international law and cyberspace*, 9 November 2022, disponibile al sito amaniafrica-et.org/engagement-between-the-psc-and-the-au-commission-on-international-law-aucil-on-international-law-and-cyberspace/.

³⁴ «Cybersecurity concerns are broader than national security and that they can become a planetary emergency with the potential of amplifying the traditional security threats that include terrorism and violent extremism. In the absence of regulation, the cyberspace therefore poses a serious risk to the national, regional, and international peace and stability». Peace and Security Council, 627th meeting, 26 September 2016, PSC/PR/BR. (DCXXVII), testo disponibile al sito www.peaceau.org/uploads/psc-pr-627-cyber-security-26-9-2016.pdf.

³⁵ INTERPOL, *African Cyberthreat Assessment Report*, 2011, testo disponibile al sito: interpol.int/en/News-and-Events/News/2021/INTERPOL-report-identifies-top-cyberthreats-in-Africa.

³⁶ A giustificazione di tal richiesta, il PSC, dopo aver enfatizzato che «*cyberspace and information and communication technologies are essential for promoting peace, security, stability and development in all countries and regions*» ha sottolineato «*the urgent need for a Common African Position on the application of international law on Cyberspace, as well as the need for Africa to actively engage in the process of articulating the rules of international law in this regard*».

Altri temi affrontati, in via ancora del tutto preliminare, dalla Commissione sono legati all'ambiente, alla lotta contro la pirateria marittima, alla cooperazione giudiziaria e mutua assistenza nel continente africano³⁷, al fenomeno migratorio in Africa³⁸, nonché alla riparazione dei danni inflitti al continente africano a seguito dell'esercizio delle attività di cattura degli schiavi nel continente stesso³⁹.

In materia di diritti umani, intesi come una delle dimensioni della pace e della sicurezza nel continente, la Commissione ha operato su diversi piani: in primo luogo ha elaborato uno studio e poi una proposta di modifica dell'art. 5.1 del *Protocol on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights* allo scopo di consentire all'*African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child* l'accesso diretto alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁴⁰. Se tale proposta⁴¹ dovesse essere recepita, il sistema continentale di protezione dei diritti umani, e soprattutto dei minori, ne trarrebbe grande vantaggio in termini di efficienza e credibilità⁴².

³⁷ Si veda: H. GUELICH, *Development of an African Convention on Judicial Cooperation and Mutual Assistance*, au.int/en/auCIL/activities.

³⁸ Si veda, *ultra*, lo *Study on the development of a continental legal framework on Migration in Africa*, preparato dallo Special Rapporteur della Commissione, Prof. Cheikh T. Thiam, au.int/en/auCIL/activities.

³⁹ Il Consiglio Esecutivo dell'UA, infatti, aveva richiesto all'AUCIL «to include in its work, research and appropriate studies on the Juridical basis for reparations for slavery and other related matters inflicted on the African Continent»: *Decision on the Activity Report of the African Union Commission on International Law*, Doc. EX.CL/Dec.579(XVII), 25 luglio 2010, testo disponibile al sito portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-DEC/EX%20CL%20DEC%20579%20(XVII)%20_E.pdf.

L'AUCIL ha adottato il *Report on the Study on the Juridical basis for reparations for slavery and other related matters inflicted on the African continent* nel gennaio 2016 e lo ha inoltrato alle competenti autorità dell'UA che, peraltro, non hanno dato alcun seguito a quanto ivi raccomandato: testo disponibile al sito portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%20926%20(XXVII)%20_E.pdf.

⁴⁰ *Decision on the Activity Report of the African Union Commission on International Law (AUCIL)*, Doc. Ex.CL/1208(Xxxvi), cit.

⁴¹ La proposta della Commissione è disponibile al sito [https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201208%20\(XXXVI\)%20_E.pdf](https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201208%20(XXXVI)%20_E.pdf).

⁴² L'importanza e l'urgenza di rafforzare il meccanismo di enforcement dell'African Charter on the Rights and Welfare of the Child è stata evidenziata anche dalla migliore dottrina: si veda, ad esempio, A. KAVIANI JOHNSON e J. SLOTH-NIELSEN, *Child protection, safeguarding and the role of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child: Looking back and looking ahead*, in *African Human Rights Law Journal*, 2020, 20, p. 643 ss.

Sempre in questo contesto, l'AUCIL ha avviato la preparazione di norme modello che i singoli Stati del continente possono utilizzare per la puntuale attuazione, nei rispettivi ordinamenti nazionali, dell'*African Charter on the Rights and Welfare of the Child* nonché del *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa*⁴³. L'AUCIL ha iniziato anche a lavorare, su espressa richiesta del Consiglio Esecutivo dell'UA, alla preparazione di una Convenzione africana contro la schiavitù⁴⁴.

Infine, sia pure meno rilevante ai fini di questo contributo, deve essere ricordata l'attività a favore della diffusione del diritto internazionale⁴⁵. In questo quadro sono stati avviati, su base annuale, degli *UN Regional Courses on Africa*⁴⁶ e dei *Forum on International Law*⁴⁷. Infine la Commissione ha deciso, nel novembre 2021, di istituire anche un premio speciale per la migliore tesi di dottorato «on

⁴³ Si veda *ultra* al sito organs.au.int/en/news/press-releases/2022-03-21/20th-ordinary-session-african-union-commission-international-law. Questi modelli di legislazione nazionale sono abbastanza utilizzati nel continente africano; si veda, ad esempio, il *AU Model National Law on Universal Jurisdiction over international crimes*, adottato dal Consiglio Esecutivo dell'UA già nel 2012: il testo è disponibile al sito un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/african_union_e.pdf.

⁴⁴ L'Amb. Istata, membro della Commissione e responsabile dello «*Study on African Convention Against Slavery*» aveva giustificato l'urgenza di arrivare ad una convenzione continentale contro la schiavitù alla luce della constatazione che «*most legal instruments addressing the illegality of slavery were drafted without taking into consideration Africa's perspective and the recent events leading to the youth of Africa facing slavery*»: il testo è disponibile al sito [https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201130%20\(XXXIV\)%20_E.pdf](https://portal.africa-union.org/DVD/Documents/DOC-AU-WD/EX%20CL%201130%20(XXXIV)%20_E.pdf). Nel Rapporto sulle attività dell'AUCIL per il periodo gennaio-giugno 2022, emerge che la Commissione ha chiesto al Rapporteur «*to emphasize the historical references, to reflect on the current context and modern forms of slavery as well as to enrich the content of the relatively short Convention by integrating, for example, several legal instruments*»: il testo è disponibile sul sito https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/10450/EX%20CL%201368%20XLI_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴⁵ Sul tema si veda anche O.D. AKINKUGBE, *The African Union*, cit.

⁴⁶ *Bureau of the African Union Commission on International Law*, 9 febbraio 2017, [au.int/en/documents/20170209/bureau-african-union-commission-international-law](https://organs.au.int/en/documents/20170209/bureau-african-union-commission-international-law).

⁴⁷ *Bureau of the African Union Commission on International Law*, cit. Questi Forum sono sempre dedicati a temi di grande attualità identificati dall'AUCIL: ad esempio, nel 2019, il tema scelto per l'ottavo Forum è stato «*Constitutional Democracy, Rule of Law and the fight against corruption*»: il testo è disponibile al sito afronomicslaw.org/2019/09/25/cfp-african-union-commission-on-international-law-constitutional-democracy-rule-of-law-and-the-fight-against-corruption/#:~:text=African%20Union%20Commission%20on%20International%20Law%20%28AUCIL%29%20is,and%20codification%20of%20international%20law%20on%20the%20continent

a subject of general interest and likely to make a real contribution to the study of African Union Law»⁴⁸.

6. Considerazioni conclusive e valutazione critica dell'operato della AUCIL

La decisione dell'UA di istituire la AUCIL deve essere sicuramente accolta in termini positivi⁴⁹. A quasi 15 anni dalla sua istituzione pare possibile procedere ad una disamina critica del suo operato. A tal fine si esamineranno, in primo luogo, gli aspetti di tipo amministrativo/organizzativo che la Commissione ha dovuto affrontare per poi passare ad evidenziare quelli prettamente politici.

Una questione ancora irrisolta e che ha certamente influenzato, in senso negativo, la capacità di lavoro della Commissione è legata alla carenza di una struttura amministrativa di supporto. La scelta di affidarne il Segretariato all'*Office of the Legal Counsel* dell'UA si è ben presto dimostrata inadeguata proprio a causa dell'incapacità di questo ufficio di servire le istituzioni dell'UA e, al contempo, la AUCIL. La proposta, condivisa anche dalla stessa⁵⁰, di creare un Segretariato amministrativo autonomo in Guinea Equatoriale, tenuto conto dell'offerta fatta a tale riguardo da questo Stato, meriterebbe essere discussa seriamente ed approvata rapidamente. Al contempo sarebbe necessario prevedere anche un incremento delle risorse finanziarie al fine dotare il Segretariato di un numero sufficiente di risorse umane dedicate ad assistere in maniera esclusiva l'AUCIL. La decisione dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo dell'UA che, nel febbraio 2022, ha incrementato in maniera significativa il numero delle risorse umane assegnate alla *General Legal Affairs Division* dell'UA, pur essendo un positivo passo in avanti non risolve il problema⁵¹. Al contempo andrebbero anche apportate alcune

⁴⁸ Il testo del Bando è disponibile al sito au.int/en/announcements/20211123/first-edition-african-union-commission-international-law-aucil-award-best-phd.

⁴⁹ In questo senso si veda anche E. STACY-ANN, *Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union's Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 77 ss.

⁵⁰ *Activity Report of the African Union Commission on International Law for the Period January-June 2022*, EX.CL1368 (XLI), 20 giugno 2022, testo disponibile al sito archives.au.int/bitstream/handle/123456789/10450/EX%20CL%201368%20XLI_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵¹ Assembly of the Union, Thirty-Fifth Ordinary Session, 5 - 6 February 2022 (Assembly/AU/Dec. 814(XXXV)), p. 13 s., testo disponibile al sito <https://>

piccole modifiche allo Statuto, come proposto dalla stessa AUCIL⁵², per rendere il proprio operato più spedito e rilevante. La decisione dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo dell'AU del 6 febbraio 2022 di approvare, finalmente, varie modifiche dello Statuto della AUCIL⁵³ deve essere salutata in termini positivi.

La visibilità esterna della AUCIL continua ad essere modesta, specie se comparata con quella di altri organismi simili, ed *in primis*, la CDI: a tal fine, oltre ad attività promozionali, sarebbe necessario e prioritario anche che la AUCIL avesse un proprio sito web dove gli studiosi possano facilmente trovare tutto il materiale rilevante elaborato dalla stessa. La redazione di questo contributo si è dimostrata più complessa del previsto proprio a causa della difficoltà di reperire i documenti ufficiali.

Dal punto di vista più prettamente politico emerge che l'effettivo impatto dei lavori dell'AUCIL è stato abbastanza limitato nei primi anni di attività: con poche eccezioni (ad esempio, quella relativa alla definizione del reato di «*unconstitutional change of regime*») i lavori dell'UA non sono stati influenzati da quelli della Commissione. Ad esempio le proposte elaborate dalla Commissione sulla riforma strutturale dell'UA sono rimaste inascoltate. Ciò non deve sorprendere considerata la natura di organo tecnico e consultivo dell'AUCIL. Preoccupa, invece, che i suoi lavori siano poco utilizzati e citati: raramente vi si trova un riferimento in articoli della dottrina o nella prassi degli Stati. Un esame comparato con i lavori della CDI, continuamente oggetto di disamina e commento da parte della dottrina, degli Stati e della giurisprudenza internazionale, evidenzia la disparità della situazione e l'urgenza di trovare dei rimedi. Molteplici possono essere le ragioni di questa situazione: ad esempio, la scarsa qualità dei contributi dati dalla Commissione stessa, la modesta visibilità assicurata agli stessi, le tematiche non sempre rilevanti o mature per suscitare l'interesse degli Stati del continente africano, la tempistica incoerente con le esigenze delle istituzioni africane, ecc. Un'ulteriore spiegazione di questa scarsa incisività è legata, forse, al limitato coinvolgimento degli Stati africani nelle attività della Commissione stessa. A differenza della ILC, dove gli Stati hanno molteplici op-

www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2022/08/a2022africaDoc21UAAassembleaDecisions-Declarations-and-Resolution-of-the-Thirty-Fifth-Ordinary-Session-of-the-Assembly-of-the-Union.pdf.

⁵² *Activity Report of the African Union Commission on International Law for the Period January-June 2022*, cit.

⁵³ Assembly of the Union, Thirty-Fifth Ordinary Session, 5 - 6 February 2022, cit.

portunità, che vengono effettivamente utilizzate con regolarità, di interagire con la ILC, nel caso della AUCIL ciò avviene in maniera del tutto sporadica. Le proposte di organizzare alcune sessioni aperte per consentire le necessarie interazioni con gli Stati membri dell'UA e quelle di realizzare attività promozionali presso gli Stati membri allo scopo di fare meglio conoscere il ruolo e le attività della Commissione stessa⁵⁴ non possono più essere ignorate e devono essere attuate in tempi rapidi⁵⁵. Per gli stessi motivi hanno avuto, purtroppo, scarsa fortuna anche i *Draft Model Law* predisposti dalla Commissione: sebbene non vi siano dati precisi riguardo al loro effettivo utilizzo, non vi sono neppure indicazioni del fatto che gli Stati vi abbiano fatto riferimento. Il fatto che negli ultimi anni non si sia proseguito su questa strada conferma il limitato successo ed impatto degli stessi. Ciò non inficia, però, la validità della scelta operata a suo tempo: una standardizzazione delle modalità di attuazione negli ordinamenti nazionali di queste convenzioni regionali contribuirebbe certamente ad un maggiore rispetto delle stesse.

Negli anni più recenti si è, comunque, assistito ad un lento miglioramento dovuto, in parte, anche al fatto che sempre più spesso sono gli stessi organi dell'UA ad attivare l'AUCIL con specifiche richieste al fine di migliorare la qualità della loro attività ed individuare soluzioni praticabili per risolvere problemi complessi e di lunga durata. A titolo esemplificativo si può citare la riflessione richiesta all'AUCIL sul Protocollo di Malabo del 2014 la cui mancata ratifica rappresenta un freno all'azione dell'UA privandola di nuovi poteri e competenze per contribuire in maniera più efficace al consolidamento della pace e della sicurezza nel continente africano.

⁵⁴ AU Executive Council, Thirty-Third Ordinary Session, 28-29 June 2018 (EX.CL/Dec.1008-1030 (XXXIII)), Decision on the Report of the African Union Commission on International Law, testo disponibile al sito au.int/sites/default/files/decisions/34655-ex_cl_dec_1008_-1030_xxxiii_e.pdf.

⁵⁵ La reazione su questo tema da parte della Commissione si è limitata all'organizzazione di un evento su «*Enhancing Cooperation between the African Union Commission on International Law and Member States*» che si è tenuto a margine della ventesima sessione a fine marzo 2022, nel corso della quale sono emerse critiche degli Stati all'AUCIL per il limitato coinvolgimento degli stessi nei lavori della Commissione e proposte di nuove forme di interazione: «*While commending the AUCIL initiative for organizing the interaction, Representatives of Member States observed also that the knowledge of the AUCIL and its achievements among Member States are not necessarily what would have benefitted an institution of such importance*». Si vedano anche le posizioni, sia pure timide, espresse, di recente, dall'AUCIL a tale riguardo: *Activity Report of the African Union Commission on International Law for the Period January-June 2022*, cit.

L'istituzione dell'AUCIL rappresenta un passo significativo per rafforzare il contributo del continente africano alla costruzione delle regole internazionali sia a livello universale che a livello regionale. I compiti affidati alla Commissione sono ampi e le potenzialità di azione potrebbero essere realmente determinanti. Per concretizzare tutto ciò, è però necessario non solo che l'UA assicuri le risorse necessarie alla Commissione, ma anche che la stessa individui rapidamente nuove regole di funzionamento e nuovi metodi di lavoro che le consentano di conseguire gli ambiziosi obiettivi che le sono stati affidati.

PAOLO PALCHETTI*

Les sujets inscrits à l'ordre du jour : chronique de la fin annoncée des traités ?

TABLE DES MATIÈRES: 1. Les sujets inscrits à l'ordre du jour. – 2. Les sujets qui ont fait l'objet d'une codification « molle ». – 3. Les projets d'articles qui ont vocation à devenir des traités. – 4. Chronique de la fin annoncée des traités ?

1. *Les sujets inscrits à l'ordre du jour*

Au début des travaux de la soixante-troisième session, en 2022, six sujets étaient inscrits à l'ordre du jour de la Commission du droit international¹. Trois sujets ont été ajoutés pendant cette session, la Commission ayant décidé d'inscrire à son programme de travail les thèmes du « Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties », de la « Prévention et répression de la piraterie et du vol à main armée en mer », et des « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international »². Si l'on observe le travail jusqu'ici mené sur certains sujets et la position exprimée par les rapporteurs spéciaux à propos d'autres sujets, on peut arriver à la conclusion que dans seulement deux cas le travail de la Commission semble être destiné à aboutir à un projet d'articles qui a la vocation d'être transformé en traité. Il s'agit notamment des travaux sur « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat »³ et sur « La Prévention et répression de

* Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

¹ V. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2022)*, AG Doc. Off. 77^e session (A/77/10), § 11.

² *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2022)*, cit., § 20.

³ A la date de 2022, la Commission a adopté en première lecture 18 projets d'articles et un projet d'annexe. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2022)*, cit., § 16.

la piraterie et du vol à main armée en mer »⁴. En ce qui concerne les sujets « La protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » et « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », la Commission a adopté en deuxième lecture ces textes, en leur donnant la forme, respectivement, de projets de principe et de projets de conclusion⁵. Pour le sujet « Succession d'Etats en matière de responsabilité de l'Etat », la Commission a décidé « que ses travaux sur le sujet devraient déboucher sur des projets de directive, plutôt que des projets d'article »⁶. Les travaux sur les autres sujets semblent viser l'adoption d'un projet de directives (« Règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties »)⁷, d'un projet de conclusions (« Principes généraux du droit »)⁸ et d'un projet de rapport (« L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international »)⁹.

Un certain nombre de considérations peuvent être faites à partir de ce rappel des sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission. En premier lieu, on peut noter que, avec sept sujets à l'ordre du jour, la charge de travail est significative. Cela – soit dit en passant – pose la question de savoir si cette prolifération des sujets n'affecte pas la capacité de la Commission à s'engager en profondeur dans le travail de codification des différends sujets, surtout si le produit final aspire à devenir le texte d'une convention¹⁰. Une deuxième constatation concerne le fait que sur les sept sujets à l'étude de la Commission, la possibilité d'aboutir à l'adoption d'un traité semble rester ouverte seulement dans deux cas. Comme cela a été abondamment

⁴ Dans son premier rapport, présenté en 2023, le rapporteur spécial, Yacouba Cissé, a effectivement avancé des propositions de projets d'article.

⁵ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2022)* cit., §§ 12-15.

⁶ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2022)* cit., § 17.

⁷ V. le *Premier rapport sur le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties*, présenté en 2023 par le rapporteur spécial, August Reinisch.

⁸ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2022)*, cit., § 18.

⁹ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2022)*, cit., § 19.

¹⁰ Pour l'observation que « la Commission dispose de peu de temps et qu'il faut donc savoir limiter les ambitions de son programme de travail », v. Y. DAUDET in *La Commission du droit international cinquante ans après : bilan d'activités*, New York 2000, p. 117. V. aussi ID., *Actualités de la codification du droit international*, in *Recueil des cours*, 2003, 303, p. 106.

observé, cette situation révèle un changement de perspective drastique par rapport aux situations antérieures. Typiquement, le produit final de la Commission était un projet d'articles soulevant la question – souvent ouverte jusqu'au dernier moment¹¹ – de l'opportunité de recommander aux États son adoption par voie conventionnelle. Aujourd'hui, la plupart des produits finaux de la Commission sont des projets de directives, des projets de conclusions, des guides de la pratique ou des rapports généraux. Cela semble également avoir déterminé un changement d'attitude de la part de la Commission par rapport à la question du moment le plus approprié pour choisir la forme conventionnelle ou autre d'un certain produit. Le projet d'articles n'étant plus le produit typique, et souvent le seul envisagé, la question de la forme est aujourd'hui tranchée par la Commission dès le début de ses travaux sur un certain sujet¹².

Beaucoup a déjà été écrit sur cette tendance récente de la Commission favorisant des instruments qui n'ont pas vocation à devenir des traités ou, plus généralement, sur les raisons qui poussent de plus en plus la Commission à ne pas considérer la forme conventionnelle comme l'aboutissement naturel (sinon le seul) de son travail. Pour expliquer ce phénomène, plusieurs analyses se sont concentrées sur les modifications qui sont intervenues dans les processus de création du droit au niveau international¹³. On a ainsi mis l'accent sur le fait que, en général, les États ne se montrent pas intéressés à ratifier des conventions issues du travail de la Commission, ainsi que sur la capacité croissante de la Commission à pouvoir influencer le développement du droit international général, surtout grâce au dialogue continu entre la Commission et les organes judiciaires internatio-

¹¹ V. C. TOMUSCHAT, *L'exemple de la Commission du droit international*, in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *La codification du droit international : Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris 1999, p. 189.

¹² Sur l'importance que la question de la forme soit tranchée au début du travail sur un certain sujet, v. M. WOOD, *The General Assembly and the International Law Commission: What Happens to the Commission's Work and Why?*, in I. BUFFARD, A. PELLETT, S. WITTICH (eds.), *International law between universalism and fragmentation : Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden-Boston 2008, p. 384.

¹³ V.S. VILLALPANDO, *Codification Light : A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations*, in *Brazilian Yearbook of International Law*, 2013, 63, p. 117 ss.; J.K. COGAN, *The Changing Form of the International Law Commission's Work*, in I. INGRAVALLO, R. VIRZO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden 2015, p. 275 ss.; ID., *The Decline of Drafts*, in *International Organizations Law Review*, 2014, 11, p. 1 ss.; L.R. HELFER, T. MEYER, *The Evolution of Codification : A Principal-Agent Theory of the International Law Commission's Influence*, in *University of Georgia School of Law Research Paper Series*, 2015, p. 1 ss.

naux. Le recours de plus en plus fréquent à des instruments qui n'ont pas vocation à devenir contraignants constituerait la réponse de la Commission à cette transformation des modes de production du droit dans la société internationale¹⁴.

Sans méconnaître l'importance de cet aspect, la présente analyse aborde le problème dans une autre perspective, moins axée sur le rôle de la Commission comme agent de développement du droit international, et plus attentive à étudier les dynamiques concrètes qui peuvent orienter l'action de la Commission. Elle se propose d'examiner la relation qui existe entre le type d'instrument et le sujet abordé par la Commission, le but étant d'identifier les éléments qui peuvent favoriser, par rapport à un certain sujet, le choix d'un projet de conclusions ou de directives plutôt que d'un projet d'articles qui a vocation à devenir un traité. À la lumière de cet examen, j'essayerai de répondre à la question qui apparaît dans l'intitulé de cette contribution : peut-on voir, dans la liste des sujets qui sont actuellement à l'ordre du jour de la Commission, la chronique de la fin annoncée des traités ?

2. *Les sujets qui ont fait l'objet d'une codification « molle »*

Si l'on considère les sujets sur lesquels la Commission, dès le début, ne semble pas avoir eu l'intention d'emprunter la voie conventionnelle, on peut observer qu'il y a des sujets qui ne semblent pas se prêter à une codification « dure » ou par voie de traité. Par rapport à ces cas, le choix de la Commission semble donc être dicté par la nature même du sujet plutôt que par une volonté d'éviter la voie conventionnelle. Les récents travaux sur « La détermination du droit international coutumier », « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) » ou « Principes généraux du droit » permettent de bien saisir cet aspect.

La possibilité d'entreprendre un travail de codification sur la question concernant l'identification du droit international coutumier ou sur les autres sources de droit international avait déjà été prise en considération par la Commission à ses débuts. Le mémorandum pré-

¹⁴ V. A. PRONTO, *Some Thoughts on the Making of International Law*, in *Eur. J. Int. L.*, 2008, p. 613, qui parle d'un « sort of post-modernist take on the codification of international law, which minimized the importance of treaties while preferring the development of the law through the continuing development of customary international law ». V. aussi S. VILLALPANDO, *Codification Light*, cit., p. 150; J.K. COGAN, *The Changing Form*, cit., p. 289.

paré en 1948 par le Secrétaire général, qui avait pour but de fournir un examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission, contient à ce propos un passage fort intéressant, qu'il convient de reproduire entièrement :

« La définition des sources du droit international, telle qu'elle est donnée à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, a pourvu avec succès à la codification de cet aspect du droit international. Les tribunaux internationaux d'arbitrage ont considéré à maintes reprises que cette définition s'imposait à leur juridiction. On peut douter de l'utilité que présenteraient des tentatives faites pour la préciser, telle que la définition des conditions de la formation et de la désuétude de la coutume internationale ou l'énumération, à titre d'exemple, de certains principes généraux du droit que l'article 38 du Statut reconnaît comme une des trois sources essentielles du droit que la Cour applique. L'introduction d'une définition des sources du droit international dans un plan général de codification répondrait à la nécessité d'une symétrie systématique, en dehors de tout besoin pratique pressant. Cependant, tout commentaire accompagnant la définition qui réunirait la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et celles des autres tribunaux internationaux, quant à l'application des diverses sources du droit international, serait d'une utilité certaine »¹⁵.

L'indication que l'on dégage de ce passage est qu'une codification des règles en matière de formation et d'identification du droit international coutumier (ou des principes généraux de droit ou de normes de *jus cogens*) serait d'une utilité douteuse alors qu'un commentaire qui précise la notion de coutume internationale à lumière de la jurisprudence des tribunaux internationaux serait d'une utilité certaine.

L'approche actuelle de la Commission ne semble pas s'éloigner de l'approche indiquée en 1948. Comme l'a souligné le rapporteur spécial en matière de « Détermination du droit international coutumier », Michael Wood, « l'objectif n'est pas de chercher à codifier des 'règles' relatives à la formation du droit international coutumier »¹⁶.

¹⁵ « Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international (mémoire du Secrétaire général) », *Annuaire de la Commission du droit international 1949*, p. 24, § 33.

¹⁶ V. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, AG Doc. Off. 66^e session (A/66/10), Annexe A, § 4. V. aussi M. WOOD, *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, AG Doc. Off. A/CN.4/663, p. 9, §18 (« Il ne faut pas s'attendre à ce que les résultats des travaux de la Commission se présentent sous la forme d'une série de règles immuables qui permettraient d'identifier les règles du droit international coutumier »).

Cela surtout en raison du fait que « [l]a souplesse demeure une caractéristique essentielle de la formation du droit international coutumier »¹⁷. C'est afin de préserver cette souplesse que la forme conventionnelle a été écartée dès le début : « une convention ne conviendrait guère dans ce domaine et ne correspondrait pas à la nécessité de préserver la souplesse inhérente au processus coutumier »¹⁸.

Des considérations de ce type ont aussi eu un rôle dans le choix de la forme donnée aux travaux de la Commission sur le « *Jus cogens* » et « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ». Ici aussi, l'exigence de souplesse liée à la nature du sujet a favorisé le recours à des instruments qui n'ont pas vocation à devenir des traités. D'ailleurs, comme l'a observé le rapporteur spécial sur le dernier sujet, George Nolte, le recours à une codification « molle » apparaît justifié, « ne serait-ce que parce que des directives d'interprétation ne sont pratiquement jamais codifiées, même dans les systèmes juridiques internes »¹⁹.

Un deuxième élément qui semble avoir un rôle dans le choix de la forme non conventionnelle est représenté par le fait que le sujet abordé par la Commission a déjà fait l'objet, au moins en partie, d'un projet de codification. C'est le cas, par exemple, des sujets tels que « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », « L'application à titre provisoire des traités » et, pour certains aspects au moins, le « *Jus cogens* », sujets qui couvrent des domaines qui sont déjà régis par un traité – la Convention de Vienne sur le droit des traités – adopté sur la base d'un projet de codification de la Commission. Le sujet de « La clause de la nation la plus favorisée » peut être inclus dans cette catégorie, même si, dans ce cas, le projet de la Commission n'avait pas conduit à l'adoption d'un traité. L'approche de la Commission envers ces différents sujets présente des éléments en commun. L'objectif de ces travaux n'est pas « de modifier ou d'écarter les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 »²⁰ ou de « réviser » le projet d'articles

¹⁷ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, cit.

¹⁸ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (2012)*, AG Doc. Off. 67^e session (A/67/10), § 166.

¹⁹ G. NOLTE, *Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, AG Doc. Off. A/CN.4/660, p. 5, § 6.

²⁰ V. l'introduction du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, cit., p. 40, § 6.

de 1978 sur la clause de la nation la plus favorisée²¹. Il s'agit plutôt de clarifier leur contenu et éventuellement de combler leurs lacunes à la lumière de la pratique la plus récente²². On a ainsi observé que « si l'article 25 de la Convention de Vienne établit un cadre normatif général pour l'application à titre provisoire des traités, il n'inclut pas l'intégralité du régime juridique applicable en l'occurrence »²³; ou « si le projet de 1978 pose les principaux fondements juridiques de la définition et du sens des clauses NPF et du traitement NPF et qu'il énonce des principes de base, il ne fournit pas d'orientations sur des questions particulières d'interprétation qui peuvent se poser au regard des termes spécifiques employés dans un traité donné »²⁴. Par rapport à ces travaux on pourrait donc parler d'une sorte de « mise à jour » des règles déjà codifiées.

Il n'est certainement pas surprenant de constater que la Commission se préoccupe de mettre à jour ses précédents projets sur un certain sujet. Dans un article paru en 1992, Roberto Ago, en se référant aux avantages et aux inconvénients d'une codification par traité, avait prévenu qu'« [i]l faut, aujourd'hui surtout, être préparé à des ajustements périodiques si l'on veut que la discipline établie à un moment donné soit durable et ne devienne pas un obstacle à une évolution autrement souhaitable »²⁵. En l'effet, l'impression est que, à l'avenir, la Commission sera de plus en plus engagée dans un travail de réexamen des questions qui ont déjà fait l'objet d'un travail de co-

²¹ V. le rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (2015)*, § 7.

²² Cela semble être aussi le but poursuivi par la Commission par rapport au sujet de « La protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », même si dans ce cas le sujet n'a pas déjà fait l'objet d'un projet de codification de la Commission. Comme l'a souligné la rapporteuse spéciale, « le point de départ des travaux de la Commission sur ce sujet » est que « la Commission n'a ni l'intention ni la capacité de modifier le droit des conflits armés ». Le but est plus simplement « de s'intéresser à l'établissement et à l'articulation des principes directeurs et des obligations » en la matière. V. M.G. JACOBSSON, *Rapport préliminaire sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés*, AG Doc. Off. A/CN.4/674, p. 18, § 62.

²³ J.M. GÓMEZ-ROBLEDO, *Premier rapport sur l'application à titre provisoire des traités*, AG Doc. Off. A/CN.4/664, p. 10, § 36.

²⁴ *Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*, in *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (2015)*, cit., pp. 196-197, § 159.

²⁵ R. AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1992, p. 572. Sur ce problème de « vieillissement » des textes élaborés par la Commission, v. aussi les observations de V. LOWE in *La Commission*, cit., p. 125.

dification. Il faut souligner que, quand la Commission s'engage dans ce type d'exercice, elle manifeste une préférence pour une codification « molle ». Bien entendu, rien n'interdit une solution différente. La voie conventionnelle est toujours possible et nul n'exclut que la Commission puisse considérer nécessaire de réviser un texte qu'elle a élaboré ou puisse proposer des adjonctions à une convention existante²⁶. Nous maintenons toutefois cette impression que, par rapport à ce type de thèmes, le « Guide à la pratique en matière de réserves aux traités » a fixé un modèle que la Commission tend à suivre²⁷. D'ailleurs, les avantages que présente le recours à des instruments non conventionnels dans ce contexte ne sont pas négligeables. S'il est vrai que les règles codifiées par la Commission, surtout dans le contexte du droit des traités ou du droit de la responsabilité, ont souvent une portée très générale et manquent de précision juridique, prétendre détailler leur contenu par des règles « dures » risque de geler excessivement une réglementation, qui, par sa nature, est caractérisée par une certaine souplesse et qui tend souvent à se développer de façon plutôt rapide. De ce point de vue, une codification « molle » permet à la Commission de contribuer à éclaircir la pratique des États, et de cette manière de contribuer à sa sécurité juridique, sans mettre en discussion des règles générales qui sont désormais consolidées, et sans prétendre fixer des règles « dures » plus spécifiques, qui risquent d'être rapidement dépassées dans la pratique.

Ce type de considérations semble également avoir eu un rôle dans la récente décision de la Commission d'effectuer un changement de forme en ce qui concerne le résultat final de ses travaux sur le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État ». La solution consistant à adopter des projets de directives, plutôt que des projets d'articles, semble avoir été dictée, parmi d'autres raisons, par la reconnaissance de la nature spécifique des règles existantes en la matière. Comme l'a observé un membre de la Commission, on peut se demander « s'il convient d'élaborer un projet d'articles sur des règles subsidiaires à la règle générale de la succession d'États par voie d'accord » ; vu le caractère subsidiaire de ces règles, « les projets d'articles s'apparentent davantage à des recommandations ou à des directives »²⁸.

²⁶ V. sur ce point les observations de A. MAHIOU, *Rapport général. Introduction: le paradigme de la codification*, in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *La codification*, cit., p. 186.

²⁷ V.S. VILLALPANDO, *Codification Light*, cit., p. 138.

²⁸ V. l'intervention de N. Oral lors de la 3582e séance (17 mai 2022).

Une troisième considération qui peut influencer le choix quant à la forme d'un certain travail concerne le caractère politiquement délicat ou controversé du sujet abordé par la Commission²⁹. Par rapport aux sujets récemment à l'ordre du jour de la Commission, une telle considération semble avoir eu un poids significatif dans la détermination de la forme à donner au résultat de son travail sur « La protection de l'atmosphère ». L'inscription de ce sujet au programme de travail de la Commission a été subordonnée à toute une série de conditions, entre lesquelles que « [l]es travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer des projets de directives, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques »³⁰. La Commission n'a pas indiqué de façon claire les raisons qui l'ont conduite à préférer un projet de directives plutôt qu'un projet d'articles ayant vocation à devenir un traité. Cette préférence apparaît néanmoins strictement liée au caractère politiquement controversé du sujet. Les conditions qui ont été posées par la Commission au rapporteur spécial indiquent quelles sont les craintes de la Commission à ce propos, à savoir le risque d'« empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance », et qu'à ce titre son travail ne devrait pas viser « à 'comblé' les lacunes » de certains régimes conventionnels³¹. Ainsi, la préférence pour une codification « molle » semble être ici dictée essentiellement par la volonté de la Commission de « garder profil bas » sur une question qui touche à des enjeux politiques très délicats.

Par rapport aux sujets actuellement à l'ordre du jour de la Commission, des considérations de ce type ont été faites lors du débat concernant le champ d'application matériel et temporel du sujet rela-

²⁹ En général, sur l'opportunité que la Commission s'occupe de sujets politiquement controversés, v. les remarques critiques de A. PELLET, *The ILC Adrift? Some Reflexions from Inside*, in M. POGACNICK (ed.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations, Liber Amicorum in Honour of Ernest Petric*, Novi Gorici 2011, p. 307, et de G. NOLTE, *The International Law Commission Facing the Second Decade of the Twenty-first Century*, in U. FASTENRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER, C. VEDDER (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford 2013, p. 791.

³⁰ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (2013)*, AG Doc. Off. 68^e session (A/68/10), § 168.

³¹ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (2013)*, cit.

tif à « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international ». En particulier, des membres ont soutenu la nécessité de limiter les travaux de la Commission, en observant que « certains aspects du sujet soulevaient des questions difficiles et sensibles relevant du politique, à l'égard desquelles la Commission devrait faire preuve de prudence »³².

3. *Les projets d'articles qui ont vocation à devenir des traités*

Comme nous l'avons déjà observé, la Commission a rarement décidé de s'engager dans la préparation d'un projet d'articles ces dernières années. Il s'agit alors d'identifier, à la lumière des débats jusqu'ici menés au sein de la Commission ou dans la Sixième Commission, les éléments qui peuvent favoriser ou restreindre l'emprunt de cette voie.

Concernant le sujet « Crimes contre l'humanité », la Commission, après avoir adopté en deuxième lecture un texte de projet d'articles en 2019, a préconisé « l'élaboration, par l'Assemblée générale ou par une conférence internationale de plénipotentiaires, d'une convention fondée sur le projet d'articles »³³. L'argument principal qui justifiait l'adoption d'une convention a été avancé par le rapporteur spécial, Sean Murphy, dans son premier rapport : « Une convention mondiale sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et la coopération entre Etats en la matière semble être un élément essentiel manquant au cadre juridique international actuel, en particulier au droit international humanitaire, au droit pénal international et au droit international des droits de l'homme »³⁴. Le besoin de combler une lacune – notamment le fait qu'il n'existe aucun traité sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, alors même que des traités de ce type existent pour d'autres crimes – constitue sans doute un argument fort pour soutenir le recours à la voie conventionnelle. Pourtant, une question se pose au sujet de la spécificité d'un tel traité par rapport à d'autres traités qui touchent à des aspects spécifiques de la matière. Le risque qu'un nouveau traité puisse empiéter sur les

³² *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2022)*, cit., p. 350.

³³ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session (2019)*, AG Doc. Off. 74^e session (A/74/10), p. 10.

³⁴ S.D. MURPHY, *Premier rapport sur les crimes contre l'humanité*, AG Doc. Off. A/CN.4/680, p. 7, § 12.

régimes établis par d'autres traités est un élément qui ne plaide pas en faveur de l'élaboration d'un instrument conventionnel. En matière de crimes contre l'humanité, la question se pose surtout au sujet du risque d'empiètement avec le régime du Statut de Rome qui établit la Cour Pénale Internationale. Un certain nombre d'Etats ont souligné ce risque au sein de la Sixième Commission³⁵. De son côté, le rapporteur spécial s'est préoccupé de préciser qu'« [u]ne convention relative aux crimes contre l'humanité devrait s'inspirer des dispositions et des dispositifs établis par les régimes conventionnels pertinents existants, mais aussi éviter tout conflit avec ces derniers »³⁶.

En ce qui concerne le projet sur « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat » – peut-être le sujet le plus important actuellement à l'ordre du jour de la Commission – la question de la forme à donner aux résultats des travaux de la Commission semble être plus complexe. Jusqu'ici, le travail de la Commission sur ce thème a suscité des réactions variées au sein de la Sixième Commission³⁷. Les Etats ont exprimé des positions divergentes sur de nombreuses questions concernant l'immunité des organes de l'Etat, ce qui peut entraîner des doutes quant à la possibilité qu'un texte de convention adopté sur la base des travaux de la Commission puisse être ratifié par un nombre élevé d'Etats. De ce point de vue, les risques d'un échec sont réels, et il a pu être déconseillé de venir tenter ici de suivre la voie conventionnelle³⁸. Toutefois, un argument fort peut être avancé pour soutenir l'opportunité d'une codification aboutissant à un texte contraignant. La raison est tout à fait spécifique et concerne le contenu des règles codifiées par la Commission. Il s'agit d'une question rarement évoquée et qui a trait à la mise en œuvre du droit international, tel que codifié par la Commission, dans le droit interne des Etats. En effet l'application des règles en matière d'immunité – qu'il s'agisse de l'immunité d'un Etat, d'un organe ou d'une organisation internationale (ce dernier sujet figurant dans le programme de travail à long terme de la Commission³⁹) – relève es-

³⁵ S.D. MURPHY, *o. c.*, p. 9, note 14.

³⁶ S.D. MURPHY, *o. c.*, p. 10, § 20.

³⁷ Pour un examen de la position des Etats au sein de la Sixième Commission, v. L.R. HELFER, T. MEYER, *The Evolution*, cit. p. 16.

³⁸ Ainsi, selon L.R. HELFER, T. MEYER, *The Evolution*, cit., p. 17, « this example illustrates the dangers of trying to win consensus on a treaty, and the advantages for the Commission of looking beyond the General Assembly to find an audience for its work ».

³⁹ V. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, cit., p. 307.

sentielle de la compétence des juges internes. Pour les juges internes, surtout dans certains Etats, il existe une grande différence selon que la règle d'origine internationale soit contenue dans un traité capable de produire des effets dans l'ordre juridique interne de l'Etat ou dans un instrument non contraignant⁴⁰. Cet élément a joué un rôle important lors de la décision de transformer le projet d'articles sur l'immunité des Etats en une convention internationale⁴¹. La même considération garde toute son importance, à l'avenir, par rapport à la question de l'immunité des organes étatiques ou, plus tard, à celle de l'immunité d'une organisation internationale. La Commission devra tenir compte de cet élément quand elle devra choisir la forme finale à donner au projet d'articles élaboré dans ce domaine.

Le projet d'articles en matière de « protection des personnes en cas de catastrophe », qui a été adopté en deuxième lecture en 2016, pose des problèmes encore différents. La Commission a recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles⁴². En Sixième Commission, la majorité des Etats qui ont pris position sur la question ont manifesté une préférence pour un instrument non contraignant. En particulier, il a été observé que le sujet « ne se prête probablement pas à une codification ou à un développement progressif étant donné la rareté des traités en la matière et l'absence de règles de droit international coutumier », alors qu'il « serait en pratique plus utile, pour susciter un appui généralisé, d'élaborer des directives non contraignantes ou une série de principes à l'intention des Etats et des autres parties concernées »⁴³.

En principe, les arguments en faveur de l'opportunité de transformer ce projet d'articles en traité ne manquent pas, sur la considération que, comme dans le cas du sujet concernant les « crimes contre l'humanité », se pose ici aussi le problème de combler une lacune normative. En l'effet, il est vrai que des codes de conduite en la matière existent déjà, alors même qu'il manque justement un traité

⁴⁰ Sur ce point, v. les observations de R. ROSENSTOCK, I. BROWNLIE, L. CAFLISH in *La Commission*, cit., pp. 68-69.

⁴¹ V. M. WOOD, *The General Assembly*, cit., p. 384 et F.L. BORDIN, *Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 542.

⁴² *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-onzième session (2016)*, AG Doc. Off. 71^e session (A/71/10), p. 10.

⁴³ V. la position du Royaume-Uni, A/C.6/63/SR.23, § 64. V. aussi la position de la Russie, A/C.6/69/SR.19, § 96, ou de la Chine, A/C.6/69/SR.20, § 24.

universel⁴⁴. En principe, on peut s'interroger sur le fait de savoir s'il existe vraiment un intérêt des Etats à arriver à un traité universel sur la protection des personnes en cas de catastrophe. En ce qui concerne le projet d'articles élaboré par la Commission, toutefois, la question qui se pose semble différente. Il faut se demander si les principes et les règles contenus dans ce projet sont tels qu'ils répondent aux besoins des Etats et des autres organisations concernées par ce domaine. Il s'agit, bien évidemment, d'une question cruciale afin d'évaluer l'opportunité d'emprunter la voie conventionnelle. De ce point de vue, le projet d'articles élaboré par la Commission contient des principes et des règles ayant un contenu souvent à la fois très général et très vague⁴⁵, alors même que les règles ayant un contenu plus spécifiquement prescriptif restent rares. La transformation du projet en traité se heurte donc à l'objection qu'un tel traité risque d'avoir une utilité pratique très limitée et pourrait ne pas répondre aux besoins effectifs des acteurs concernés par ce domaine.

4. *Chronique de la fin annoncée des traités ?*

On a souvent remarqué qu'on ne peut pas donner une réponse générale à la question de la forme à donner aux aboutissements des travaux de la Commission et que le choix de la forme dépend essentiellement du sujet⁴⁶. C'est à cette position qui semble s'inspirer aussi la Commission, laquelle a montré une approche très pragmatique par rapport à la question de la forme de ses travaux. En l'effet, l'analyse menée jusqu'ici sur les sujets actuellement à l'ordre du jour de la Commission révèle que, même quand la Commission décide de recourir à des instruments relevant de la *soft law*, les raisons à la base de ce choix peuvent être différentes. Le choix peut être déterminé par le contenu même du sujet, qui, par sa nature, ne se prête pas à une codification par traité, ou par le fait que le sujet en question n'a pas vraiment besoin de faire l'objet d'un nouveau traité mais plus simplement mérite d'être clarifié et intégré en tenant compte des nouveaux développements de la pratique. C'est encore parfois l'exigence

⁴⁴ Ce point a été souligné par la Fédération internationale des Sociétés de la Croix Rouge et du Croissant-Rouge dans son intervention en Sixième Commission. V. A/C.6/69/SR.21, § 76.

⁴⁵ V., par exemple, les projets d'articles 5 ou 15.

⁴⁶ En ce sens, v., entre autres, Y. DAUDET, *Sujets futurs*, cit., p. 249; M. WOOD, *The General Assembly*, cit., p. 383.

de « garder profil bas » qui pousse la Commission à préférer dès le début un instrument non contraignant. En même temps, tout en restant minoritaire, la voie conventionnelle demeure ouverte. La Commission continue de préparer des projets d'articles qui ont vocation à être transformés en traités et l'on a vu que, du moins par rapport à certains sujets, il y a des arguments forts pour soutenir l'opportunité d'emprunter la voie conventionnelle.

Cette dernière remarque nous conduit à la question inscrite en intitulé de la présente contribution. Il est probablement trop tôt pour parler de la fin annoncée des traités. La voie conventionnelle est aujourd'hui, certes, plus rare mais elle ne paraît pas encore morte. Le rôle qui pourra être accordé à cette voie dans les travaux futurs de la Commission reste lié à toute une série de facteurs. On se limitera ici à en indiquer deux.

Le premier aspect concerne le choix du sujet à inscrire à l'ordre du jour de la Commission. Sans doute, le recours à des instruments non contraignants a l'avantage de permettre à la Commission d'aborder l'étude de sujets qui ne se prêtent pas à une codification par traité. Dès le moment où la Commission a cessé de considérer le traité comme l'aboutissement naturel de ses travaux, elle est apparue plus libre quant au choix des sujets⁴⁷. Cette plus grande liberté constitue une conquête récente de la Commission, qui lui a permis d'élargir le champ de son action. Toutefois, cette tendance à recourir de plus en plus souvent à des instruments relevant de la *soft law* semble être à l'origine de certains choix de la Commission qui paraissent critiquables. On se réfère en premier lieu à la prolifération des sujets qui sont inscrits à l'ordre du jour de la Commission. Comme on l'a déjà observé, un nombre très large de sujets signifie peu de temps pour la Commission pour les étudier et peu de temps pour les Etats pour leur prêter l'attention qui leur est due. Il faut rappeler aussi le choix d'inscrire à l'ordre du jour des sujets qui ne semblent pas se prêter à un travail de codification par la Commission. Le sujet de la « Protection de l'atmosphère » offre un exemple pertinent. Nonobstant les difficultés du sujet tant sur le plan pratique que politique, la Commission est prête à l'examiner à la condition que le produit final de ce travail soit confié à un instrument non contraignant. On peut toutefois douter de l'opportunité que la Commission s'occupe d'un tel sujet, et cela indépendamment de la forme finale de son travail⁴⁸. Pour

⁴⁷ V. V. LOWE, *La Commission*, cit., p. 123 ; J.K. COGAN, *The Changing Form*, cit., p. 285 ; J.-C. GAUTRON, en *La codification du droit international*, cit., p. 245.

⁴⁸ V. les observations critiques de A. PELLET, *The ILC Adrift*, cit., p. 309.

que la voie conventionnelle reste une option effective, le choix des sujets a évidemment une importance cruciale. De ce point de vue, il serait important que dans le futur la Commission se concentre sur un nombre plus limité de sujets en choisissant des thèmes qui se prêtent davantage à une codification par traité. De tels sujets ne manquent pas dans le programme de travail à long terme de la Commission.

La deuxième observation concerne les éléments à prendre en considération afin d'évaluer l'opportunité pour la Commission de demander à l'Assemblée générale de transformer un projet d'articles en traité. A ce propos, il y a une tendance, qui se manifeste tant au sein de la Commission que dans la doctrine, à accorder une grande importance au risque qu'une convention ne puisse recevoir un nombre considérable de ratifications. Il faut se demander si l'importance accordée à cet aspect est vraiment justifiée. Nous avons l'impression que, parfois, l'on exagère les conséquences négatives qui peuvent découler de la non acceptation par un large nombre d'Etats d'un texte conventionnel qui constitue l'aboutissement des travaux de la Commission⁴⁹. Il est bien connu que les juges internationaux se réfèrent souvent à des conventions de codification pour établir l'existence de normes coutumières même si ces conventions n'ont reçu qu'un nombre très restreint de ratifications. Ainsi, la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a été jusqu'ici ratifiée seulement par 23 États, ce qui n'a pas empêché, par exemple, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de reconnaître que certaines dispositions de la Convention sur l'immunité des États correspondent au droit coutumier⁵⁰. La Commission ne devrait pourtant pas renoncer à recommander la voie conventionnelle uniquement à cause de la crainte d'un possible échec du traité. L'utilité d'une codification « dure » ne se mesure pas seulement sur la base du nombre de ratifications obtenu par un traité.

⁴⁹ V., en ce sens, A. PRONTO, *Some Thoughts*, cit., p. 611, selon lequel «*the idea that the low ratification of a treaty would be detrimental to its legal effect as a matter of general international law misses the point that law-making treaties do not necessarily need universal adherence to be deemed as such*».

⁵⁰ V., par exemple, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 23 mars 2010, requête no 15869/02, Cudak c. Lituanie, § 67, et 29 juin 2011, requête no 34869/05, Sabeh El Leil c. France, § 54.

MANLIO FRIGO*

Methods of dispute settlement, post-colonial restitutions and the increasing importance of due diligence in the international art trade

CONTENTS: 1. Alternative and «traditional» dispute settlement approach in the art market. – 2. The current debate on the post-colonial restitutions and the recent practice in Europe: the «Belgian approach». – 3. Advantages and drawbacks of in-court dispute resolution. – 4. Applicable law and jurisdiction issues. – 5. Advantages and main features of a legal due diligence. – 6. A multidisciplinary team of experts makes the difference. – 7. Authenticity and provenance. – 8. Provenance and nature of cultural goods. – 9. Title of ownership and international circulation. – 10. Criminal liability for partial or total failure to exercise due diligence. – 11. Responsible Art Market's guidelines and the end goal: a successful transaction.

1. *Alternative and «traditional» dispute settlement approach in the art market*

Contemporary international practice in dispute settlement methods concerning the circulation of cultural property is showing remarkable developments that some prominent scholars have described as a «renewal of restitutions»¹. The alternative nature of the dispute settlement may concern not only the selected methods, but also the proposed solutions, in three different respects. First, the above available settlement mechanisms may be considered alternative to judicial dispute resolution and to the traditional diplomatic channels leading to the application of a bilateral or multilateral international treaty.

Second, the choice of an (alternative) settlement mechanism may have some significant consequences on the legal effects of the preferred tool. Indeed, an arbitration concludes with a binding arbitral

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

¹ See M. CORNU, M.A. RENOLD, *Le renouveau des restitutions de biens culturels: les modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Journal du droit international*, 2009, p. 504.

award, whereas both conciliation and mediation aim to help parties reach an agreement and have entirely different legal effects.

Third, the above dispute settlement mechanisms are also alternative in terms of the material outcome of the agreement, which may be quite different from the traditional restitution or return of the object to the claimant.

In cases concerning illicit or dubious provenance, recent and contemporary international practice is marked by a variety of possible combinations: the settlement could involve an agreement on a long-term loan, the deposit of the requested object, a donation, the restitution accompanied by scientific and artistic cooperation between the parties, or an agreement to establish a trust with a view to future restitution. Alternative solutions may be found – and have indeed been found – notably in disputes between States and individuals or public or private foreign entities. But even in disputes involving States, a dispute is rarely settled through an international treaty, for several reasons. The first and most recurring reason is that States tend, where possible, to avoid an officially diplomatic approach and instead prefer to settle disputes with a less publicised contractual tool. Some examples of international disputes settled through bilateral agreements include the disputes between France and Nigeria concerning the Nok and Sokoto statuettes, or the dispute between France and South Korea concerning the royal manuscripts of the Joseon dynasty.

In the France/Nigeria dispute, the three statuettes that the French government purchased in 1999 from a Belgian art dealer had, according to the Nigerian government, been illicitly excavated and exported. They were returned to the Nigerian government in accordance with a first agreement reached in 2000 and a second agreement reached in 2002, which provided for the transfer of the ownership to Nigeria and a parallel 15-year renewable loan of the statuettes to the Quay Branly Museum in Paris².

Just to mention a few other examples, in October 2021, Germany and Nigeria signed a pre-accord featuring the restitution of Benin bronzes (more than 1000 items) starting from the year 2022, although some artifacts will remain on loan to German museums³. In the Fall

² See F. SCHYLLON, *Negotiations for the Return of Nok Sculptures from France to Nigeria-An Unrighteous Conclusion*, in *Art, Antiquity and Law*, 2003, p. 133 ff.

³ G. HARRIS, *The Benin Bronzes are Returning Home: Germany and Nigeria Sign Historic Restitution Agreement*, in *The Art Newspaper* (4 July 2022) <https://www.abdn.ac.uk/law/blog/the-return-of-looted-benin-bronzes-art-history-and-the-law/>. On a different note, it is noteworthy that the British Universities of Cam-

of 2021, the Dutch Government announced its support for proposals leading to the return of looted objects from state-owned collections, based on recommendations made by a government-appointed Advisory Committee set up in 2019 to establish a national policy framework for colonial collections⁴. Lastly, in February 2022, the Government of Angola started discussions with the Portuguese Government concerning the return of its cultural heritage which had been illegally removed from Angola and exhibited in Portuguese museums⁵.

In terms of the dispute resolution mechanisms used in this area, resorting to the courts to settle a dispute frequently remains the first option for parties after all other preliminary possibilities of reaching an amicable resolution have been exhausted unsuccessfully. Moreover, depending on the situation and specific circumstances, resorting to the courts may either entail a fixed course that the parties must follow, to their regret, in the absence of an alternative, or an instrumental tool used by the claimant to put the defendant under pressure, in the hope of reaching a future agreement after negotiations appear impossible. This is, of course, a situation that has little to do with the specific features of disputes concerning the circulation of cultural property. Other specific characteristics also need to be considered that may facilitate or hamper the effort to provide a legal answer or convenient solution that is acceptable for all parties involved.

Particularly, in claims for the restitution of cultural property, the owner may need to bring legal action against the possessor before a foreign jurisdiction where the possessor is domiciled and/or where the property has been transferred. In this case, the claimant frequently faces an uncertain outcome for several reasons. These include doubts as to the law that the court will apply, the task of giving

bridge, in 2019, and Aberdeen, in 2021, returned to Nigeria bronzes looted by the British soldiers from Benin City, in Southern Nigeria in 1897; see T. ADEBOLA, *The Return of Looted Benin Bronzes: Art, History and the Law*, in *University of Aberdeen School of Law Blog* (8 November 2021) <https://www.abdn.ac.uk/law/blog/the-return-of-looted-benin-bronzes-art-history-and-the-law/>.

⁴ Government of The Netherlands, *Redressing an Injustice by Returning Cultural Heritage Objects to their Country of Origin* (29 January 2021) <https://www.government.nl/latest/news/2021/01/29/government-redressing-an-injustice-by-returning-cultural-heritage-objects-to-their-country-of-origin>. See also Returning Heritage, *Dutch Recognise Colonial Injustice and Aim to Return Stolen Objects from State Collections* (22 March 2021) <https://www.returningheritage.com/dutch-recognise-colonial-injustice-and-aim-to-return-stolen-objects-from-state-collections>.

⁵ J. CARLOS, *Angola vai discutir com Portugal retorno de obras de arte*, in *DW* (9 September 2022) <https://www.dw.com/pt-002/angola-vai-discutir-com-portugal-retorno-de-obras-de-arte/a-60711461>.

evidence of the title (namely in claims for the recovery of archaeological items that have been illicitly excavated and declared as State property in the country of origin), and the possible burden of proof of the possessor's bad faith. But if the defendant is also affected by the same or equivalent level of uncertainty, resorting to the courts may be a good starting point to make both parties aware of the risks they each face and to create the material and psychological conditions for negotiations.

The different capacity and status of the parties (i.e., States, companies, public or private institutions, or individuals) may have a significant impact on how a dispute develops. In disputes between individuals concerning the authenticity or the ownership of an art object stolen from the legitimate owner and transferred to another country where it has been purchased in good faith, the main issue is determining the competent jurisdiction and applicable law. This issue is resolved in the same way as other transnational disputes, with one additional step: the identification of the sources of private international law, uniform law or domestic law that may come into play in the specific case. Should the same dispute occur between States, or between a State and an individual or a legal person, this «detail» may affect the choice of applicable law in different ways in terms of: (a) the decision to resolve the dispute in or out of court, and (b) the problem of the substantive law and its applicability in concrete terms. This would be the case with a request from a State to recover an illegally exported cultural object, as the choice of law and jurisdiction would be based on a declaration of public ownership established under the law of the claimant State.

2. *The current debate on the post-colonial restitutions and the recent practice in Europe: the «Belgian approach»*

The historical window opened by President Macron in Ouagadougou on 28 November 2017, during an official visit to Burkina Faso, preparing the path toward the restitution of African cultural heritage objects currently held in French national collections, has probably established a new era in cultural relations between France and Africa and, from a broader perspective, between the North and the South of the planet.

As it is known, just a few months later after his address to Sub-Saharan Africa, President Macron commissioned a report, today known as the «Sarr-Savoy Report», from academics and researchers

Bénédicte Savoy and Felwine Sarr, to implement the return of thousands of artworks and objects of historical, ethnographical, archaeological interest⁶.

The Sarr-Savoy Report aims at providing the chronological, legal, methodological, and financial framework to ensure the return of African cultural heritage items back to Africa, raising several questions about the existence of the legal and moral grounds of such an approach, as well as in terms of the obstacles to its concrete achievement.

In such a context, it is a fact that, the special law which – by way of derogation from the principle of inalienability – ordered the return of a saber to Senegal and 26 plundered objects to Benin was adopted only in December 2020⁷. The ceremony, held in Paris on 9 November 2021, for the restitution of the Treasure of Kingdom of Abomey, seized in the 19th Century, to the Republic of Benin was certainly meant to represent an event of highly symbolic importance, as witnessed by the presence of both President Emmanuel Macron and President Patrice Talon⁸. As a matter of fact, this is not a French problem and has little to do with some (unavoidable?) resistance manifested within certain sectors of the institutional apparatus of that country.

What is more important to underline is, however, the effect that this complex series of events has produced in the debate that has developed in recent years, particularly, but not exclusively, in Europe and Africa. From this point of view, it would be rather ungenerous not to record the emulative effect that Macron's declaration and the Sarr-Savoy Report have produced even before the concrete restitution initiatives, except, possibly, for Italy where a real comprehensive debate about the colonial and postcolonial issues has yet to be seriously addressed⁹. In fact, as a follow-up of the Sarr-Savoy Report,

⁶ F. SARR, B. SAVOY, *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain. Vers une nouvelle éthique relationnelle*, in *Vie Publique* (29 November 2018) (hereinafter Sarr-Savoy Report) <https://www.vie-publique.fr/rapport/38563-la-restitution-du-patrimoine-culturel-africain>.

⁷ Loi No. 2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal (O.J. No. 312, 28 December 2020). See also Le Monde and AFP, *La France acte la restitution définitive d'objets d'art au Sénégal et au Bénin*, in *Le Monde* (16 July 2020) https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/16/la-france-acte-la-restitution-definitive-d-objets-d-art-au-senegal-et-au-benin_6046342_3212.html.

⁸ RFI, *France Formally Hands Back 26 Looted Artworks to Benin* (9 November 2021) <https://www.rfi.fr/en/afrique/20211109-france-formally-hands-back-26-looted-artworks-to-benin>.

⁹ A. VISCONTI, *Between «Colonial Amnesia» and «Victimization Biases»: Double Standards in Italian Cultural Heritage Law*, in *Int. J. Cult. Property*, 2021, 28, p. 551.

Jean-Luc Martinez in his quality as *ad honorem* chairperson of the *Musée du Louvre* – has published on April 27, 2023 a Report for the attention of the President of the French republic entitled *Patrimoine partagé: universalité, restitutions et circulation des œuvres d’art. Vers une législation et une doctrine françaises sur les «critères de restituabilité» pour les biens culturels*, proposing steps and criteria for the restitution of items of cultural significance that belong to a «shared heritage»¹⁰.

In the above scenario Belgium’s approach deserves a separate mention due to both the choice of adoption of a general legal tool concerning the fate of cultural property connected with the past colonial experience, and to the substance of such regulatory intervention.

In June 2022, the Chamber in plenary session approved the (*Projet de*) *loi reconnaissant le caractère alienable des biens liés au passé colonial de l’État belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour*, subsequently published on July 3, 2022¹¹. By the approval of this law, Belgium is the first State to create a general legislative framework for the restitution of colonial collections. The «Belgian approach» is also quite interesting because the scope of application of the new bill includes objects acquired during the political and administrative domination of the State of origin by Belgium, starting from the signature of the Act of the Berlin conference in 1885, up to the date of the independence of the State of origin¹². The bill aims at consolidating close cooperation with the State of origin of items of dubious or questionable provenance, and at involving the

¹⁰ See J. MARTINEZ, *Patrimoine partagé : universalité, restitutions et circulation des œuvres d’art - Vers une législation et une doctrine françaises sur les «critères de restituabilité» pour les biens culturels : Rapport à M. le Président de la République*, in *Vie Publique* (27 April 2023) <https://www.vie-publique.fr/rapport/289235-universalite-restitutions-circulation-des-oeuvres-d-art-rapport-martinez>.

¹¹ Loi du 3 Juillet 2022 reconnaissant le caractère alienable des biens liés au passé colonial de l’État belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour, in *Moniteur Belge*, 241, p. 70607. See also Chambre des Représentants de Belgique, *Projet de loi reconnaissant le caractère aliénable des biens liés au passé colonial de l’État belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour* - Doc. 55 2646/001 (25 April 2022) <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/2646/55K2646001.pdf>; RTBF, *Passé colonial: la Chambre adopte le cadre juridique pour la restitution des biens* (30 June 2022) <https://www.rtbf.be/article/passe-colonial-la-chambre-adopte-le-cadre-juridique-pour-la-restitution-des-biens-11022973>.

¹² Loi du 3 Juillet 2022 reconnaissant le caractère alienable des biens liés au passé colonial de l’État belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour, Art. 3, § 2.

State of origin in the restitution process. For this purpose, bilateral agreements of cultural and scientific cooperation will be concluded between Belgium and the State of origin to define the methods of cooperation that will make it possible to establish whether the property must be returned, as well as the preservation guarantees required to ensure its return to the State of origin¹³.

Each bilateral agreement will establish a joint scientific commission which will receive the requests of restitution, confirm the origin of the objects and determine how the property was acquired, in order to assess the importance of the requested object for the heritage of the State of origin and to render its reasoned opinion concerning the fate of the object¹⁴. The decision concerning the deaccessioning and the restitution of the object – based on the opinion rendered by the joint commission – will be adopted by the King and will result in the transfer of title of the object to the State of origin.

International practice concerning the circulation of cultural goods and the fight against illicit trafficking has accustomed us to consider the difference between the notions of restitution and return, referring to two consistent and recurring definitions. Even the wording that relevant international conventions use to make a clear distinction between these two figures is based on the need to provide two different legal regimes, in accordance with distinct cases of illicit trafficking¹⁵.

Typically, restitution should be granted to the owner of a cultural property which was stolen. Conversely, the issue of return should be raised in the case of objects illegally exported from a state's territory. In the first case, the rightful owner has been dispossessed and requests the restoration of the infringed right; in the second case, it is not the right of property which is being violated, as the person re-

¹³ *Ibid*, Art. 4.

¹⁴ *Ibid*, Artt. 5 and 6.

¹⁵ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflicts (14 May 1954) entered into force 7 August 1956 249 UNTS 358 (hereinafter: 1954 Hague Convention), Protocol I; Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (14 November 1970) entered into force 24 April 1972 823 UNTS 232, artt. 7, 13, 15; UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (24 June 1995) entered into force 1 July 1998 2421 UNTS 457 (hereinafter: 1995 UNIDROIT Convention), Artt. 1, 3, 4, 5, 6, 8, and 9. At a European Union level, see Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No. 1024/2012 [2014] OJ L159/2, Artt. 2, 3, 8, and 10.

sponsible for the violation arising from the illegal export may in fact be the legitimate owner.

In this respect, probably the most precise and detailed separation between the two notions may be found in Article 1 of the 1995 UN-IDROIT Convention, which clearly states that «This Convention applies to claims of an international character for: (a) the restitution of stolen cultural objects; (b) the return of cultural objects removed from the territory of a Contracting State contrary to its law regulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage (hereinafter ‘illegally exported cultural objects’)¹⁶. In the above contexts, the common element to the two distinct terms to which we have referred is that both the restitution and the return imply the physical transfer of the objects in the hands of the owner, or in the territory of the requesting State.

Unlike the current international legal practice, the «Belgian approach» inspiring the new bill under discussion includes a quite different and original characterization of the two notions of restitution and return. In fact, pursuant to Article 3 of the Belgian law, *restitution* means ‘the transfer of legal ownership of the object to be restituted, decided in accordance with the present law’ (Article 3.4), while *return* means ‘the material transfer to the State of origin of the object to be restituted, the restitution of which has been decided in accordance with the present law’ (Article 3.5)¹⁷. In other words, the model proposed by the Belgian law makes for the first time a clear distinction between the transfer of title (*propriété juridique*) and the material transfer (*remise matérielle*), thus inaugurating the new category of the «intangible restitution» of cultural property.

The logic of the above choice is clearly explained in the *Exposé des motifs* which is published together with the text of the law. With a view to bypassing the problems posed by the ‘material restitution’ (*restitution matérielle*)

«(...) the law will clearly affirm that the goods which are linked to the Belgian colonial past are, under the conditions it provides, alienable exclusively with a view to restitution and return, free of charge, to the State of origin. By distinguishing between the transfer of the legal ownership

¹⁶ UNIDROIT Convention 1995, Art. 1.

¹⁷ See the ‘Belgian law’, Art. 3, § 4 (defining «*restitution*» as «*le transfert de propriété juridique du bien restituable, décidé conformément à la présente loi*») and art. 3, § 5 (defining «*retour*» as «*la remise matérielle à l’État d’origine du bien restituable dont la restitution a été décidée conformément à la présente loi*»).

of the property and the material delivery of the latter to the State of origin, this draft law deviates from the principle laid down by Article 3.50 of the Civil Code, according to which the right of ownership confers directly on the owner the right to use what is the subject of his right, to enjoy it and to dispose of it»¹⁸.

And even more clearly, the spirit of the new law emerges where it is explained that

«In this case, the material return of the property will not ‘directly’ follow the legal restitution of this property, the bilateral agreement on scientific and cultural cooperation having to provide for the methods according to which this return will operate. This process is justified by the status of goods belonging to a movable cultural heritage, which require specific protection and, therefore, to ensure in advance that they are conserved in good conditions»¹⁹.

Whatever the assessment of the appropriateness of the Belgian legislator’s choice, there is no doubt that the solution proposed by splitting the ownership of the assets and their material availability constitutes a precedent which should be discussed in the future.

3. *Advantages and drawbacks of in-court dispute resolution*

If we now turn to the more general practice of international art related disputes, it is to be noted that some legal scholars have explored the advantages and disadvantages of in-court resolutions to

¹⁸ Projet de Loi reconnaissant le caractère aliénable des biens liés au passé colonial de l’État belge et déterminant un cadre juridique pour leur restitution et leur retour, p. 7: «*La loi affirmera clairement que les biens qui sont liés au passé colonial belge, sont, dans les conditions qu’elle prévoit, aliénables exclusivement en vue d’une restitution et d’un retour, à titre gratuit, à l’État d’origine. En distinguant le transfert de la propriété juridique du bien et la remise matérielle de ce dernier à l’État d’origine, le présent projet de loi s’écarte du principe posé par l’article 3.50 du Code civil, selon lequel “le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d’user de ce qui fait l’objet de son droit, d’en avoir la jouissance et d’en disposer”*»).

¹⁹ *Ibid* : «*En l’espèce, le retour matériel du bien ne suivra pas «directement» la restitution juridique de ce bien, l’accord bilatéral de coopération scientifique et culturelle devant prévoir les modalités selon lesquelles s’opérera ce retour. Ce procédé se justifie par le statut particulier des biens relevant d’un patrimoine culturel mobilier, qui nécessitent une protection spécifique et, donc, de s’assurer préalablement de leur conservation dans de bonnes conditions*»).

such disputes and have pointed out that the competent jurisdiction is chosen, whenever possible, considering the rules of private international law and substantive law that will apply to the case²⁰.

As to the advantages, resorting to resolving disputes in court is advisable given both the wide competence entrusted to the judge and the definitive nature of the judge's decision. Furthermore, the judge's decision – not to mention the structural differences between the common law and continental law systems – is, by definition, aimed at resolving the dispute once and for all.

As to the disadvantages, the uncertainty that accompanies judicial claims in this field is a major problem and is the result of a combination of factors.

In disputes regarding rights in rem concerning cultural objects, the claimant – be it a State or an individual – should consider not only the differing (and, thus, uneven) protection granted to the bona fide purchaser under different domestic legal systems, but also the different attitudes of domestic jurisdictions regarding the recognition and enforcement of foreign public law²¹. In this respect, the landmark decision rendered by the British Court of Appeal in *Islamic Republic of Iran v. Barakat* (2007) must be mentioned. The case concerned a claim by Iran seeking the restitution of some illegally excavated archaeological objects that had been illicitly exported and put on sale at auctions in Britain. Under Iranian law, the objects were State property, and the Court of Appeal, refusing to follow the more traditional view that a foreign public law could not be applied, upheld the claim, declaring that «the claim in this case is not an attempt to enforce export restrictions, but to assert rights of ownership»²².

In international judicial practice, domestic jurisdictions are frequently asked to interpret and apply not only specific domestic legislation – regardless of whether it is the substantive law of the *forum* or of another legal system – but also the relevant rules of international law in force in the *forum*, such as the international conventions to

²⁰ See D. SHAPIRO, *Litigation and Art-Related Disputes*, in Q. BYRNE-SUTTON, F. GEISINGER-MARIETHOZ (eds), *Resolution Methods for Art-Related Disputes*, Zurich 1999, p. 17; I. FELLRATH GRAZZINI, *Cultural Property Disputes*, Ardsley (NY) 2004, p. 52; C. ROODT, *Private International Law and Cultural Heritage*, Cheltenham - Northampton 2015, p. 161 ff.

²¹ *Ibid.*

²² See *Islamic Republic of Iran v. Barakat*, 21 December 2007, [2007] EWCA, Civ. 1374.

which that State is a party²³. But the decision in *Islamic Republic of Iran v. Berend* from a few months earlier demonstrates how some details can influence different court decisions in similar circumstances. Indeed, the Queen's Bench Division, in dismissing the State's claim to a title of a fragment of an ancient limestone relief purchased by the defendant in Paris in 1974, held that public policy did not require English law to introduce the French doctrine of *renvoi* to determine the title to movables and that, under French domestic law, the defendant had lawful title to the fragment²⁴.

4. *Applicable law and jurisdiction issues*

As to the law applicable to the merits, some well-known and conflicting decisions, such as *Winckworth v. Christie's, Manson & Woods*²⁵, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others*²⁶, *Republic of Ecuador v. Danusso*²⁷, or *Ministère français de la culture v. Ministero italiano dei beni culturali and De Contessini*²⁸ suggest that even the general accepted principle of *lex situs* may bring about different and frequently unpredictable outcomes. Conversely, the option proposed in doctrine for an alternative and special conflict of laws rule, leading to the application of *lex originis*, is not generally accepted and may not itself always represent a reliable and predictable solution²⁹.

The choice of competent jurisdiction can play a prominent role in the choice of law applicable to the merits. Indeed, it is by applying the private international law rules of the court – together with the

²³ This commonly happens whenever a court must apply domestic or foreign law; the role of domestic courts in enforcing international treaties is rather well explained in the *Barakat* case.

²⁴ See *Islamic Republic of Iran v. Berend*, 1 February 2007, [2007] EWHC, 132 (QB).

²⁵ See *Winckworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another*, [1980] 1 ER (Ch) 496, [1980] 1 All ER 1121.

²⁶ See *Attorney General of New Zealand v. Ortiz and Others*, [1982] 2 WLR, p. 10.

²⁷ See Court of Turin, 25 March 1982, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, 18, p. 625.

²⁸ See Italian Court of Cassation, 23 November 1995, n. 12166, in *Foro italiano*, 1996, I, p. 907.

²⁹ See M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2015, 375, pp. 93 ff., 409 ff.

rules of international law in force in the same legal system – that the substantive law applicable to the merits is determined³⁰. Furthermore, the effectiveness of this decision may typically become a crucial issue whenever recognition and enforcement in a different country are needed. As a result, there should be little doubt that the above factors add further uncertainty not only to the outcome of the claim, but also to the concrete effect of the decision.

Through international legal cooperation, some positive efforts have been made to reduce some of the disadvantages of resorting to litigation to settle disputes, particularly as to the uncertainty of the outcome that relates to claims for the restitution or return of cultural goods. As is well known, Regulation 1215/2012 (Brussels I bis) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), in introducing some new provisions in this domain at European level, added a supplementary special jurisdiction for disputes concerning the recovery of cultural objects³¹. The possibility, now admitted under Article 7.4 of the Regulation, to bring legal action against a person domiciled in a Member State in another Member State in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seized in civil claims for the recovery of a cultural object (based on ownership), should at least result in reducing the defendant's ability to challenge the jurisdiction, and thus represent a concrete support to the claimant.

From a substantive applicable law perspective, some legal initiatives taken at an international, regional, and national level also introduce special uniform and private international law rules.

At international level, this is particularly true of the 1995 Unidroit Convention and its uniform rules concerning the duty of restitution of stolen cultural objects (Article 3) and return of illicitly exported cultural objects (Article 5).

At regional level, this is true with the EU Directive 2014/60 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, which aims to better reconcile the free circulation

³⁰ See K. SIEHR, *International Art Trade and the Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1993, 243, p. 48.

³¹ See Regulation of the European Parliament and of the Council No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (recast). Under art. 7, § 4, a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State «as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object as defined in point 1 of Article 1 of Directive 93/7/EEC initiated by the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seized».

of cultural objects with the need for more effective protection of cultural heritage. Directive 2014/60 improves the previously applicable EU Directive 93/7, particularly by widening the notion of cultural object falling under its scope of application, and by extending the statute of limitations within which return proceedings may be initiated. The directive also approximates the laws of Member States in terms of the requirements that must be met, particularly by ensuring a more common interpretation of the notion of due diligence, which the possessor must prove to have exercised to obtain fair compensation for the return of the cultural object³².

At national level, this is the case with the 2004 Belgian code of private international law, which introduces an interesting and rather original choice between *lex situs* and *lex originis*. In fact, under Article 90 of this code, whenever a domestic law of a State includes a cultural object within its national heritage at the time of its illicit exportation, the claim for the return of that cultural object is governed by the law of that country, or – at the claimant State's request – by the law of the country where the cultural object is located at the time the claim is filed³³.

5. Advantages and main features of a legal due diligence

After considering the uncertain outcome of art related disputes in the international practice, one should explore the ways to avoid or reduce the risk of judicial or extra-judicial claims. The task of identifying appropriate precautions to take when trading in a complex market such as the art and cultural property one, is certainly not easy. As we have seen, when it comes to cross-border transactions,

³² See M. CORNU, M. FRIGO, *Nouvelle Directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels. L'alliance entre le droit de l'Union et le droit international*, in *Europe*, 2015, p. 5 ff.

³³ Art. 90 of the Belgian code of private international law, 16 July 2004 provides as follows: «Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication. Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication».

questions arise about applicable law, jurisdiction, and judicial interpretation criteria to assess title of ownership, authenticity, and so on.

In a global art market where transparency is sometimes lacking, in this respect legal due diligence is crucial for all transactions. Verifying the factual and legal circumstances surrounding a transaction is equally as important as collecting and safeguarding the fundamental information of the good in question if one is to avoid or at least significantly reduce transactional risks, be it in relation to a donation, a loan, or a deposit.

Legal due diligence entails a multifaceted investigation, especially for cross-border transactions.

First, the authenticity and provenance of the artwork or cultural property must be checked: author, date, type, historical period, materials used – all these things must add up.

Second, the seller must prove that he/she owns the artwork and that no special liens, guarantees, or other constraints prevent its free transfer. This aspect becomes more complex when one considers the differences between civil and common law systems. The former hinges on possession as envisioned in the Napoleonic Code of 1804 (*en fait de meubles la possession vaut titre*), and thus stolen goods may sometimes be lawfully transferred based on possession alone. Whereas in common-law systems like in the UK and the US, the legitimate owner of an artwork generally has superior title of ownership to a good-faith purchaser, thus precluding lawful transfer of stolen goods. The lawfulness of a given transaction thus depends entirely on the applicable law.

Third, an artwork's provenance and materials can also raise red flags, for example if composed of patented or banned materials. The seller's identity is also a key consideration: transactions with unknown counterparties or never-ending chains of intermediaries ought to be avoided. A significantly higher or lower price than the market value for a particular type of artwork also raises a red flag, as do uncommon payment methods (e.g., Bitcoin), blatant conflicts of interest, and particular situations of the seller (e.g., marital separation).

Finally, checking that international circulation is carried out to the letter of the law is a must to ensure the highest attainable transactional security and avoid nasty surprises.

6. *A multidisciplinary team of experts makes the difference*

Unwelcome surprises often emerge when it is too late to do anything, which is the reason why the legal due diligence should be com-

pleted during the negotiation phase. And this regardless of whether it is a collector purchasing an artwork on the market, an art dealer wanting to resell an artwork, or a museum being donated or loaned an artwork.

A key question concerns what skills are essential to a successful outcome of an artwork's purchase? Oftentimes, legal experts from multiple jurisdictions need to work as a united team to ensure comprehensive legal due diligence. And working in synch is especially key given the complexity of the legal framework: (a) national civil, criminal, tax and administrative law; (b) international conventions on property circulation and smuggling; (c) EU regulations and directives on import, export and return of cultural goods; and (d) national and international codes of ethics, e.g., those issued by the International Council of Museums (ICOM, particularly with its Red Lists), by the the *Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d'Art* (CINOA) and the American Alliance of Museums (AAM)³⁴. It is a fact that frequently museums and cultural institutions are among the privileged recipients of requests for the return of goods, and it is certainly no coincidence that many codes of conduct are addressed precisely to them. It has been lately the case with the release by Arts Council England (ACE) of the guidance *Restitution and Repatriation: A Practical Guide for Museums in England* (August 2022), The Guide addresses, *inter alia*. The ethical, practical, and legal concerns for museums and suggests a step-by-step procedure to be followed, providing best-practice principles³⁵.

7. Authenticity and provenance

What does legal due diligence on artworks entail? A complete due diligence should start with the basics: this would include a detailed check on all the documentation and information that, combined with the assessment of the artwork's history and authorship, and should by providing a clear picture of the artwork's authenticity and provenance.

³⁴ See M. FRIGO, *Codes of Ethics*, in F. FRANCONI, A. VRDOLJAK (eds), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford 2020, p. 787 ff.

³⁵ See The Arts Council of England, *Restitution and Repatriation: A Practical Guide for Museums in England*, Arts Council England (5 August 2022) <https://www.artscouncil.org.uk/supporting-arts-museums-and-libraries/supporting-collections-and-cultural-property/restitution-and>. See also L. BURSEY, *Colonial-Looted Cultural Objects in England*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2022, 2, p. 341 ff.

Historical bibliographies, scientific studies, valuations and appraisals by independently accredited appraisers and art historians always prove useful. International valuation standards are applied by, for example, the likes of the Art & Antiques division of the London-based Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS, established in 1868 and accredited by King George VI in 1946)³⁶. Accredited labs and research centres (such as the *Opificio delle Pietre Dure* in Florence)³⁷ are a similarly key piece of the puzzle, as they can analyse the materials of an artwork to determine the historical period it hails from. This can be especially useful given that, when it comes to artworks attributed to an artist based on connoisseurship alone, the appraiser's opinion can always be challenged.

Things are obviously much simpler if the artist or foundation to which an artwork belongs issues a certificate of authenticity, and even more so if the artwork is included in a *catalogue raisonné*³⁸. This is because it removes any doubts as to who the artist is, and foundations always keep archives documenting the ownership history of their artworks. As to the value of an artwork, the collection of reference plays a key role, and as auction records show, artworks from renowned collections attract much higher bids.

Exhibition records and museum loan records are just as crucial, not just to retrace an artwork's journey on the international scene but also to document the importance of the curators who arranged for its exhibition and to attest to the authoritativeness of the critics who have critiqued it.

Lastly, red flags and unlawful dealings (e.g., stolen, or misappropriated artworks) can also be identified from public and private databases (e.g., Interpol's Stolen Works of Art Database³⁹, the Italian Carabinieri's database for stolen cultural property [*Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti*]⁴⁰, and the Art Loss Register⁴¹). Naturally, a red flag should be raised whenever an artwork lacks

³⁶ See <https://www.rics.org/uk/>.

³⁷ See <http://www.opificiodellepietredure.it/>.

³⁸ According to the International Foundation for Art Research - IFAR, *catalogues raisonnés* are «scholarly compilations of an artist's body of work ... critical tools for researching the provenance and attribution of artwork». See https://www.ifar.org/cat_rais.php.

³⁹ See <https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database>.

⁴⁰ See <http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/patrimonio-culturale/la-banca-dati-tpc>.

⁴¹ See <https://www.artloss.com/>.

a certificate of authenticity, has undergone restoration when there ought to have been none, has an unclear provenance, or is by an artist whose work is known to be the frequent target of forgery.

Knowledge – or at least an approximate acknowledgment – of the legal framework of reference is also vital. A few regulatory instruments come into play at EU level: (a) Council Regulation (EC) No 116/2009 on the export of cultural goods; (b) Directive 2014/60/EU on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State; and (c) Regulation (EU) 2019/880 on the introduction and the import of cultural goods.

As a rule, for cultural goods that come from abroad countries, the applicable rules in the country of provenance need to be checked. In Italy, for instance, the export of cultural goods without a valid export licence is a criminal offence that can entail the additional penalty of seizure and confiscation. Italian legislation also sets strict requirements for archaeological objects: it must be proven that they date back to before 1909 to avoid automatic state ownership under Law No. 364 of 1909. Proof can be provided through export documents (such as free circulation certificates and export licences), wills that list the object in question, auction listings, and even family photographs and letters.

8. *Provenance and nature of cultural goods*

Legal due diligence during a transaction involving a cultural good must consider the good's provenance and nature and the transaction's features. The goal of legal due diligence will vary on a case-by-case basis, for example, it could be to:

a) prevent the acquisition of archaeological or ethnological objects obtained from unlawful excavations or that come from certain countries (e.g., Iraq and Syria, which are subject to UN Security Council resolutions and EU regulations); and

b) assess whether constraints or bans on trade/export of certain categories of goods are imposed by the country of provenance, e.g., ivory and human remains.

Historical periods that saw systematic looting are a special cause for concern: e.g., 1933–1948 in Europe (Nazi-looted art), 1949–1990 in Eastern Europe and the USSR, and 1953–1959 in Cuba (during the revolution). As to Nazi-looted art, the American Association of Museums published 'Guidelines concerning the unlawful appropriation of objects during the Nazi era' in 1999, which set out «reasona-

ble steps» that museums should take to ascertain the provenance and status of Nazi-era cultural goods before acquiring them or accepting them as donations. ICOM's 'Recommendations concerning the return of works of art belonging to Jewish owners' (1999) echo the above by recommending that efforts be made to track down owners who were unlawfully stripped of sold or donated cultural property. The Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art (1999) were adopted at an intergovernmental conference that saw government officials from 44 countries meet to discuss how to resolve issues relating to artworks confiscated in Nazi-occupied territories between 1933 and 1945 and never returned to their rightful owners. The principles – which were reaffirmed at the intergovernmental conferences of Vilnius (2000) and Terezin (2009) – set out criteria to identify confiscated artworks and their lawful owners as well as methods for resolving ownership disputes⁴².

Some countries have implemented the Washington Principles by establishing special advisory committees to resolve cases concerning Nazi-looted art⁴³. In Italy, this was the Anselmi Commission, which was specifically tasked with reconstructing the actions undertaken by public and private bodies in Italy to acquire property of Jewish citizens (*Commissione per la ricostruzione delle vicende che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati*) until 2001, when it published its final report⁴⁴. Other advisory bodies around Europe include the Spoliation Advisory Panel in the UK⁴⁵, the CISV in France (*Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occu-*

⁴² Washington Principle 2 reads as follows: «Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives»; Washington Principle 3 reads as follows: «Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted»; Washington Principle 4 reads as follows: «In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era».

⁴³ Austria, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom; see European Parliament, *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations* (2016), p. 20 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU\(2016\)556947_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556947/IPOL_STU(2016)556947_EN.pdf).

⁴⁴ See http://presidenza.governo.it/DICA/7_ARCHIVIO_STORICO/beni_ebraici/index.html.

⁴⁵ See <https://www.gov.uk/government/groups/spoliation-advisory-panel>.

pation)⁴⁶, the Dutch Restitutions Committee in the Netherlands⁴⁷, the *Beratende Kommission* in Germany⁴⁸, and the *Kommission für Provenienzforschung* in Austria⁴⁹.

In 2016, the US passed the Holocaust Expropriated Art Recovery Act, to «provide the victims of Holocaust-era persecution and their heirs a fair opportunity to recover artworks confiscated or misappropriated» and «to ensure that claims to artwork and other property stolen or misappropriated by the Nazis are not unfairly barred by statutes of limitations but are resolved in a just and fair manner»⁵⁰.

Although the Washington Principles are not binding, their impact is far from tenuous: courts have taken these very principles into consideration when ruling on restitution claims. A prime example took place two years before the US adopted the (binding) Holocaust Expropriated Art Recovery Act: In *Von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, the US Court of Appeals for the Ninth Circuit overturned the district court's decision and ordered the return of two Nazi-looted Cranach paintings to Dutch collector Jacques Goudstikker's heirs. The paintings had been acquired in 1971 by the Norton Simon Museum in Pasadena (CA), but the court reasoned that «federal policy also includes the Washington Conference Principles on Nazi Confiscated Art»⁵¹.

In fact, courts were applying international law to uphold claims for the restitution of cultural property looted during the Second World War even before the collective call to action that culminated

⁴⁶ See <http://www.civs.gouv.fr/>.

⁴⁷ See <https://www.restitutiecommissie.nl/en>.

⁴⁸ See <https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/BeratendeKommission/Index.html>.

⁴⁹ See <https://www.kunstkultur.bka.gv.at/kunstruckgabe>. For more details on commission/committee work, see E. CAMPFENS, *Resolving Looted Art Claims: What About Access to Justice?*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2018, 2, p. 185 ff.; see also for an appraisal of the issues confronting museums and claimants N. PALMER, *Museums and the Holocaust*, 2nd ed., Built Wells 2021, p. 1 ff.

⁵⁰ See <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/6130/text>.

⁵¹ See *Marei Von Saher v. Norton Simon Museum of Art in Pasadena*, *Norton Simon Art Foundation*, 754 F.3d 712 [2014] US App. LEXIS 10552. On the effectiveness of this and other non-binding principles, see B. DEMARSIN, *Let's not talk about Theresin: Restitution of Nazi Era Looted Art and the Tenuousness of Public International Law*, in *Brooklyn Journ. Int'l L.*, 2011, 37, p. 118 ff., who sums up as follows: «The only way for the international community to achieve the spirit of the Washington Principles is to broadly implement the existing framework, not to add yet another non-binding recital of good intentions» (p. 185).

Bundesgericht 8 June 1948, in *Annuaire Suisse droit int. Privé*, 1949, p. 139 ff.

in the Washington Principles. In *Rosenberg v. Fischer* (1948), for instance, the Federal Supreme Court of Switzerland ruled that German troops in occupied France had violated Swiss and international law when they confiscated the works of art in question; the court thus ordered them to be returned to their rightful owners⁵². In the famous case *Menzel v. List* (1966), the New York Supreme Court ordered that a Chagall painting looted in 1941 by the Reichsleiter Rosenberg Taskforce and purchased by a New York gallery owner be returned to the claimants, who had purchased it in Belgium in 1932 but were forced to leave the painting behind when they fled for their lives⁵³.

9. *Title of ownership and international circulation*

Legal due diligence can entail investigating the validity of the possessor's title of ownership of an artwork, and this is especially advisable when the seller is not the artist. In this case, the due diligence entails (among other things): (a) analysis of sales invoices and other administrative documentation, (b) verification of the existence of a will or other documentation proving rightful heirship or of deeds of donation, and (c) checks as to whether the artwork is encumbered by a pledge or other guarantee.

Naturally, investigations into legal ownership necessarily entail ascertaining the law applicable to the transaction. As mentioned, civil law and common law differ in this regard, so an investigation based on one or the other can produce very different outcomes.

International conventions and national legislation based on international norms underline the importance of in-depth due diligence to avoid unwittingly purchasing illegally obtained cultural property. Examples include the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970) and, even more famously, the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (1995), which establishes criteria to determine whether a possessor of a stolen cultural object required to return it exercised due diligence when acquiring the object, as only then

⁵² *Ibid.*

⁵³ 267 N.Y.S. 2d, p. 804 ff. (Sup Ct. 1966); see also K. SIEHR, *cit.*, p. 25 ff., p. 129; M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, *cit.*, p. 93 ff., and p. 230.

are they entitled to fair and reasonable compensation on returning it⁵⁴. The return procedure under Art. 10 of EU Directive 2014/60 is substantially identical to that under Art. 4.4 of the UNIDROIT Convention⁵⁵.

In any case, purchasers need to carefully assess the import/export rules for cultural goods in the country of provenance to avoid extremely unpleasant surprises. Italy, for example, prohibits the permanent export of cultural goods that have been declared of national cultural interest (Art. 13 of the Italian Cultural Heritage Code); and if an artwork was created 70 or more years ago by an artist who is no longer living, and it's worth over EUR 13,500, it may be exported only if authorised by the competent export office (Art. 65 of the Italian Cultural Heritage Code). In these cases, legal due diligence entails checking not only whether constraints exist (typically a declaration of national cultural interest) but also whether the good in question had previously been exported from Italy without authorisation or was imported from a country banning its export.

To cite but one example of due diligence in action: in case a cultural good was to be temporarily imported into Italy, the competent Italian export office – i.e., the local unit of the Ministry of Culture – would issue a certificate of shipment or an import certificate, which would also allow the good to subsequently leave Italy for five years without the need for a certificate of free circulation or an export licence. Indeed, a shipment or an import certificate serves to confirm a good's provenance and lawful export.

⁵⁴ See Artt. 4 and 5 of the UNIDROIT Convention.

⁵⁵ Art. 10 reads as follows: «Where return of the object is ordered, the competent court in the requested Member State shall award the possessor fair compensation according to the circumstances of the case, provided that the possessor demonstrates that he exercised due care and attention in acquiring the object. In determining whether the possessor exercised due care and attention, consideration shall be given to all the circumstances of the acquisition, in particular the documentation on the object's provenance, the authorisations for removal required under the law of the requesting Member State, the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects and any relevant information which he could reasonably have obtained, or took any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances. In the case of a donation or succession, the possessor shall not be in a more favourable position than the person from whom he acquired the object by those means. The requesting Member State shall pay that compensation upon return of the object».

10. *Criminal liability for partial or total failure to exercise due diligence*

In-depth legal due diligence on authenticity, provenance, ownership, and import/export status avoids the risk of criminal liability and penalties. In other words, a purchaser has to gather sufficient information to be able to rule out that a given cultural good has not been the subject of a criminal offence, such as receipt of stolen goods, forgery, unlawful export or unlawful excavation. When international circulation is involved, failure to comply with export regulations can result in seizure if the purchaser is aware that the cultural good was unlawfully exported or should have been aware of this circumstance had the proper due diligence been exercised.

In this regard, the importance of the recent reform which introduced the new title relating to crimes against cultural heritage into the Italian penal code cannot be overlooked.

In particular, the new article 518-*decies* of the code, punishes with a fine and imprisonment anyone who imports cultural property deriving from a crime, or found following unauthorized research, or exported from another State in violation of its laws for the protection of cultural heritage⁵⁶.

The *erga omnes* character of the above rule is clear and, together with the other rules already foreseen in the Italian legal system and today made more severe, not only expresses an evident tightening of the legal response in the fight against illicit trafficking but makes even more evident the unavoidability of an adequate due diligence in international art related transactions.

As mentioned, comprehensive due diligence is a multifaceted process: indeed, it sometimes extends beyond the legal aspects of a cultural goods or artwork's circulation. Such is the case when tax aspects are involved, e.g., when a trust fund with artworks is dissolved and the works are distributed among the beneficiaries. Due diligence in this case should focus on the proper application of succession or donation taxes (i.e., direct taxes) and VAT (i.e., indirect taxes).

⁵⁶ Pursuant to Art. 518-*decies* of the penal code «Whoever [...] imports cultural property deriving from crime, or found as a result of requests carried out without authorization, where provided for by the legislation of the State in which the discovery took place, or expropriated from another State in violation of the law on the protection of cultural heritage, is punished with imprisonment from two to six years and a fine from Euro 258 to Euro 80.000».

11. *Responsible Art Market's guidelines and the end goal: a successful transaction*

The increasing complexity of the art market has prompted efforts to provide the market appropriate tools to exercise due diligence before purchasing cultural goods. One notable example is Responsible Art Market (RAM)⁵⁷, a non-profit based in Geneva that has spearheaded an initiative to keep market operators up to speed on the associated risks. To this end, RAM manages a platform for the exchange of best practices and publishes practical guidelines and other materials free of charge. The guidelines include a toolkit for a comprehensive, risk-based approach to due diligence in art transactions, complete with a checklist of red flags and risk-mitigation assessments.

To sum up, the preliminary checks and assessments touched on in this article are an inextricable part of the very concept of due diligence and an invaluable means of averting the risks associated with art and cultural property transactions. Be it an acquisition, a donation, a sale of movable or immovable property, or a more complex transaction such as an art investment, a loan that involves putting up an artwork as collateral, or the management of an entire art collection, a successful transaction requires a team of experts who can reassure the client that they have used criteria and tools like those set out in RAM's toolkit to address all the risks.

Legal due diligence is part and parcel of the increasingly recommended standards under the codes of ethics in the field, and even sometimes obligatory under national, EU and international regulations. Legal due diligence is truly the embodiment of the adage «better safe than sorry».

⁵⁷ See <http://responsibleartmarket.org/>.

SEZIONE SECONDA

Pace e processo di integrazione europea

ROSARIO SAPIENZA*

Primi bilanci dell'uso dello Strumento europeo per la pace. Considerazioni sulla Missione di assistenza militare dell'Unione europea in Ucraina

SOMMARIO: *Sezione prima: considerazioni introduttive* – 1. La «guerra» in Ucraina: un conflitto nell'area del partenariato dell'Unione europea che incide sul cammino verso una identità europea in materia di difesa. *Sezione seconda: Lo Strumento europeo per la pace. Luci ed ombre* – 2. La creazione dello Strumento europeo per la pace. – 3. Le reazioni di alcuni Stati europei alla istituzione dello Strumento europeo per la pace. – 4. La posizione del Parlamento europeo sullo Strumento europeo per la pace. – 5. La posizione delle organizzazioni della società civile sullo Strumento europeo per la pace. – *Sezione terza: Problemi giuridici posti dalla Missione di assistenza militare dell'Unione europea per l'Ucraina* – 6. L'istituzione della Missione di assistenza militare dell'Unione europea per l'Ucraina. – 7. Il problema della base giuridica della decisione (CFSP) 2022/1968. – 8. Problemi posti dall'uso del territorio degli Stati membri dell'Unione per le attività di addestramento militare alla luce del diritto internazionale. – *Sezione quarta: Il difficile cammino verso l'autonomia strategica dell'Unione europea* – 9. I complessi rapporti tra l'Unione europea e la NATO e l'autonomia strategica dell'Unione. – 10. Considerazioni conclusive

SEZIONE PRIMA *Considerazioni introduttive*

1. *La «guerra» in Ucraina: un conflitto nell'area del partenariato dell'Unione europea che incide sul cammino verso una identità europea in materia di difesa*

Il conflitto armato¹ attualmente in corso in Ucraina interroga in

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Catania. Questo contributo è stato elaborato nel quadro del progetto di ricerca *ExTemPoRe Exceptionally Bad Times. Memory, Policy and Regulation of Transnational Crises* finanziato dall'Università di Catania nel quadro del PIAno di inCEntivi per la RICerca di Ateneo 2020/2022 (PIA.CE.RI.)

¹ L'11 marzo 2022 l'Assemblea Generale, in una sessione speciale di emergenza, ha adottato la risoluzione A/ES-11/L.1 «Aggressione contro Ucraina» nella quale

maniera pressante tanto l'Unione europea quanto l'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord. Sia la Russia sia l'Ucraina, infatti, sono o sono state parti del Partenariato NATO per la pace², e, al di là della contiguità geografica, entrambi i Paesi intrattengono importanti relazioni con l'Unione: la Russia ha stipulato con l'Unione un accordo di partenariato e cooperazione nel 1994 e l'Ucraina, membro dell'accordo di partenariato orientale con l'Unione dal settembre 2008 (insieme con Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Georgia, Repubblica di Moldova), ha presentato il 28 febbraio 2022 domanda di adesione all'Unione, ottenendo lo status di Paese candidato il 23 giugno 2022³.

In particolare, poi, il conflitto russo-ucraino ha reso di scottante attualità il problema della identità europea in materia di difesa, della quale si dibatte peraltro ormai da parecchio tempo.

Già nel 1998, infatti, la dichiarazione finale del vertice anglo-francese di Saint-Malo aveva posto la questione dell'urgenza di un'autonomia strategica del Vecchio continente⁴.

ha condannato l'intervento russo in Ucraina e chiesto l'immediata cessazione delle ostilità. La risoluzione è stata approvata con 141 Paesi a favore, 35 astenuti, fra cui Cina e India, e solo 5 contrari: Russia, Bielorussia, Corea del Nord, Siria ed Eritrea.

² Com'è noto, ben sei Stati membri dell'Unione europea non fanno parte della NATO. Essi sono Austria, Cipro, Finlandia, Irlanda, Malta e Svezia. Sul partenariato per la pace della NATO, uno degli sviluppi più interessanti del dopo Muro, sia consentito rinviare al nostro *I cinquant'anni della NATO e il nuovo concetto strategico*, in *Aggiornamenti Sociali*, 1999, p. 549 ss.

³ Vedi al riguardo R. CROCCO, *Un anno di guerra*, in *Atlante delle guerre e dei conflitti nel mondo*, 11^a ed. Trento 2022, p. 23 ss. e la scheda paese alle p. 183 ss.; V. ILARI, *La guerra degli alleati*, in *Domino*, 2023, 2, p. 126 ss.; F. SCAGLIONE, *L'Ucraina di domani può spaccare l'Europa*, in *Limes*, 2023, 1, p. 117 ss. Per un punto di vista decisamente contrario alla Realpolitik può vedersi R. LA VALLE, *La guerra a pezzi o tutta intera?* in *Rocca*, 2023, 12, p. 11. Più generali le notazioni ricostruttive di G. BARBIERI, *Il posizionamento internazionale dell'Unione europea*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2023, p. 266 ss.

⁴ La dichiarazione di Saint-Malo venne adottata in occasione del vertice anglo-francese del 4 dicembre 1998 tra Blair e Chirac https://www.cvce.eu/content/publication/2008/3/31/f3cd16fb-fc37-4d52-936f-c8e9bc80f24f/publishable_en.pdf. In essa si legge, tra l'altro, che «*The European Union needs to be in a position to play its full role on the international stage. This means making a reality of the Treaty of Amsterdam, which will provide the essential basis for action by the Union. It will be important to achieve full and rapid implementation of the Amsterdam provisions on CFSP. This includes the responsibility of the European Council to decide on the progressive framing of a common defence policy in the framework of CFSP. The Council must be able to take decisions on an intergovernmental basis, covering the whole range of activity set out in Title V of the Treaty of European Union*». In tempi molto più vicini a noi, il tema è stato affrontato con particolare vigore dal presidente francese Macron nella sua intervista concessa alla rivista di geopolitica *Le Grand Continent*, <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/11/16/macron/> ripresa poi in estratti il

Ma fin qui questa autonomia strategica si è espressa nella formulazione, in verità piuttosto ambigua, contenuta nel comma secondo dell'articolo 42, secondo il quale

«2. La politica di sicurezza e di difesa comune comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione. Questa condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso. In questo caso, il Consiglio europeo raccomanda agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali.

La politica dell'Unione a norma della presente sezione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri, i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico (NATO), nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, ed è compatibile con la politica di sicurezza e di difesa comune adottata in tale contesto»⁵.

Il cammino verso una piena autonomia europea in materia di sicurezza e difesa è stato ed è in verità alquanto articolato, tra fughe in avanti e pause ... di riflessione, nel tentativo di districarsi nelle strettoie rappresentate sia dal Trattato istitutivo dell'Unione, sia dalla volontà degli Stati di mantenere la piena sovranità in fatto di uso della forza armata, come pure dagli impegni internazionali contratti in ambito NATO.

16 novembre 2020 dal Corriere della Sera https://www.corriere.it/esteri/20_novembre_16/emmanuel-macron-l-america-capira-l-europa-sara-sovrana-la-propria-difesa-06c923de-277e-11eb-80dd-837b5190599c.shtml invocando una forte iniziativa europea in materia di difesa e registrando una posizione fermamente dissenziente da parte dell'allora ministra tedesca della difesa Annegret Kramp-Kerrenbauer su *Politico.eu*. <https://www.politico.eu/article/europe-still-needs-america/>. Sulla vicenda sia consentito qui rinviare al nostro *In cerca di un nuovo multilateralismo: la dottrina Macron*, su *Libertà Eguale* 17 novembre 2020 <http://www.libertaeguale.it/in-cerca-di-un-nuovo-multilateralismo-la-dottrina-macron/>.

⁵ In materia esiste ormai una vasta letteratura all'interno della quale piace qui da subito segnalare il recentissimo contributo del nostro onorato, dal titolo *Politica estera e difesa europea* in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano 2023, p. 5 ss. Ma si vedano pure N. GNESOTTO (a cura di), *La politica di sicurezza e difesa dell'UE - I primi cinque anni (1999-2004)*, Parigi 2004; R. GUALTIERI, J.L. RHI-SAUSI (a cura di), *La difesa comune europea dopo il Trattato di Lisbona: rapporto 2011 sull'integrazione europea*, Bologna 2011; G. DAVIDDI, *Verso un'Eurozona della Difesa. Sviluppo delle flessibilità istituzionali nelle politiche europee di sicurezza e difesa*, Roma 2012; P. KOUTRAKOS, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford 2013; J. REHRL (a cura di), *Handbook on CSDP. The Common Security and Defence Policy of the European Union*, Vienna 2017; E. CARLI, *La politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino 2019.

SEZIONE SECONDA
*Lo Strumento europeo per la pace.
Luci ed ombre*

2. *La creazione dello Strumento europeo per la pace*

Tutti questi problemi si manifestarono anche in occasione dell'adozione della decisione (PESC) 2021/509 del 22 marzo 2021, con la quale il Consiglio dell'Unione ha istituito uno Strumento Europeo per la Pace (*European Peace Facility*), al fine di razionalizzare le soluzioni via via offerte al problema dell'adeguato finanziamento delle «operazioni che hanno implicazioni nel settore militare e della difesa» che, come avverte l'articolo 41 del trattato sull'Unione, non possono essere finanziate dal bilancio dell'Unione.

Il nuovo Strumento sostituisce il Meccanismo Athena (Decisione (PESC) 2015/528 del Consiglio, del 27 marzo 2015, abrogata dalla presente decisione), e del Fondo per la pace in Africa (istituito dal regolamento (UE) 2015/322 del Consiglio), riorganizzandone i meccanismi operativi⁶.

Lo strumento è gestito da un apposito Comitato previsto dall'articolo 11 della decisione e composto da un rappresentante per ogni Stato membro e, che, secondo l'articolo 56 della decisione medesima, può operare attraverso azioni volte a:

- «a) rafforzare le capacità nel settore militare e della difesa e la resilienza di Stati terzi e organizzazioni regionali e internazionali;
- b) contribuire in modo rapido ed efficace alla risposta militare degli Stati terzi e delle organizzazioni regionali e internazionali in una situazione di crisi;
- c) contribuire in modo efficace ed efficiente alla prevenzione dei conflitti, alla stabilizzazione e al consolidamento della pace, anche nel contesto delle operazioni con compiti di formazione, consulenza e tutoraggio nel settore della sicurezza nonché in altre situazioni di pre-conflitto o post-conflitto;
- d) sostenere la cooperazione nel settore della sicurezza e della difesa tra l'Unione e uno Stato terzo o un'organizzazione regionale o internazionale».

⁶ S. FORTUNATO, *Il nuovo strumento europeo per la pace*, *Rassegna della Giustizia Militare*, 2021, 2, p. 63 ss.; A. MIGNOLLI, *European Peace Facility e fornitura di armi all'Ucraina: l'Unione europea tra pace e guerra*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2022, p. 257 ss.

Una vasta gamma di possibilità, peraltro, come si vede, indicate con espressioni dal tenore ampio, quando non decisamente vago.

3. *Le reazioni di alcuni Stati europei alla istituzione dello Strumento europeo per la pace*

Il che non ha mancato di suscitare preoccupate reazioni da più parti. Il timore che le generiche formulazioni relative alle misure di assistenza potessero autorizzare anche la fornitura di armi letali ha infatti attivato la reazione di quegli Stati membri contrari, anche a motivo di restrizioni costituzionali, alla fornitura di armi. Questi atteggiamenti critici hanno prodotto la previsione di un meccanismo di esonero dalla partecipazione di cui all'articolo 5 par. 3 della decisione, nella forma di una astensione costruttiva⁷. Eccone il testo:

«Nei casi in cui uno Stato membro si sia astenuto dal voto e abbia formulato una dichiarazione formale a norma dell'articolo 31, paragrafo 1, secondo comma, TUE in merito a una misura di assistenza che consente la fornitura di materiali o piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza, tale Stato membro non contribuisce ai costi di tale misura di assistenza. In tal caso, tale Stato membro versa invece un contributo supplementare a misure di assistenza diverse da quelle relative alla fornitura di tali materiali o piattaforme».

Del resto occorre riconoscere che queste perplessità non erano prive di fondamento. Il 28 febbraio 2022, infatti, con due distinte decisioni (la n. 2022/338 e la n. 2022/339) l'Unione europea ha stanziato 500 milioni di euro di aiuti militari all'Ucraina.

Di particolare interesse qui è la decisione n. 2022/338, che ha stanziato 450 milioni di euro per finanziare l'acquisto di armi e altri strumenti concepiti per l'uso letale della forza⁸.

⁷ S. FORTUNATO, *Il nuovo strumento europeo per la pace*, cit. p. 68.

⁸ La decisione si legge in GUUE L 60. Per un attento commento rinviamo volentieri a 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/en/michele-vellano-la-decisione-dellunione-europea-di-fornire-alle-forze-armate-ucraine-armamenti-concepiti-per-luso-letale-della-forza-e-le-relative-implicazioni-giuridiche/>. La decisione n. 2022-339 finanzia invece l'acquisto di attrezzature e forniture non concepite per l'uso letale della forza come dispositivi di protezione individuale, kit di pronto soccorso e carburante.

4. *La posizione del Parlamento europeo sullo Strumento europeo per la pace*

Mentre era in corso poi l'elaborazione della decisione istitutiva dello strumento, il Parlamento europeo aveva, tra l'altro, raccomandato al Consiglio

«c) di adoperarsi per predisporre un meccanismo, in seno al Parlamento europeo, che garantisca l'accesso, in base a parametri rigorosamente definiti, alle informazioni, inclusi i documenti originali, concernenti il bilancio annuale dello strumento europeo per la pace, i bilanci rettificativi, gli storni, i programmi d'azione (anche durante la fase preparatoria), l'attuazione delle misure di assistenza (incluse le misure ad hoc), gli accordi con i soggetti responsabili dell'attuazione e le relazioni sull'attuazione delle entrate e delle spese, così come i conti annuali, lo stato finanziario, la relazione di valutazione e la relazione annuale della Corte dei conti europea;

d) di acconsentire a includere l'accesso a tutti i documenti riservati nei negoziati per l'accordo interistituzionale aggiornato tra il Parlamento europeo e il Consiglio in merito all'accesso del Parlamento alle informazioni sensibili del Consiglio nel settore della politica di sicurezza e di difesa;

e) di garantire che le operazioni, i programmi d'azione, le misure di assistenza ad hoc e gli altri interventi operativi finanziati dallo strumento non violino o non siano utilizzati per violare in alcun modo i principi fondamentali sanciti dall'articolo 21 del TUE, né siano utilizzati per violare il diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani»⁹.

Il Parlamento europeo proponeva poi l'adozione di una serie di emendamenti che prevedevano specifici obblighi di informazione a vantaggio del Parlamento stesso, ma nessuno di essi risulta inserito nel testo finale attualmente in vigore. Del resto, come si sa, questa parte del trattato non prevede particolari poteri o prerogative del Parlamento, eccezion fatta per la generale e generica previsione di cui all'articolo 36 del Trattato istitutivo.

⁹ Vedasi la Raccomandazione del Parlamento europeo del 28 marzo 2019 al Consiglio e al vicepresidente della Commissione/alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza concernente la proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, con l'appoggio della Commissione, al Consiglio relativa a una decisione del Consiglio che istituisce uno strumento europeo per la pace, P8_TA (2019) 0330 che si legge in GUUE C108 del 26 marzo 2021, p. 141 ss.

5. *La posizione delle organizzazioni della società civile sullo Strumento europeo per la pace*

Assai critiche sono poi state le considerazioni proposte in un documento dal titolo *European 'Peace' Facility: Causing harm or bringing peace? Joint Civil Society Statement* presentato da numerose organizzazioni della società civile nel novembre 2020.

Le organizzazioni firmatarie del documento avevano chiesto che venisse vietato l'uso delle risorse dello Strumento per finanziare la fornitura di armi letali. Ed inoltre la previsione di un meccanismo di *due diligence*

«Robust internal reporting and monitoring procedures should be established within the EPF and conducted in partnership with local communities and civil society. These procedures should also include *rapid suspension or limitation mechanisms based on previously defined conditions and procedures* whereby the EU and Member States have the *obligation to immediately suspend the assistance measure and seek to retrieve all supplied equipment* from the recipient in case of related human rights violations or diversion of equipment.

In order for such due diligence framework to be effective, it must be combined with an *independent complaint mechanism*, providing affected citizens and local stakeholders with effective recourse to remedy for violations committed under the facility. In any case, it is necessary to explicitly *establish legal co-responsibility of Member States and the EU in ensuring the EPF's activities are conducted in accordance with international law*. Both the EU and Member States are called to intervene at different stages of a complex decision-making process, which is likely to create confusion when it comes to determining which actor bears responsibility for the actions undertaken and activities decided under the facility. The complaint mechanism should also be able to issue specific recommendations with regard to suspension of arms sales based on Common Position criteria and the Arms Trade Treaty» (italics added).

Nulla di tutto ciò è stato previsto nel testo finale. L'Unione è andata avanti imperterrita per la sua strada¹⁰.

¹⁰ Il testo del documento è agevolmente reperibile sui siti delle varie organizzazioni firmatarie, tra i quali può vedersi <https://protectionofcivilians.org/wp-content/uploads/2021/05/EPF-NGO-Statement.pdf>.

SEZIONE TERZA
*Problemi giuridici posti dalla Missione di assistenza militare
dell'Unione europea per l'Ucraina*

6. *L'istituzione della Missione di assistenza militare dell'Unione europea per l'Ucraina*

Questo era il contesto nel quale, il 17 ottobre 2022, il Consiglio affari esteri ha creato con la decisione (CFSP) 2022/1968 la European Union Military Assistance Mission in support of Ukraine ('EUMAM Ukraine') che dispone per l'addestramento delle forze armate ucraine, in risposta ad una formale richiesta avanzata il 30 settembre 2022 dai ministeri ucraini degli affari esteri e della difesa¹¹.

Anche questa missione viene finanziata tramite lo Strumento Europeo per la Pace, e pone alcuni problemi, sui quali ci intratterremo più sotto inserendosi in quella dinamica, innescata dalla guerra in Ucraina, che ha evidenziato una nuova stagione della politica europea di sicurezza e difesa.

Secondo l'articolo 1.2 della decisione,

«l'obiettivo strategico dell'EUMAM Ucraina è contribuire al rafforzamento della capacità militare delle forze armate ucraine di rigenerarsi e condurre efficacemente operazioni, per consentire all'Ucraina di difendere la propria integrità territoriale entro i suoi confini riconosciuti a livello internazionale, esercitare efficacemente la sua sovranità e proteggere i civili in Ucraina».

E ciò attraverso una articolata serie di interventi addestrativi prevista dal paragrafo 3 e che, a termini del paragrafo 5, avranno luogo sul territorio di alcuni Stati membri. La formulazione, che qui di sotto riportiamo allude ad una scelta soggetta a possibili modifiche «Finché il Consiglio non decida altrimenti e modifichi di conseguenza la presente decisione, l'EUMAM Ucraina opera nel territorio degli Stati membri».

Com'è già stato correttamente notato, il fatto che l'articolo 1(5) chiarisca che l'EUMAM Ucraina opererà sul territorio degli Stati membri può costituire un problema, in primo luogo dal punto di vista dell'individuazione della base giuridica della decisione, atteso che l'articolo 42(1) TUE esplicitamente prevede che le missioni della CSDP si svolgono «al suo esterno», ma anche perché il fatto che l'addestramento dei militari ucraini avvenga sul territorio di Stati membri dell'Unio-

¹¹ Decisione (PESC) 2022/1968 del Consiglio del 17 ottobre 2022 relativa a una missione di assistenza militare dell'Unione europea a sostegno dell'Ucraina (EUMAM Ucraina).

ne potrebbe esporre quegli Stati stessi al rischio di un coinvolgimento indiretto nel conflitto in atto¹². Vediamo le questioni una per una.

7. Il problema della base giuridica della decisione (CFSP) 2022/1968

Le parole «al suo esterno» peraltro vennero aggiunte con il trattato di Lisbona, quale cautela contro l'uso del territorio dell'Unione a fini militari dato che nella precedente versione il testo corrispondente non prevedeva questa menzione.

Sarebbe la prima volta, si è osservato, che una missione europea viene svolta sul territorio di uno o più Stati membri. Il che è vero fino a un certo punto, dato che le operazioni navali Sophia e Irini si sono svolte anche nel mare territoriale di alcuni Stati membri come l'Italia, la Grecia e Malta.

Ma qui si parla comunque di territorio nel senso di terraferma e certo questo può in qualche modo fare la differenza¹³.

Insomma, la decisione sarebbe priva di adeguata base giuridica dato che prevede attività di addestramento dei militari ucraini sul territorio di alcuni Stati membri, ma si basa su un articolo del Trattato, il 42(1) che prevede che le missioni debbano svolgersi fuori del territorio dell'Unione¹⁴.

Al riguardo, va osservato che non appaiono determinanti le affermazioni contenute nel considerando (10) secondo le quali l'utilizzo del territorio degli Stati membri sarebbe dovuto alla eccezionalità delle circostanze create dalla violenta aggressione russa e avrebbe comunque carattere provvisorio, come ricorda poi l'articolo 1(6).

Né al riguardo può assumere rilievo il fatto che, a differenza di quel che è accaduto per le precedenti missioni CSDP, la missione EUMAM Ucraina è la prima che riguarda uno Stato che gode attualmente della posizione di Stato candidato all'adesione all'Unione.

A fronte di queste difficoltà, potrebbe forse ritenersi che le atti-

¹² A. MELZER, *EU Military Mission Is Coming Home: On the New European Union Military Assistance Mission in Support of Ukraine*, in *VerfassungsBlog*, 19 ottobre 2022, <https://verfassungsblog.de/eu-military-mission-is-coming-home/>.

¹³ Problemi tornati di attualità con l'approvazione della direttiva 2014/89 in tema di pianificazione strategica marittima dell'Unione europea in relazione alla quale sia consentito rinviare al nostro *Pianificazione strategica marittima e diritto dell'Unione europea*, Catania 2023, specialmente da p. 41 in poi.

¹⁴ Sulle complesse problematiche relative alla base giuridica degli atti dell'Unione si veda, per tutti, O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea* in *Treccani Diritto on line* <https://www.treccani.it/enciclopedia/competenze-dell-unione-europea>.

vità in questione vadano piuttosto legittimate nell'ambito di un generico riferimento al principio di solidarietà quale valore che ispira la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione.

Al principio di solidarietà ci si riferisce infatti nell'articolo 3 (5) TUE, ove si legge che

«Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite».

Idea ripresa nell'articolo 21 TUE proprio in relazione alla Politica estera e di sicurezza comune

«L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale».

La reale incidenza di tale principio è però tutt'ora oggetto di accese discussioni e dunque il problema della individuazione della base giuridica della decisione che istituisce l'EUMAM Ucraina sembra destinato a non trovare al momento adeguata soluzione¹⁵.

8. *Problemi posti dall'uso del territorio degli Stati membri dell'Unione per le attività di addestramento militare alla luce del diritto internazionale*

Resta poi da esaminare il profilo del possibile coinvolgimento nel conflitto in corso dello Stato membro sul cui territorio avviene l'addestramento delle truppe ucraine.

¹⁵ R. ST. J. MACDONALD, *Solidarity in the Practice and Discourse of Public International Law*, in *Pace International Law Review*, 1996, 8, p. 259 ss.; R. WOLFRUM, *Solidarity amongst States: An Emerging Structural Principle of International Law*, in P.- M. DUPUY ET ALII (eds), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl 2006, p. 1087 ss.; I. DOMURATH, *The three dimensions of solidarity in the EU legal order: limits of the judicial and legal approach*, in *Journal of European Integration*, 2013, 2, p. 459 ss.

Orbene, venendo alla qualificazione delle attività di addestramento, in verità deve dirsi che l'addestramento delle truppe di uno Stato coinvolto in un conflitto armato costituisce un'assistenza a quello Stato e dunque può in astratto determinare il coinvolgimento di questo Stato in quel conflitto. Il che vale in verità per tutto quanto concerne lo Strumento Europeo per la Pace.

Né può escludersi la qualificazione di tali comportamenti da parte del governo russo come atti ostili che potrebbero determinare reazioni e dunque un coinvolgimento degli Stati membri il cui territorio fosse utilizzato.

Fin qui arrivano le considerazioni relative al tradizionale diritto internazionale bellico. Spostandosi sul piano del diritto internazionale delle Nazioni Unite, al quale, com'è noto, si attribuisce in materia valore consuetudinario, si è detto che comunque il coinvolgimento degli Stati membri sul cui territorio si svolgono le attività di addestramento rimarrebbe giustificato dall'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite.

Vero è che nessuno Stato dell'Unione europea è stato attaccato dalla Russia e l'Ucraina non fa parte né dell'Unione europea (e dunque non può essere invocato il chiaro disposto dell'articolo 42 para. 7) né della NATO (il che impedisce l'attivazione dell'articolo 5 del Trattato). Ma resta sempre possibile giustificare quale legittima difesa l'iniziativa di sostegno ad uno Stato aggredito¹⁶.

Potrebbe poi, peraltro, ipotizzarsi un coinvolgimento financo dell'Unione stessa, dato che ai sensi dell'articolo 52 del Trattato istitutivo dell'Unione e dell'articolo 355 del Trattato sul funzionamento, i due trattati si applicano nel territorio degli Stati membri. È dubbio però se ciò autorizzi la conclusione che i territori degli Stati membri siano il ... territorio dell'Unione.

D'altra parte, però, l'indubbia influenza dell'Unione sulla definizione delle politiche comuni di sicurezza e difesa potrebbe determinare un coinvolgimento dell'organizzazione nel suo complesso nei fatti bellici, anche se l'intero impianto della politica di sicurezza e difesa mira a sottolineare l'autonomia del ruolo degli Stati nella conduzione della politica stessa.

Si tratta però di considerazioni eccessivamente formalistiche, che non apportano significativi contributi di chiarezza¹⁷.

¹⁶ In questo senso, se rettamente intendiamo il suo pensiero, N. RONZITTI, *Il conflitto russo-ucraino e i rischi di involuzione dell'ordine giuridico internazionale*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2022, p. 297 ss.

¹⁷ In dottrina si segnala da più parti la problematicità della ricostruzione della PESC e della PESD come politiche unitarie dell'Unione, piuttosto che come espe-

SEZIONE QUARTA
*Il difficile cammino verso l'autonomia strategica
dell'Unione europea*

9. *I complessi rapporti tra l'Unione europea e la NATO e l'autonomia strategica dell'Unione*

Fin qui alcune riflessioni che ci è parso di poter proporre. Il discorso rimane però insoddisfacente per molti versi, che possiamo ricondurre a quelle strettoie delle quali dicevamo in apertura. Non possiamo concludere infatti queste brevi note senza far riferimento al problema più generale della autonomia dell'Unione in materia di sicurezza e difesa rispetto agli impegni che la maggior parte degli Stati membri hanno assunto quali parti del trattato istitutivo della NATO.

Al riguardo è nota la formulazione piuttosto netta proposta dall'allora segretario di Stato USA Madeleine Albright in reazione alla dichiarazione di Saint-Malo, basata sulla cosiddetta dottrina delle 3 D, ossia «no decoupling, no duplication, no discrimination», a ribadire l'idea della centralità della NATO nella soluzione dei problemi della difesa europea, pur riconoscendo il pieno diritto dei Paesi europei a una propria identità in materia¹⁸.

Che pesa ancora sui rapporti della NATO con l'Unione europea, come confermato dall'ultima dichiarazione congiunta sul partenariato strategico tra le due organizzazioni, secondo il cui paragrafo 8

«La NATO rimane il fondamento della difesa collettiva per i suoi alleati ed è essenziale per la sicurezza euro-atlantica.

rienze di coordinamento delle politiche estere e di difesa degli Stati membri. Vedi, per tutti, per una attenta disamina della problematica della responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali, A. SARI, R.A. WESSEL, *International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime*, in B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (a cura di), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford 2013, p. 126 ss. Per la dottrina italiana E. CARLI, *La politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, cit. p. 137 ss. e, più recentemente, A. SPAGNOLO, *Profili di responsabilità internazionale e l'esercizio della giurisdizione sulle operazioni militari dell'Unione Europea*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, cit. p. 229 ss.

¹⁸ Ossia nessuna diminuzione della NATO, nessuna duplicazione, nessuna discriminazione nei confronti *scilicet* degli Stati membri della NATO ma non dell'Unione europea. Si veda M. ALBRIGHT, *Press Conference*, 8 dicembre 1998, <https://www.nato.int/docu/speech/1998/s981208x.htm> ed anche, per un utile commento, G. BARBIERI, *Il posizionamento*, cit., p. 270.

Riconosciamo il valore di una difesa europea più forte e più capace, che contribuisca positivamente alla sicurezza globale e transatlantica e sia complementare alla NATO e interoperabile con essa»¹⁹.

Ma verrebbe da chiedersi: quanto complementare? e quanto interoperabile? E, forse ancor prima, quanto europea?

10. Considerazioni conclusive

Insomma, ci troviamo davanti a testi difficili da coordinare tra loro e fonti di complicazioni piuttosto che di chiarezza.

Va inoltre ricordato che la complessa questione russo-ucraina si svolge in un contesto di scontro tra opposte visioni dell'ordine globale, con la Russia e la Cina decisamente impegnate nella costruzione di un sistema radicalmente alternativo a quello fondato sulle Nazioni Unite, che ritengono irrimediabilmente condizionato dalla visione occidentale dell'ordine globale²⁰.

Forse, come qualcuno ha correttamente osservato, bisognerebbe cogliere l'occasione di questa guerra alle porte dell'Europa per ripensare *funditus* il progetto di una difesa europea²¹.

¹⁹ Si veda <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/01/10/eu-nato-joint-declaration-10-january-2023/>.

²⁰ Su tutte queste tematiche rinvio volentieri alle considerazioni proposte da Pasquale De Sena nell'intervista pubblicata il 27 maggio 2022 su *Giustizia Insieme*. Si veda *Il diritto internazionale nell'evoluzione del conflitto in Ucraina. Intervista di Giuseppe Amara a Pasquale De Sena* rinvenibile su <https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/112-le-interviste-di-giustizia-insieme/2346-il-diritto-internazionale-nell-evoluzione-del-conflitto-in-ucraina-intervista-di-giuseppe-amara-a-pasquale-de-sena>.

²¹ J.P. DARNIS, *Così la guerra in Ucraina rivoluziona l'idea di difesa europea*, in *LUISS Policy Brief*, 2022, 11.

FEDERICO CASOLARI*

Il (possibile) ruolo del diritto dell'Unione europea nella soluzione delle controversie tra Stati membri: alcune considerazioni sistemiche a partire dal caso *Slovenia c. Croazia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti della controversia. – 3. La posizione della Corte di giustizia. – 4. Accordi conclusi tra Stati membri (accordi *inter se*) e la c.d. «dottrina della limitazione». – 5. I limiti esterni della giurisdizione della Corte UE nelle controversie tra Stati. – 6. Accordi *inter se* ed il ricorso (potenziale) all'art. 273 TFUE. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il caso *Slovenia c. Croazia* costituisce il primo procedimento portato alla cognizione dei giudici di Lussemburgo in cui essi sono stati chiamati a pronunciarsi direttamente su di una questione relativa ad una controversia territoriale tra Stati membri¹. Sono invero numerosi i casi decisi dalla Corte di giustizia UE aventi ad oggetto le conseguenze – sul piano giuridico – di controversie di natura territoriale². Una

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

¹ CGUE, 31 gennaio 2020, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*. Sulla pronuncia v. anche E. KASSOTI, *Between a Rock and a Hard Place: The Court of Justice's Judgment in Case Slovenia v Croatia*, in *European Papers*, 5, 2020, p. 1 ss.; D. PETRIĆ, *A Matter of (A)political Interpretation: Some Reflections on Case C-457/18 Slovenia v Croatia*, in *Nordic Journal of European Law*, 2020, p. 87 ss.; E. PAGANO, *Sulla rilevanza dei trattati stipulate dagli Stati membri nel diritto dell'Unione. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso Slovenia c. Croazia*, in *Dir. un. eur.*, 2020, p. 647 ss.; B. MCGARRY, *Republic of Slovenia v Republic of Croatia. No C-457/18*, in *AJIL*, 2021, p. 101 ss.; L. LONARDO, «*Am I My Brother's Keeper?*» *International Agreements by Member States and the Limits of the European Court of Justice's Jurisdiction*, in *EL Rev.*, 2021, p. 105 ss.; E. CANNIZZARO, *Inter-Member State international law in the EU legal order: Some thoughts on Slovenia v. Croatia*, in *CMLR*, 2021, p. 1473 ss.

² V., per tutti, P.J. CARDWELL. R.A. WESSEL, *EU External Relations and International Law: Divergence on Questions of «Territory»?*, in E. FAHEY (a cura di), *Framing Convergence with the Global Legal Order. The EU and the World*, Oxford 2020, p. 143 ss.

prima serie di procedimenti ha riguardato l'applicazione del diritto UE a beni provenienti da, o ad attività economiche svolte all'interno di, territori occupati posti al di fuori dell'UE³ (è il caso, per es., delle arance provenienti dalla parte nord dell'isola di Cipro⁴, degli apparecchi per la preparazione di acqua frizzante o degli alimenti provenienti dai Territori occupati da Israele⁵ e dei prodotti agricoli e della pesca in relazione al Sahara occidentale⁶). La Corte ha anche affrontato, seppur indirettamente, le tensioni tra Spagna e Regno Unito rispetto a Gibilterra, allorché si è occupata della possibilità per gli individui ivi residenti di esercitare diritti elettorali con riguardo alle elezioni del Parlamento europeo⁷.

In *Slovenia c. Croazia*, tuttavia, la questione era di portata differente: si trattava, infatti, di valutare se il rispetto, da parte dei due Paesi UE, di un lodo arbitrale relativo ad una disputa concernente i confini comuni potesse costituire di per sé una questione rilevante per il diritto dell'Unione. Non solo. Nel caso di specie la Corte ha avuto la possibilità di precisare in che misura il diritto UE possa influenzare le relazioni bilaterali tra Stati membri, contribuendo a risolvere possibili controversie tra questi ultimi. Da questo punto di vista, la pronuncia presenta un indubbio interesse ed una portata, per certi versi, sistemica.

Muovendo da una breve ricostruzione dei fatti e della decisione della Corte (§§ 2-3), il presente contributo analizza, in ottica critica, le considerazioni svolte da quest'ultima al fine di delineare l'esistenza di un collegamento funzionale tra la soluzione di controversie tra Stati UE e diritto sovranazionale (§§ 4-6). Il lavoro si conclude con alcune considerazioni di insieme sulle implicazioni derivanti dalla sentenza in commento (§ 7).

2. I fatti della controversia

La controversia tra Slovenia e Croazia costituisce una delle poche liti tra Paesi dell'Unione rispetto alle quali la Corte di giustizia è

³ In generale, v. A. DUVAL, E. KASSOTI (a cura di), *The legality of economic activities in occupied territories: international, EU law and business and human rights perspectives*, Abingdon 2020.

⁴ CGUE, 5 luglio 1994, c. C-432/92, *Anastasiou*.

⁵ CGUE, 25 febbraio 2010, c. C-386/08, *Brita GmbH*; CGUE, 12 novembre 2019, c. C-363/18, *Psagot*.

⁶ CGUE, 21 dicembre 2016, c. C-104/16 P, *Front Polisario*; CGUE, 27 febbraio 2018, c. C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*.

⁷ CGUE, 12 settembre 2006, c. C-145/04, *Spagna c. Regno Unito*.

stata chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 259 TFUE, vale a dire nell'ambito della procedura di infrazione attivata su impulso di uno Stato membro⁸. Si tratta, peraltro, di una controversia di lunga data, relativa alla delimitazione della frontiera comune in corrispondenza della baia di Pirano e risalente ai tempi della dissoluzione della Repubblica socialista federativa di Jugoslavia⁹. Al fine di individuare una soluzione alla controversia, i due Stati hanno deciso di concludere nel 2009 – prima, dunque, che la Croazia divenisse un Paese membro dell'UE¹⁰ – un Accordo di arbitrato (d'ora in poi anche «Accordo»), che prevedeva la costituzione di un tribunale arbitrale *ad hoc* incaricato di dirimere in termini definitivi la disputa. Significativamente, il negoziato relativo all'Accordo è stato supportato sia dalla Commissione europea che dalla Presidenza svedese dell'Unione europea, che hanno pure presenziato alla firma dello stesso¹¹.

Il 17 gennaio 2012, in applicazione dell'art. 2, § 1, dell'Accordo, i due Stati hanno istituito il tribunale arbitrale designandone i componenti. Tuttavia, a causa di un incidente di procedura determinato da una comunicazione *ex parte* tra l'arbitro nominato dalla Slovenia e l'agente di tale Stato, la Croazia ha ritenuto di poter invocare la *Material Breach Clause* contenuta nell'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 al fine di risolvere l'Accordo. Ciò nonostante, dopo una modifica della sua composizione, il Tribunale arbitrale valutava infondata la pretesa della Croazia¹² e adottava poi un lodo nel quale si definiva, in termini vincolanti, la delimitazione delle frontiere tra i due Stati UE¹³.

La Croazia decideva pertanto di contestare la validità del lodo, rifiutandosi di darvi applicazione. È alla luce di ciò che la Slovenia decideva di rivolgersi alla Commissione europea, prima, e alla Cor-

⁸ Per una visione generale, v. G. BUTLER, *The Court of Justice as an inter-state court*, in *Yearbook of European Law*, 2017, p. 179 ss.

⁹ G. CATALDI, *Prospects for the Judicial Settlement of the Dispute Between Croatia and Slovenia Over Piran Bay*, in N. BOSCHIERO ET AL. (a cura di) *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague 2013, p. 257 ss.; T. BICKL, *The Border Dispute Between Croatia and Slovenia*, Cham 2021.

¹⁰ L'adesione, come noto, ha avuto effetto a far data dal 1° luglio 2013. La Slovenia è divenuta un Paese membro dell'UE il 1° maggio 2004.

¹¹ Avvenuta a Stoccolma il 4 novembre 2009. L'Accordo è poi entrato in vigore il 29 novembre 2010. Il testo dell'Accordo è disponibile su: <https://pcacases.com/web/sendAttach/2165>.

¹² Cfr. PCA, 30 giugno 2016, c. No. 2012-04, *Partial Award*, § 225.

¹³ Cfr. PCA, 29 giugno 2017, c. No. 2012-04, *Final Award*.

te di giustizia, poi, a' termini dell'art. 259 TFUE. Secondo la Slovenia, infatti, il rifiuto da parte della Croazia di dare esecuzione al lodo arbitrale costituiva una minaccia rilevante al rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea, a partire dal rispetto della *rule of law*, oltre che una violazione evidente del principio di leale cooperazione¹⁴. Non solo. Impedendo alla Slovenia un pieno esercizio della sovranità sul suo territorio, così come risultante dalla delimitazione operata nel lodo, la Repubblica croata aveva dato luogo ad una violazione dei suoi obblighi sovranazionali in materia di pesca, libera circolazione delle persone e delimitazione marittima rendendone di fatto impraticabile l'implementazione nelle aree controverse. D'altra parte, la Croazia eccitava l'incompetenza della Corte. Ciò a motivo del fatto che le disposizioni di diritto UE in questione risultavano del tutto ancillari rispetto alla controversia di diritto internazionale in essere tra i due Paesi. Inoltre, posto che la controversia principale aveva ad oggetto la corretta esecuzione di un trattato internazionale (l'Accordo del 2009) non facente parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte doveva considerarsi priva della giurisdizione necessaria per valutare la validità e l'efficacia del trattato medesimo e del relativo lodo.

3. *La posizione della Corte di giustizia*

Nella relativa sentenza, la Corte di giustizia ha anzitutto valutato l'interazione tra le violazioni del diritto UE fatte valere dalla Slovenia e l'esecuzione dell'Accordo del 2009. La Corte ha dapprima precisato che «le asserite violazioni del diritto primario dell'Unione [...] derivano [...] dalla presunta violazione, da parte della Repubblica di Croazia, degli obblighi scaturenti dalla convenzione di arbitrato e dalla sentenza arbitrale emessa sulla base di tale convenzione»¹⁵. Benché tale precisazione induca a riconoscere l'esistenza di uno stretto collegamento tra i due quadri normativi, la Corte ha poi proceduto a ridimensionare (assai significativamente) l'impatto dell'Accordo sugli obblighi di Slovenia e Croazia derivanti dalla loro partecipazione all'ordinamento giuridico UE. Anzitutto, la Corte ha evidenziato la circostanza in base alla quale l'Accordo del 2009 non risultava “co-

¹⁴ Su tale principio, v. M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford 2014; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli 2020.

¹⁵ CGUE, 31 gennaio 2020, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, cit., § 101.

perto” da una competenza UE, trattandosi piuttosto del risultato di una prerogativa esercitata dai due Stati al fine di dirimere una controversia internazionale che li vedeva contrapposti¹⁶. D'altra parte, ha ricordato sempre la Corte, esso non risultava nemmeno vincolare sul piano formale l'Unione¹⁷. Da ciò la Corte ha dedotto che non potesse invocarsi nei suoi confronti la formula *Haegeman*, secondo cui gli accordi che vincolano l'Unione sul piano internazionale entrano a far parte del suo ordinamento giuridico a far data dalla loro entrata in vigore¹⁸.

Come già ricordato, non vi è dubbio che l'Unione europea abbia contribuito fattivamente al negoziato ed alla conclusione dell'Accordo nell'ambito del processo di adesione della Croazia. Altrettanto innegabile è la circostanza in base alla quale l'Allegato III dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Croazia menziona esplicitamente la «piena attuazione del lodo arbitrale derivante dall'Accordo arbitrale tra il governo della Repubblica di Slovenia e il governo della Repubblica di Croazia firmato a Stoccolma il 4 novembre 2009»¹⁹. Tali elementi non sono stati tuttavia ritenuti dalla Corte UE sufficienti a dimostrare il fatto che siano stati «incorporat[i] nel diritto dell'Unione gli impegni internazionali assunti nel quadro di detta Convenzione dalla Repubblica di Croazia e dalla Repubblica di Slovenia, e segnatamente l'obbligo di rispettare la frontiera fissata nella sentenza [*rectius*, nel lodo] di cui sopra»²⁰.

Tenuto conto di quanto precede, ed anche alla luce della soluzione fornita nel precedente caso sulle *Scuole europee*²¹, la Corte ha quindi concluso che le supposte violazioni invocate dalla Slovenia riguardassero obblighi del tutto ancillari rispetto al contenuto dell'Accordo; Accordo che non risultava sufficientemente riconducibile nell'ambito di applicazione del diritto UE. A motivo di ciò la Corte ha negato la sua giurisdizione ai sensi dell'art. 259 TFUE. Essa ha anche richiamato, significativamente, la necessità di rispettare il riparto di competenze con gli Stati membri, oltre che il fatto che spetta agli Stati membri la determinazione del proprio territorio, avuto

¹⁶ *Ibid.*, § 102.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CGUE, 30 aprile 1974, c. 181/73, *Haegeman*, punto 75. Sul punto v. F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 179 ss.

¹⁹ GUUE L 112, del 24 aprile 2012, p. 21 s.

²⁰ CGUE, 31 gennaio 2020, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, cit., § 103.

²¹ CGUE, 30 settembre 2010, c. C-132/09, *Commissione europea c. Belgio*, punti 40-42. V. anche *infra*, § 5.

riguardo ai vincoli derivanti dal diritto internazionale²². I giudici di Lussemburgo non hanno, tuttavia, mancato di segnalare ai due Paesi in lite, in un *obiter dictum*, l'urgenza di addivenire ad una soluzione della controversia, in virtù degli obblighi di mutua assistenza loro incombenti in forza del principio di leale cooperazione, rendendosi disponibili a pronunciarsi al riguardo in virtù di un compromesso adottato ai sensi dell'art. 273 TFUE²³.

Richiamato il quadro fattuale e sintetizzata la posizione espressa dalla Corte, si tratta ora di contestualizzare la pronuncia, valutando anzitutto il suo collegamento con la giurisprudenza precedente volta a stabilire l'interazione tra accordi conclusi tra Stati membri (c.d. «accordi *inter se*») e diritto dell'Unione. Tale valutazione dovrebbe consentire di meglio precisare quando (ed in che termini) una controversia tra Paesi UE che sorga nell'interpretazione ed applicazione di detti accordi possa acquisire rilievo per l'ordinamento giuridico sovranazionale, venendo attratta da quest'ultimo e, per ciò stesso, risultando soggetta agli obblighi strutturali che caratterizzano la *membership* all'Unione.

4. *Accordi conclusi tra Stati membri (accordi inter se) e la c.d. «dottrina della limitazione»*

La questione principale affrontata dalla Corte in *Slovenia c. Croazia* riguarda la possibilità di definire un confine che separi i rapporti internazionali tra Stati membri dall'ambito di applicazione del diritto UE. Nella sua giurisprudenza precedente, la Corte ha avuto modo di occuparsi del tema in più occasioni, chiarendo che tali rapporti – per lo più cristallizzati in accordi internazionali conclusi tra gli Stati (c.d. «accordi *inter se*») – possono essere rilevanti per il diritto UE ancorché essi si sviluppino al di fuori di esso. In *Hurd*²⁴, per esempio, la Corte ha chiarito che: «[nel] caso in cui l'applicazione di una disposizione dei Trattati o di diritto comunitario derivato

²² CGUE, 31 gennaio 2020, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, cit., § 105.

²³ *Ibid.*, § 109. L'art. 273 TFUE prevede che la Corte sia «competente a conoscere di qualsiasi controversia tra gli Stati membri in connessione con l'oggetto dei Trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso». Ciò si è verificato nel caso *Austria c. Germania*, avente ad oggetto una controversia sulla Convenzione bilaterale conclusa tra i due Paesi al fine di evitare la doppia imposizione. Cfr. CGUE, 12 settembre 2017, c. C-648/15, *Austria c. Germania*; V. G. BUTLER, *The Court of Justice*, cit., pp. 197-202, nonché *infra*, § 6.

²⁴ CGUE, 15 gennaio 1986, c. 44/84, *Hurd*.

ovvero il funzionamento delle istituzioni comunitarie fossero ostacolati da una misura adottata nell'ambito dell'attuazione di una [...] convenzione conclusa fra gli Stati membri al di fuori dell'ambito di applicazione dei Trattati [...] la misura di cui trattasi potrebbe essere contraria agli obblighi derivanti dall'art. 5 [...] del Trattato CEE [ora art. 4, § 3, TUE]»²⁵. Un esempio più recente del medesimo approccio può rinvenirsi poi nel noto caso *Pringle*²⁶, ove la Corte si è occupata dell'interazione tra il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES) ed il diritto UE. In questa sentenza, la Corte ha precisato che gli Stati membri «non possono esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore»²⁷.

Significativamente, la tesi argomentativa testé richiamata appare perfettamente in linea con una giurisprudenza ormai consolidata della Corte UE, che risale agli anni '60 del secolo scorso, nella quale essa ha evidenziato il ruolo che gli obblighi di leale cooperazione degli Stati membri debbono esercitare laddove l'esercizio di prerogative sovrane possa portare nocimento al perseguimento di obiettivi sovranazionali²⁸. In base a tale giurisprudenza, in casi siffatti gli Stati membri sono chiamati ad esprimere le prerogative di cui dispongono «avuto riguardo al diritto UE», eventualmente astenendosi dall'agire. Sono invero molteplici gli ambiti nei quali tale approccio – denominato «teoria della limitazione» nelle conclusioni rese dall'Avvocato generale (AG) Pikamäe nel caso in commento²⁹ – ha trovato affermazione: condizioni di acquisto e perdita della cittadinanza³⁰, mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza pubblica³¹,

²⁵ *Ibid.*, § 39.

²⁶ CGUE, 27 novembre 2012, c. C-370/12, *Pringle*.

²⁷ *Ibid.*, § 69.

²⁸ CGUE, 23 febbraio 1961, c. 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*.

²⁹ CGUE, 11 dicembre 2019, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, § 138. Su tale teoria, v. L. AZOULAI, *The «Retained Powers» Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in *EJLS*, 4, 2011, p. 192 ss. V. anche B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences — Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (a cura di), *The Division of Competences between the EU and the Member States — Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59 ss.; L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.

³⁰ CGUE, 7 luglio 1992, c. C-369/90, *Micheletti*, § 10.

³¹ CGUE, 9 dicembre 1997, c. C-265/95, *Commissione c. Francia*, § 21.

organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale³², organizzazione del sistema educativo³³ e dell'ordine giudiziario³⁴, tassazione diretta³⁵.

È interessante notare come la valorizzazione degli obblighi di leale cooperazione degli Stati membri (inclusi gli obblighi di astensione) di cui si è appena detto determini complessivamente una significativa attenuazione della linea di demarcazione tra le competenze degli Stati membri e quelle dell'Unione europea, contribuendo in tal modo ad una più flessibile ricostruzione del principio generale di attribuzione delle competenze di cui all'art. 5, § 1, TUE³⁶. Elemento centrale di tale ricostruzione è la garanzia dell'effettività del diritto UE: maggiore è la capacità di incidenza sull'effettività del diritto UE delle prerogative degli Stati membri, più evidente è l'affermazione, in sede giurisprudenziale, degli obblighi di leale cooperazione incombenti in capo agli Stati membri.

5. *I limiti esterni della giurisdizione della Corte UE nelle controversie tra Stati*

Ora, la sentenza pronunciata dalla Corte in *Slovenia c. Croazia* sembra per certi versi muoversi in controtendenza, nel tentativo di delineare in modo più chiaro (e, si potrebbe dire, più rigido) i limiti esterni del diritto UE (e, dunque, della sua giurisdizione), così riaffermando la possibile autonomia delle relazioni internazionali tra Stati membri rispetto a tale diritto. Sono, tuttavia, numerosi i profili problematici che si rinvengono nell'approccio assunto dalla Corte e che meritano di essere brevemente richiamati in questa sede.

Nella pronuncia, i giudici di Lussemburgo sembrano applicare un duplice *test* per riconoscere (ma si dovrebbe forse dire, per escludere) la propria giurisdizione alla luce dell'art. 259 TFUE. Anzitutto, si guarda alle prerogative esercitate dagli Stati membri alla luce dell'Accordo di arbitrato del 2009. In seconda battuta, viene «misurata» l'incidenza dell'esercizio di prerogative sovrane da parte degli Stati membri sull'effettività del diritto UE. Come visto sopra, la Corte conclude che dette prerogative sono espressione di un autonomo *tre-*

³² CGUE, 4 febbraio 2015, c. C-647/13, *Melchior*, § 21.

³³ CGUE, 23 ottobre 2007, c. C-11/06 e C-12/06, *Morgan e Bucher*, § 24.

³⁴ CGUE, 24 giugno 2019, c. C-619/18, *Commissione c. Polonia*, § 52.

³⁵ CGUE, 14 febbraio 1995, c. C-279/93, *Schumacker*, parr. 21-24.

³⁶ E. NEFRAMI, *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2016, p. 221 ss.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., p. 88.

aty-making power dei due Paesi, il cui collegamento con il diritto UE risulta tanto debole quanto irrilevante.

Sorprendentemente, nessun rilievo è attribuito dalla Corte agli elementi che suggeriscono l'esistenza di una connessione qualificata tra l'Accordo del 2009 e l'attuazione del diritto UE, segnatamente nel contesto della procedura di adesione della Croazia all'Unione. Ciò, nonostante siano molteplici gli elementi che esprimono tale collegamento. Anzitutto, il contesto relativo alla conclusione dell'Accordo, così come alcune delle sue previsioni – ad esempio, l'art. 9, § 2, che precisa che «[b]oth parties shall refrain from any action or statement which might negatively affect the accession negotiations»³⁷ – dimostrano chiaramente, come pure rammentato dal Tribunale arbitrale nel suo *Partial Award*, che «the Agreement is intimately tied to the process of Croatia's accession to the European Union»³⁸. In secondo luogo, è del tutto evidente che la finalità principale dell'Accordo, vale a dire la definitiva soluzione della controversia territoriale tra i due Stati frontalieri, ha un impatto importante sulla delimitazione dell'ambito di applicazione *ratione loci* del diritto UE, a partire dalle disposizioni sovranazionali la cui violazione è fatta valere dalla Slovenia nel procedimento di infrazione.

E tuttavia, sia nella prospettiva dell'AG che in quella dei giudici di Lussemburgo gli elementi testé richiamati non appaiono decisivi. In particolare, secondo la Corte tali elementi costituiscono «un [mero] fatto oggettivo»³⁹. In altre parole, la connessione con il diritto dell'Unione non costituisce altro che un dato fattuale; un dato che si pone, per così dire, sullo sfondo e che non è idoneo, per ciò stesso, a giustificare l'invocazione della teoria della limitazione e dei corrispondenti obblighi di leale cooperazione su cui tale teoria poggia le proprie basi. Come noto, non è questa la prima volta che la Corte giustifica la limitazione della propria giurisdizione facendo leva sull'esistenza di elementi meramente fattuali. Ad esempio, nel parere 1/17 relativo all'Accordo economico e commerciale globale tra il Canada e l'UE (CETA)⁴⁰ la Corte ha sostenuto che la possibilità

³⁷ L'art. 9, § 1, prevede invece che la Slovenia «shall lift its reservations as regards opening and closing of negotiation chapters where the obstacle is related to the dispute».

³⁸ Permanent Court of Arbitration, Case No 2012-04, *Partial Award*, cit., punto 220. V. anche L. LONARDO, «*Am I My Brother's Keeper?*» *International Agreements by Member States and the Limits of the European Court of Justice's Jurisdiction*, cit., p. 111.

³⁹ CGUE, 11 dicembre 2019, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, § 111.

⁴⁰ CGUE, 30 aprile 2019, parere 1/17, *CETA*.

data al Tribunale arbitrale previsto nel CETA di prendere in considerazione il diritto UE «in quanto questione di fatto» non risulti in conflitto con le proprie prerogative in materia di interpretazione di tale diritto⁴¹. Esattamente come in *Slovenia c. Croazia*, gli obblighi internazionali (derivanti dal CETA), da un lato, e gli obblighi UE, dall'altro, sono considerati come riconducibili ad «ordinamenti giuridici ben distinti»⁴². Numerose sono le critiche emerse in dottrina con riguardo all'approccio (assai) formalistico adottato dalla Corte nel parere 1/17⁴³. *Mutatis mutandis*, esse possono essere rivolte alla posizione assunta dalla Corte in *Slovenia c. Croazia*.

Non sembra rilevante, al riguardo, il fatto che nella sentenza la Corte abbia fatto riferimento alla sua precedente pronuncia nel caso delle *Scuole europee*. In quest'ultimo caso, i giudici di Lussemburgo erano chiamati a valutare una possibile infrazione da parte del Regno del Belgio dell'Accordo di sede concluso nel 1962 con il Consiglio superiore della scuola europea. Essi avevano ritenuto di negare la propria giurisdizione facendo leva sulla circostanza che l'Accordo in questione era stato concluso senza alcun coinvolgimento dell'ente sovranazionale. Ne doveva pertanto conseguire l'impossibilità di identificare diritti ed obblighi scaturenti dall'Accordo che potessero venire ricondotti all'ordinamento UE. E tuttavia, come correttamente evidenziato in dottrina⁴⁴, la situazione sottoposta alla Corte in *Slovenia c. Croazia* era assai differente da quella che si prospettava nel procedimento contro il Belgio. Nel caso delle *Scuole europee*, come detto, l'argomento principale a sostegno della giurisdizione della Corte faceva leva sull'Accordo di sede; nel caso che qui si commenta, invece, la questione poggiava su argomenti di diritto UE (benché collegati funzionalmente all'Accordo di arbitrato del 2009).

Ad uno sguardo più attento, più che richiamare l'approccio espresso nel caso delle *Scuole europee*, la Corte sembra ispirarsi alla medesima linea argomentativa emersa in *Ungheria c. Slovacchia*, altro procedimento di infrazione interstatale caratterizzato da forti tensioni di natura politica⁴⁵. Come si ricorderà, infatti, in questo procedimento, avente ad oggetto la legittimità del divieto di ingresso

⁴¹ *Ibid.*, parr. 76-77.

⁴² *Ibid.*, § 77.

⁴³ C. RAPOPORT, *Balancing on a Tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's Narrow and Tortuous Path for Compatibility of the EU's Investment Court System (ICS)*, in *CMLR*, 2020, p. 1747.

⁴⁴ E. KASSOTI, *Between a Rock and a Hard Place*, cit., p. 5.

⁴⁵ CGUE, 16 ottobre 2012, c. C-364/10, *Ungheria c. Slovacchia*.

nel territorio della Repubblica slovacca opposto al presidente della Repubblica ungherese, la Corte aveva riletto una questione di diritto UE (la possibile limitazione della libera circolazione dei cittadini UE) attraverso le categorie e la disciplina di diritto internazionale (*in casu*, il regime applicabile ai Capi di Stato e di governo⁴⁶), così negando la propria giurisdizione sull'eventuale violazione di obblighi da parte dei Paesi UE⁴⁷.

Insomma, ciò che emerge da *Slovenia c. Croazia* è semmai il tentativo di (ri)marcare una netta separazione tra la pluridecennale controversia in essere fra i due Paesi balcanici – di fatto ricondotta nell'alveo delle dispute frontaliere tra Stati governate dal diritto internazionale⁴⁸ – ed il diritto dell'Unione. Ciò anche attraverso una decisa riaffermazione delle prerogative nazionali nella delimitazione dei confini⁴⁹. Ora, non vi è dubbio che l'ambito di applicazione territoriale del diritto UE sia tuttora fondato sulla delimitazione territoriale compiuta dagli Stati membri e che quest'ultima ricada nell'ambito delle loro prerogative. Tale circostanza, richiamata in precedenti pronunce della Corte⁵⁰, è del resto deducibile dall'art. 4, § 2, TUE, che impone all'Unione il rispetto delle funzioni esercitate dagli Stati per la salvaguardia della propria integrità territoriale. E tuttavia, così come il rispetto, da parte dell'Unione, degli interessi nazionali essenziali in materia di tutela della sicurezza nazionale – pure menzionati nell'art. 4, § 2, TUE – non ha impedito alla Corte di riconoscere un ruolo al diritto UE⁵¹, altrettanto potrebbe forse dirsi con riguardo alle prerogative in materia di delimitazione territoriale. Non va infatti dimenticato che, oltre alla salvaguardia dei valori fondamentali

⁴⁶ *Ibid.*, §§ 46-49.

⁴⁷ L.S. ROSSI, *EU Citizenship and the Free Movement of Heads of State: Hungary v. Slovak Republic*, in *CMLR*, 2013, p. 1451 ss.

⁴⁸ D. PETRIĆ, *A Matter of (A)political Interpretation*, cit., p. 90.

⁴⁹ E. KASSOTI, *Between a Rock and a Hard Place*, cit., p. 3.

⁵⁰ CGUE, 29 marzo 2007, c. C-111/05, *Aktiebolaget NN v Skatteverket*, § 95. V. anche la risposta data dal Vicepresidente della Commissione europea Timmermans ad una questione posta da Andrej Plenković, membro del Parlamento europeo, e divenuto poi Primo ministro della Croazia, sull'Accordo del 2009. Secondo il Vicepresidente, «the setting of the border between Member States does not fall within the competences conferred upon the Union». Egli riconosceva, tuttavia, che la risoluzione della controversia tra i due Paesi fosse funzionale per una «smooth and clear application of Union law in both Member States». V. *Arbitration Agreement between Croatia and Slovenia*, doc. P-011825/2015, 4 settembre 2014, disponibile su <https://www.europarl.europa.eu>

⁵¹ CGUE, 4 giugno 2013, c. C-300/11, ZZ, § 38; CGUE, 20 marzo 2018, c. C-187/16, *Commission v Austria*, §§ 75-76.

dell'Unione⁵², l'attuazione della clausola delle identità nazionali codificata nell'art. 4, § 2, TUE richiede di prendere in conto anche gli ulteriori principi sulla *membership* all'Unione menzionati negli altri paragrafi dell'art. 4 TUE. A partire dal principio di leale cooperazione, che impedisce agli Stati di invocare la predetta clausola al fine di introdurre riserve generali all'efficacia del diritto UE⁵³.

6. *Accordi inter se ed il ricorso (potenziale) all'art. 273 TFUE*

È forse nel tentativo di riequilibrare un quadro che appare eccessivamente orientato a tutelare le prerogative statali, che la sentenza in commento contiene un interessante *obiter dictum*, che è inserito subito dopo l'affermazione dell'incompetenza della Corte e che merita di essere qui richiamato nella sua interezza:

«Tale conclusione [ossia la carenza di giurisdizione della Corte] lascia impregiudicato qualsiasi obbligo scaturente, per ciascuno dei due Stati membri interessati, nelle loro relazioni reciproche ma anche verso l'Unione e gli altri Stati membri, dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE per adoperarsi lealmente ai fini della realizzazione di una soluzione giuridica definitiva conforme al diritto internazionale, quale auspicata nell'Atto di adesione, la quale assicuri l'applicazione effettiva e senza ostacoli del diritto dell'Unione nelle zone in questione e per porre fine alla loro disputa utilizzando l'uno o l'altro mezzo per la composizione di quest'ultima, ivi compresa, se del caso, la sotto-

⁵² CGUE, 19 dicembre 2019, c. C-502/19, *Oriol Junqueras Vies*, ove la Corte riconosce che le immunità di cui godono i membri del Parlamento europeo, che danno concretizzazione al valore sovranazionale della democrazia codificato nell'art. 2 TUE, devono prevalere rispetto alla reazione posta in essere da uno Stato membro (la Spagna) per salvaguardare la propria integrità territoriale da un tentativo di secessione (da parte della Catalogna).

⁵³ CGUE, 19 giugno 2020, c. C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, § 143: «Non è lecito dedur[r]e una riserva generale, inerente al trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Ammettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione». V. anche B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law — The European Union Legal Order*, vol. I, Oxford 2018, p. 350 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, § 2, TUE*, Napoli 2017, p. 149; F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., p. 207.

posizione di tale disputa alla Corte in virtù di un compromesso ai sensi dell'articolo 273 TFUE»⁵⁴.

Il tenore di questo passaggio è senz'altro vago ed ambiguo. In particolare, dal momento che la Corte ha riconosciuto che lo strumento adottato dai due Paesi in lite per risolvere la controversia (l'Accordo del 2009) si pone al di fuori del diritto UE, non è del tutto chiaro come ed in che misura essi risultino poi obbligati in base a quest'ultimo diritto (ed in particolare alla luce del principio di leale cooperazione) ad individuare una soluzione definitiva alla vicenda che li contrappone⁵⁵.

Probabilmente, sono due le possibili interpretazioni dell'*obiter dictum* che consentono di mantenere una lettura unitaria e coerente dell'intera pronuncia. La prima di esse vede nel passaggio finale della sentenza nient'altro che un'esortazione rivolta ai due Stati ad individuare una soluzione definitiva della controversia, magari mettendo da parte il diritto internazionale e considerando l'eventualità di ricorrere all'art. 273 TFUE. Si tratterebbe, tuttavia, di una lettura per certi versi paradossale, ove si consideri quanto precisato dall'AG Mengozzi nel caso *Austria c. Germania* in relazione all'ambito di applicazione del predetto articolo. Nel rammentare che l'art. 273 TFUE non può venire utilizzato per definire controversie tra Stati che siano estranee o eccessivamente lontane dall'oggetto dei Trattati, egli evidenziava quanto segue:

«la scelta di due Stati membri di ricorrere alla suddetta disposizione per risolvere una disputa relativa alla loro rispettiva sovranità territoriale, marittima o insulare ben difficilmente, a mio avviso, potrebbe soddisfare il presupposto della connessione con l'oggetto dei Trattati»⁵⁶.

⁵⁴ CGUE, 31 gennaio 2020, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, § 109. Il punto riprende una considerazione, anch'essa finale, svolta dall'AG Pikamäe nelle sue conclusioni: «Infine, devo osservare che è deplorabile che una controversia frontaliere non sia sfociata in una soluzione definitiva nemmeno dopo la pronuncia del lodo arbitrale. Tuttavia, sono convinto che la risoluzione di tale controversia debba essere trovata a livello politico». CGUE, 11 dicembre 2019, c. C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, cit., § 165. V. anche G. BUTLER, *In Search of the Political Question Doctrine in EU Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, p. 329 ss.

⁵⁵ E. CANNIZZARO, *Inter-Member State*, cit., p. 1486.

⁵⁶ CGUE, 27 aprile 2017, c. C-648/15, *Austria c. Germania*, § 44. Ma v. anche le conclusioni dell'AG Maduro in *MOX Plant*, ove egli precisa quanto segue: «Ciò non significa necessariamente che gli Stati membri siano sempre tenuti ad estrapolare accuratamente gli elementi comunitari dalle controversie pendenti tra gli stessi, adendo la Corte solo per tali elementi e sottoponendo gli altri elementi della controversia a modalità di composizione diverse. Benché in teoria siffatta soluzione

L'altra possibilità consiste nell'interpretare l'*obiter dictum*, ed in particolare il riferimento che esso contiene al principio di leale cooperazione, nella medesima prospettiva adottata dall'AG Bot nelle sue conclusioni relative al già richiamato caso *Ungheria c. Slovacchia*. In altri termini, ancorché non direttamente rilevante nel delineare le prerogative statali esercitabili nella delimitazione territoriale, il principio in parola tornerebbe ad essere invocabile nella misura in cui una controversia territoriale perdurante tra due Paesi UE possa determinare «una situazione di persistente paralisi delle relazioni diplomatiche [...], contraria all'impegno assunto [...] di intrattenere relazioni di buon vicinato che è inerente alla loro decisione di aderire all'Unione»⁵⁷. In questa prospettiva, il principio di leale cooperazione potrebbe essere invocato al fine di imporre in capo agli Stati membri un obbligo (di mezzi) affinché essi adottino i comportamenti necessari per la risoluzione definitiva della controversia. Resta tuttavia da chiarire quale soglia di gravità dovrebbe raggiungere la controversia al fine di dare vita alla «situazione di persistente paralisi delle relazioni diplomatiche» cui fa riferimento l'AG Bot.

7. Considerazioni conclusive

Indipendentemente da come si voglia interpretare il passaggio finale della pronuncia *Slovenia c. Croazia*, il tentativo compiuto dalla Corte di attribuire comunque un ruolo al principio di leale cooperazione nella risoluzione delle controversie tra Stati membri appare, alla luce dell'impianto complessivo della sentenza, poco convincente. Esso contribuisce pertanto ad accentuare le criticità della decisione della Corte. Più in generale, può ritenersi che si sia persa una occasione importante per chiarire la portata della teoria della limitazione con riguardo alle relazioni internazionali tra Stati membri; e, di conseguenza, per precisare il ruolo che il diritto dell'Unione, e segnatamente i principi strutturali che disegnano la *membership* sovranazionale, possono giocare nel favorire la risoluzione di controversie

sarebbe in linea con gli artt. 292 CE [ora art. 273 TFEU] o 193 Euratom, nella pratica è preferibile adire la Corte anche per «controversie ibride» pendenti tra gli Stati membri e concernenti tanto materie ricomprese nella competenza giurisdizionale della Corte, quanto materie che esulino in toto dalla stessa, ai sensi degli artt. 239 CE o 154 Euratom». CGUE, 18 gennaio 2006, c. C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, nota 9.

⁵⁷ CGUE, 6 marzo 2012, c. C-364/10, *Ungheria c. Slovacchia*, § 59.

tra Stati membri. Tale ruolo, peraltro, dovrebbe comunque implicare uno stretto rispetto del diritto internazionale ai sensi dell'art. 21, § 1 TUE⁵⁸.

Si è visto nel corso della trattazione che un'altra lettura dei principi di riferimento è possibile⁵⁹. Non solo essa avrebbe il pregio di favorire un'azione proattiva dell'Unione nella soluzione di controversie tra Stati. Ma, cosa forse più importante, valorizzando gli obblighi di mutua lealtà degli Stati membri, essa contribuirebbe a rafforzare la rilettura della partecipazione al processo di integrazione europea in termini di *mutual membership*, vale a dire, come si è avuto modo di scrivere in altra sede⁶⁰, di costruzione di un vero spazio di cooperazione nel quale gli obblighi di leale cooperazione tra Stati membri e tra Stati membri ed Unione contribuiscano all'emergere di azioni coordinate e strategie convergenti funzionali al reale perseguimento degli obiettivi comuni.

⁵⁸ È per esempio piuttosto sorprendente che la Corte ignori nella propria sentenza il carattere definitivo e vincolante del lodo reso dal Tribunale arbitrale nella controversia tra Slovenia e Croazia. Cfr. E. KASSOTI, *Between a Rock and a Hard Place*, cit., pp. 7-9.

⁵⁹ Si veda § 4.

⁶⁰ F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., pp. 198-202.

FRANCESCO MUNARI*

Prodotti della difesa e mercato interno: riflessioni sull'impatto della carenza di una politica di difesa comune su un settore strategico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'insostenibilità di un mercato unico dei prodotti di difesa rispetto al contesto della difesa caratterizzante gli Stati membri. – 3. La mancanza delle regole funzionali alla creazione di un mercato interno dei prodotti di difesa. – 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di difesa e di relativi prodotti. – 5. Il limitato impatto delle misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali: procedure di appalto vs. interoperabilità. – 6. Misure di politica industriale UE per i prodotti della difesa. – 7. La nuova dimensione dei rischi di una non-Europa della difesa, tra Realpolitik e spunti per un cambio di passo.

1. Premessa

È un piacere, e al contempo una responsabilità che sento fortemente per i motivi che cercherò di illustrare, contribuire a un volume in onore di Edoardo Greppi sulle tematiche cui ha dedicato una vita di finissimo studioso¹. Tanto più che mai come oggi, almeno da quando sono nate le allora Comunità europee, sono drammaticamente attuali i profili della pace e della sicurezza, e soprattutto della guerra. Donde anche un plauso speciale agli amici ideatori dell'iniziativa in onore del prof. Greppi, e curatori del volume, per l'assoluta attualità, e anche utilità, di provare a comporre un quadro di riflessioni nel

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova. Partner Deloitte Legal.

¹ Cfr. il contributo recentissimo di E. GREPPI, *Politica estera e difesa europea*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano 2023, p. 5 ss. Tra le diverse opere scritte in materia dal prof. Greppi va ricordato in particolare il suo contributo ID., *La Convenzione di Ottawa e la legislazione italiana: l'affermazione del principio del divieto generalizzato delle mine antipersona*, in Croce Rossa Italiana - SIOI, *Le mine antipersona. Una guerra anche in tempo di pace*, Napoli 2000, p. 21 ss.

mezzo di un conflitto sanguinoso in Europa, nel quale la gran parte dei cittadini europei, non ancora nati quando finì la seconda guerra mondiale, è costretta a vedere per la prima volta orrori e distruzioni inedite in quasi ottant'anni. E nel contempo ad assistere alla violazione di un numero altissimo di norme e principi su cui la Comunità degli Stati provò a ricostruirsi dopo quella guerra, in una situazione in cui emerge plasticamente il totale fallimento della *governance* della pace e sicurezza mondiale concepita dalla Carta delle Nazioni Unite.

L'angolo visuale del presente contributo è ovviamente assai più limitato, concentrandosi sull'Europa, e in particolare sull'Unione europea; proverò dunque a tracciare alcune considerazioni che muovono da argomenti che mi sono più familiari, come il mercato unico, per cercare di sviluppare alcune riflessioni nelle materie invece ampiamente studiate da Edoardo Greppi. E di qui, inevitabilmente, la responsabilità che sento nell'addentrarmi in territori per me finora inesplorati.

2. *L'insostenibilità di un mercato unico dei prodotti di difesa rispetto al contesto della difesa caratterizzante gli Stati membri*

Qualsiasi analisi relativa ai prodotti della difesa nell'Unione europea muove da due punti di partenza: il fallimento della Comunità europea della difesa (CED) nel 1954 e lo speciale *status* garantito conseguentemente ai prodotti bellici dalle norme primarie del diritto UE².

Si tratta di assunti senz'altro corretti. Che però occorre meglio contestualizzare utilizzando anche discipline diverse da quella giuridica, che alla fine, anche in questo settore, altro non è se non il risultato – o un precipitato – di condizionamenti extra-giuridici.

La prima delle dimensioni non giuridiche a venire in rilievo è quella storica, senza la quale non si comprenderebbe come mai, in tutti questi anni, non si è creato un mercato unico della difesa.

Nella prospettiva storica, alla domanda non è in definitiva difficile fornire una risposta: da un lato, tutti sappiamo che l'Unione (e prima di lei, le Comunità europee), si svilupparono in parallelo a un'evoluzione dei diversi Paesi membri che, sotto lo specifico profilo della loro esistenza, posizionamento post-bellico, e loro ruolo nello

² Cfr. da ultimo L. CALZOLARI, *Il mercato unico della difesa*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss.; N. MEERSCHOEK, *The Constraints of Power Structures on EU Integration and Regulation of Military Procurement*, in *European Papers*, 2021, p. 831 ss.

scenario internazionale, certamente non seguirono le stesse linee di sviluppo caratterizzanti l'Unione: al netto ovviamente dell'allargamento verso est dell'Unione che fu possibile solo con la caduta del Muro di Berlino, basti pensare al fatto che gli anni immediatamente successivi al dopoguerra furono caratterizzati, dapprima dalle scelte che gli Stati vincitori negoziarono piuttosto a lungo sul futuro ruolo della Germania e la sua adesione alla NATO, con la Francia, all'epoca unico Stato membro CEE tra i vincitori, che non aveva al riguardo posizioni esattamente coincidenti con quelle angloamericane; ma anche alla «rivalità» che direttamente (crisi di Suez) o indirettamente si presentò sovente tra Regno Unito e Francia rispetto alla progressiva diminuzione delle rispettive sfere di influenza globali determinate dalla decolonizzazione; ovvero si pensi alla Ostpolitik tedesca degli anni settanta del secolo scorso, non esattamente condivisa da tutti i partner europei e dagli Stati Uniti; e infine, ma non per ultimo, alla rilevanza che questi ultimi – come partner NATO e come potenza globale – hanno comunque continuato a svolgere nello scacchiere europeo, anche avvalendosi dei differenti gradi di amicizia e convergenza storicamente esistenti coi diversi paesi europei³.

Nell'ottica politica, un mercato unico della difesa implica anche – e sarebbe in definitiva servente a – una percezione di un'Europa (*rectius*, di un'Unione) «compatta» rispetto a minacce esterne, e formante un blocco indipendente e «autonomo» rispetto ad altri Stati. Tutti quanti sappiamo, tuttavia, che così non è mai stato, né – quanto all'autonomia e soprattutto indipendenza – potrà essere in futuro, salvi sconvolgimenti geopolitici che nessuno, si ritiene, possa auspicare. Infatti, al di là di un desiderio, e oggi di una necessità, di dotare l'Unione di una propria dimensione strategica anche in chiave di difesa, da questo angolo visuale l'Europa, e l'Unione europea, sono parte della NATO; è dunque l'alleanza atlantica, da sempre, e prima ancora che i Trattati venissero in essere, il polo di attrazione per le strategie militari degli Stati membri, e conseguentemente anche della loro industria militare.

Di ciò, del resto, si dà pienamente atto a livello di diritto primario UE, nella misura in cui, a norma dell'art. 42.2, secondo comma, TUE, la politica di sicurezza e difesa comune «rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri [oggi la sostanziale totalità, N.d.R.]⁴, i quali ri-

³ In merito, v. per tutti il fondamentale lavoro di T. JUDT, *Post War. La nostra storia 1945-2005*, ed. italiana, Bari 2017.

⁴ Gli unici Paesi UE non membri della NATO sono infatti Austria, Cipro, Irlanda e Malta, con la Svezia che, alla data di consegna alle stampe del presente con-

tengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del trattato del Nordatlantico (NATO), nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, ed è compatibile con la politica di sicurezza e di difesa comune adottata in tale contesto».

In questa prospettiva, si capisce allora subito come non sia pienamente applicabile ai prodotti della difesa (e forse non sia neppure immaginabile) il paradigma tradizionale utilizzato per tutti gli altri beni del mercato interno, e cioè (a) libera circolazione delle merci tra Stati membri a fronte (b) di un'unione doganale per disciplinare in modo uniforme l'accesso dei beni non europei nel mercato unico: pur all'interno di un quadro europeo che si è andato via via arricchendo di norme comuni e sui cui si tornerà, per la difesa le regole sono ancora in un buona parte stabilite a livello nazionale, ovvero a livello di organizzazioni internazionali quali appunto la NATO e l'OCCAR⁵. E, di conseguenza, le politiche industriali e degli approvvigionamenti di prodotti bellici vengono decise dagli Stati membri (o da tali organizzazioni) in misura largamente indipendente dalle libertà fondamentali. Quanto sopra, com'è noto, grazie al *passepartout* fornito dagli articoli 346 ss. TFUE⁶.

Né si può obiettivamente sostenere che questo impianto sia in sé nocivo per gli interessi strategici dei Paesi membri: anche prima del 24 febbraio 2022, e con ogni evidenza a partire da tale data, l'ombrello protettivo fornito dalla NATO, e più specificamente dai due suoi membri più attivi, Stati Uniti e Regno Unito, risulta anzi fondamentale per assicurare la sicurezza nazionale e, senza retorica, la stessa integrità territoriale degli Stati UE.

tributo, sta attendendo di ricevere l'accettazione della Turchia per diventare il 32° membro dell'alleanza.

⁵ L'OCCAR (*Organization Conjointe de Coopération en matière d'Armement/Organisation for Joint Armament Cooperation*) è un'organizzazione internazionale in vigore dal 2001, costituita mediante il trattato di Farnborough del 1998, cui sono parti 6 Paesi europei (Belgio, Francia, Germania, Italia, Regno Unito e Spagna), con altri Stati europei (inclusa la Turchia) che vi partecipano senza esserne parti. L'obiettivo di OCCAR è quello, sostanzialmente, di gestire programmi congiunti in materia di difesa, e in partnership con la NATO e con l'Agenzia di Difesa Europea (per maggiori informazioni v. il sito www.occar.int). Come si vede, già la composizione degli Stati parti di questa organizzazione è emblematica delle difficoltà a immaginare la UE come idonea a gemmare matrici organizzative sui temi della collaborazione tra industrie della difesa funzionali a generare un'autonomia strategica a livello unionale.

⁶ Su questa norma, e per riferimenti, cfr. M. KELLERBAUER, *Article 346 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford 2019, p. 2050 ss.

In questo senso, accanto alla storia vi sono ragioni decisive di geopolitica che hanno ostacolato, e tuttora ostacolano, il cambiamento di prospettiva rispetto alla creazione di un mercato unico dei prodotti della difesa.

3. *La mancanza delle regole funzionali alla creazione di un mercato interno dei prodotti di difesa*

Sotto i profili appena indicati, un'altra serie di considerazioni appare utile per comprendere le peculiarità della situazione dei prodotti di difesa rispetto alle altre «merci». Segnatamente, e com'è noto, la creazione del mercato interno non è stata fatta, a suo tempo, semplicemente con la rimozione dei controlli alle frontiere. Pregiudiziale è stata la promulgazione di migliaia di atti di diritto derivato necessari a garantire l'armonizzazione delle regole tecniche e di accesso ai mercati nazionali, funzionale a sua volta a garantire la piena applicazione dei principi di mutuo riconoscimento e leale cooperazione tra Stati membri.

Nel contesto dei prodotti della difesa, un tale «lavoro preparatorio» appariva semplicemente impensabile, mancando i fondamenti politici, prima ancora che normativi, idonei a dar forma a una simile intensa attività di normazione. In altri termini, nel settore della difesa è per lungo tempo mancata tanto l'integrazione negativa quanto quella positiva.

In questa prospettiva, anzi, la debolezza strutturale della *governance* europea di riferimento, e cioè le regole sulla politica estera e di sicurezza comune, di cui agli articoli 21 ss. TUE, paradossalmente ha finito per ostacolare la possibilità di un'applicazione coraggiosa delle libertà fondamentali al nostro settore: pur essendo forse storicamente propizio il tempo nel quale, subito dopo il collasso dell'URSS, si poteva immaginare una nuova dimensione anche della politica estera e di difesa, tutto ciò non è avvenuto; il Trattato di Maastricht si è assestato com'è noto su una natura fortemente intergovernativa della PESC e della PESD⁷. Tale circostanza ha consentito agli Stati membri, nei fatti, di proseguire nell'impostazione addirittura preesistente alla stessa costituzione del vecchio «secondo pilastro» dell'Unione, la cui disciplina è rimasta sostanzialmente inalterata anche post Trattato di Lisbona.

⁷ Per un'efficace sintesi in argomento v. E. GREPPI, *Politica estera e difesa europea*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *op. cit.*, p. 5 ss.

Così, nei fatti, nel momento storico in cui, da un lato, si preparava e si avviava il mercato interno per tutte le «merci» circolanti nell'Unione, e, dall'altro, dopo quarant'anni crollava il mondo bipolare, gli Stati europei costruivano un nuovo «luogo», politico e giuridico, di politica estera e di sicurezza, tuttavia, e da un lato, non adeguato a dare all'Unione una propria dimensione di sicurezza e difesa unitarie; dall'altro lato, neppure preordinato ad assicurare il mercato interno dei prodotti di cui trattasi.

Anzi, per lungo tempo – e forse anche nella consapevolezza dei limiti di un'Unione europea come «potenza» – è invalsa l'idea di una Europa come cd. Potenza civile⁸, in grado cioè di esportare i nostri valori sulla scena globale mediante le politiche di cooperazione allo sviluppo, di assistenza umanitaria, o più generalmente di politica commerciale e di vicinato. Politiche cioè non implicanti in alcun modo l'uso delle armi, e soprattutto rientranti a pieno titolo nel «metodo comunitario». In tale prospettiva, l'attuazione di queste politiche non presupponeva affatto l'esigenza di incontrare o peggio di scontrarsi con la necessità di dotare l'Unione di una disciplina coerente per i prodotti della difesa: una tale evenienza, infatti, non si poneva in astratto, e anche in concreto è apparsa in realtà, e al massimo, episodica⁹.

In tale situazione, non stupisce che le imprese europee operanti nel settore si siano sviluppate in modo alquanto diverso dagli altri comparti dell'economia e dell'industria: i loro mercati sono rimasti largamente nazionali, perché i maggiori clienti erano le pubbliche amministrazioni dei singoli Stati membri, e i progetti di cooperazione internazionale da esse condotti sono apparsi disfunzionali rispetto all'integrazione di tali imprese nel mercato europeo. Soprattutto per i prodotti più tecnologicamente complessi e sofisticati, tali progetti sono stati infatti legati più che altro a forme di collaborazione pluriennali con partner spesso non europei, a loro volta frutto di *input* di natura politica ovvero di prospettive di esportazione di armamenti collegate a rapporti diplomatici e internazionali ai quali l'Unione, come tale, rimane largamente se non del tutto estranea.

In sostanza, se il mercato è una creazione umana, come insegna Federico Caffè, e se all'uopo sono necessarie le regole per crearlo, non stupisce se il «mercato interno» della difesa si trovi tuttora in una dimensione assai meno sviluppata rispetto alle altre industrie: come vedremo in appresso, le regole ad esso relative sono di portata

⁸ M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Bari 2004.

⁹ V. CGUE, 20 maggio 2008, c. C-91/05, *Commissione c. Consiglio (Armi leggere)*.

limitata, e comunque risultano tutto sommato piuttosto recenti, e sono in ogni caso lungi dall'aver quel grado di sviluppo necessario a garantire la piena esistenza di un siffatto mercato.

4. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di difesa e di relativi prodotti*

In una situazione quale quella sopra descritta, può giovare anche un breve *excursus* della giurisprudenza sulla *lex specialis* relativa alla nostra materia, e cioè riguardo ai citati articoli 346 ss. TFUE, al fine di comprendere, in concreto, quale reale contributo sia stato fornito dalla Commissione¹⁰ e soprattutto dalla Corte di Giustizia rispetto quanto meno alla facilitazione della creazione di un mercato interno dei prodotti di difesa.

Al riguardo, il quadro che se ne ricava è quello, saggiamente, di una giurisprudenza attenta a valorizzare nella massima misura possibile i principi fondanti l'Unione europea, senza tuttavia poter intaccare, e tanto meno rivoluzionare, l'impianto (o il non impianto) normativo così come risultante dai precedenti paragrafi.

Così, quando si è trattato di verificare l'applicazione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione in base al sesso, la Corte, sin dalla risalente sentenza *Johnston*, non ha avuto incertezze nel ritenere operanti le disposizioni di norme di diritto derivato volte a evitare discriminazioni sui luoghi di lavoro anche rispetto ad attività di polizia che implichino l'uso delle armi, e in situazioni quali quelle descritte dall'attuale art. 347 TFUE citato¹¹. Per contro, si è ritenuta non incompatibile con i principi dell'eguaglianza tra i sessi una legislazione nazionale che riserva ai soli uomini gli obblighi di leva, poiché se è noto che:

¹⁰ Cfr. fra le molte la Comunicazione interpretativa della Commissione del 7 dicembre 2006, *Sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa*, COM(2006)779 def., nonché la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 24 luglio 2013, *Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente*, COM(2013) 542 def.,

¹¹ CGUE, 15 maggio 1986, 222/84, *Johnston*. La vicenda verteva tra l'altro sul potere dello Stato membro (nella specie, il Regno Unito), di poter invocare il potere di derogare agli obblighi imposti agli Stati membri ai sensi dell'attuale art. 347 assumendo l'esistenza di gravi agitazioni interne idonee a turbare l'ordine pubblico, senza rispettare l'obbligo di consultazione previsto dalla norma di cui trattasi per simili fattispecie.

«le decisioni degli Stati membri relative all'organizzazione delle loro forze armate non possono essere sottratte completamente all'applicazione del diritto comunitario, in particolare quando si tratta del rispetto del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in merito ai rapporti di lavoro, segnatamente in materia di accesso alla carriera militare. Tuttavia, non ne deriva che il diritto comunitario disciplini le scelte di organizzazione militare degli Stati membri che hanno ad oggetto la difesa del loro territorio o dei loro interessi essenziali»¹².

Nella materia, la giurisprudenza unionale si è sempre mossa secondo lo schema della regola a eccezione: le deroghe di cui all'art. 346 TFUE restano tali, e non possono consentire agli Stati membri di sottrarsi agli obblighi loro incombenti in virtù di altre norme dell'Unione. Ciò vale per l'assoggettamento all'IVA dei prodotti militari importati da uno Stato membro in un altro Stato membro¹³, o per la non applicazione dei dazi doganali su materiale bellico importato in uno Stato membro¹⁴. Parimenti, ancora da ultimo la Corte ha escluso che gli Stati membri potessero invocare ragioni di difesa e sicurezza nazionale per superare le norme unionali relative alla circolazione delle persone all'interno del cd. Spazio Schengen¹⁵.

Tuttavia, ad onta della formula secondo cui le disposizioni di cui agli art. 346 TFUE ss. vanno interpretate restrittivamente, la Corte di Giustizia consente agli Stati membri di fornire la prova che è necessario ricorrere alla deroga ivi prevista allo scopo di tutelare i propri interessi essenziali in materia di sicurezza¹⁶. Ciò è stato ritenuto valido ad esempio per gli appalti della difesa di prodotti ad uso duale¹⁷, o per la riserva di cittadinanza a favore degli amministratori di società che producono armamenti¹⁸.

Nello stesso senso, cauta è parsa l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato nel settore delle forniture militari¹⁹, ad ulteriore conferma del fatto che in questo settore gli Stati membri godono di una discrezionalità che, pur non essendo arbitrio né una riserva generale, inerente al Trattato, volta a escludere dall'ambito d'applicazione del

¹² CGUE, 1 marzo 2003, C-186/01, *Dory*, § 35.

¹³ CGUE, 16 settembre 1999, c. C-414/97, *Commissione c. Spagna*.

¹⁴ CGUE, 15 dicembre 2009, c. C-284/05, *Commissione c. Finlandia*.

¹⁵ CGUE, 17 dicembre 2020, c. C-808/18, *Commissione c. Ungheria*.

¹⁶ *Commissione c. Finlandia*, cit., § 47, ma v. anche le sentenze citate nelle note successive.

¹⁷ CGUE, 7 giugno 2012, c. C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTümi*.

¹⁸ CGUE, 4 settembre 2014, c. C-474/12, *Schiebel Aircraft*.

¹⁹ V. Trib. UE, 30 settembre 2003, c. T-26/01, *Fiocchi munizioni c. Commissione*.

diritto UE qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza²⁰, garantisce loro confortevoli spazi di manovra.

5. *Il limitato impatto delle misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali: procedure di appalto vs. interoperabilità*

Se quindi neppure la Corte di Giustizia ha ritenuto (ribadiamo, saggiamente) di poter forzare il quadro normativo sopra accennato, è chiaro che anche la produzione legislativa relativa al settore qui in esame ha avuto in definitiva ambiti ed esiti piuttosto circoscritti.

Il che, tuttavia, non appare affatto sorprendente: l'art. 346 TFUE ha agito infatti come potente limitatore dell'applicazione tanto delle libertà fondamentali, quanto delle stesse regole di concorrenza, comprensive ovviamente sia di quelle sugli aiuti di Stato, cui si è già accennato, sia di quelle sul controllo delle concentrazioni tra imprese²¹.

L'impossibilità di eludere la portata speciale del diritto primario nella nostra materia ha pertanto imposto percorsi diversi per la legislazione unionale nel nostro settore²².

Nel 2009, quindi con quasi vent'anni di ritardo rispetto al diritto comune, si è intervenuti sul settore delle forniture e appalti mediante il cd. Pacchetto Difesa, costituito dalle direttive n. 2009/81/CE sugli appalti della difesa e n. 2009/43/CE sui trasferimenti intracomunitari dei prodotti per la difesa²³. Queste norme armonizzano, da un lato, il sistema delle licenze all'esportazione degli armamenti tra Stati membri²⁴; dall'altro, il regime degli appalti dei prodotti della difesa, al fine

²⁰ Così, quasi *verbatim*, la citata sentenza *Commissione c. Finlandia*, § 45, che a sua volta richiama la sentenza *Dory*, cit.

²¹ Sul punto, e per riferimenti, oltre alla giurisprudenza citata in precedenza v. L. CALZOLARI, *cit.*, p. 86 ss.; B. HEUNINCKX, *Defence Procurement: The Most Effective Way to Grant Illegal State Aid and Get Away With It, Or Is It?*, in *CML Rev.* 2009, 46, 191; V. RANDAZZO, *Article 346 and the Qualified Application of EU Law to Defense*, *European Union Institute for Security Studies Brief*, 2014, p. 1 ss.; R. PERROIS, *EU Competition Law, the scope of Merger Control and the Defence Industry: Analysis of Case Law and Methodology*, in *Helsinki Law Review*, 2014, p. 231 ss.; M. TRYBUS, *Buying Defence and Security in Europe: The EU Defence and Security Procurement Directive in Context*, Cambridge 2014.

²² In merito, per un'analisi più dettagliata, sia consentito sempre il rinvio a L. CALZOLARI, *cit.*, p. 94 ss., e spec. pp. 98 ss.

²³ Vedile ambedue in d.lg. 10 giugno 2009, n. 146.

²⁴ Cfr. per una sintesi *Prodotti per la difesa: regole sul trasferimento all'interno della Comunità europea*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISUM:l33288>; per un commento, M. TRYBUS, L.R.A. BUTLER, *The Internal*

di aprire il relativo mercato nell'Unione europea, ferme tuttavia le prerogative degli Stati membri ai sensi dell'art. 346 TFUE e dunque senza metterne a rischio gli interessi legittimi in materia di sicurezza. Le procedure di appalto nel nostro comparto vengono mutate da quelle di cui alla direttiva 2004/18/CE (e ridotte nel numero rispetto alle opzioni in essa previste), e rispondono alla medesima base giuridica, cioè le norme sul mercato interno, in particolare l'art. 114 TFUE: l'obiettivo è dunque quello «classico» di assicurare la parità di trattamento nella partecipazione ad appalti nella difesa da parte delle imprese stabilite nell'Unione europea, senza distinzioni dovute alla nazionalità loro o della stazione appaltante nazionale.

Si tratta di un'armonizzazione che, al riguardo, si iscrive pienamente nel novero delle misure tradizionalmente adottate per l'integrazione dei mercati nazionali. Detto questo, è chiaro che la semplice armonizzazione delle procedure di appalto o fornitura di prodotti della difesa, e l'eliminazione delle discriminazioni basate sulla nazionalità, non garantiscono affatto la crescita del settore, e tanto meno un suo sviluppo in modo coerente con obiettivi geo-strategici idonei ad aiutare la creazione di un'Unione europea della difesa nel reale senso della parola.

Infatti, fino a quando ciascuno Stato membro persegue sostanzialmente propri obiettivi di sicurezza nazionale, o li condivide (in più o meno larga parte) all'interno di alleanze come la NATO, si è ben lungi dal poter trasformare la sommatoria di imprese e prodotti nazionali operanti nel settore della difesa in un comparto davvero europeo per dimensioni, capacità tecnologica e di investimenti. Tanto che, com'è noto, alla fine il relativo nanismo delle imprese degli Stati europei operanti nel settore (la cui crescita talora viene impedita proprio dagli stessi Stati membri per motivi strategici²⁵), determina quale conseguenza la sudditanza degli eserciti europei rispetto a tecnologie extraeuropee, e cioè da Stati terzi, quanto meno per i prodotti aventi il maggior peso strategico, quindi più costosi e meno sostituibili²⁶.

Market and National Security: Transposition, Impact and Reform of the EU Directive on Intra-Community Transfers of Defence Products, in *CML Rev*, 2017, p. 403 ss.

²⁵ Questo è quanto accaduto una decina di anni fa, quando la prospettata concentrazione tra la britannica BAS e la EADS (impresa facente capo a Francia, Germania e Spagna), venne impedita per motivi politici (per maggiori approfondimenti cfr. P. KOUTRAKOS, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford 2013, spec. p. 251 ss.).

²⁶ Così il Comunicato stampa della Commissione europea, del 18 maggio 2022, *EU steps up action to strengthen EU defence capabilities, industrial and technological base: towards an EU framework for Joint defence procurement*, IP/22/3143. In

Il cambio di velocità deve dunque manifestarsi con altri strumenti, innanzitutto quello dell'interoperabilità dei prodotti della difesa, che costituisce, certamente, la chiave per l'interoperabilità delle stesse forze armate degli Stati membri, e della possibilità di poter schierare contingenti davvero «europei». Del resto, l'obiettivo dell'interoperabilità è uno di quelli perseguiti con maggiore insistenza – e da più lungo tempo – da tutti i documenti di *policy* nel settore, da programmi di addestramento congiunti tra Stati europei, così come anche da norme primarie adottate a livello UE, sia pur, per ora, con connotati alquanto programmatici. Basti pensare al Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'art. 42 TUE, allegato ai trattati²⁷.

Detto questo, non si può dire che non sia stato fatto nulla in questa direzione, come dimostrato dall'adozione della cd. strategia *EDTIB*, varata fin dal 2007 con la Dichiarazione del Consiglio direttivo dell'Agenzia europea della Difesa, *A Strategy for the European Defence Technological and Industrial Base*²⁸. Altrettanto importanti appaiono gli interventi a favore della standardizzazione dei prodotti della difesa, tra cui merita uno specifico accenno lo *European Defence Standards Reference System (EDSTAR)*²⁹ costituito nel 2011.

È interessante prendere atto del fatto che – come si osservava poc'anzi – questi obiettivi sono tutt'altro che recenti, benché negli ultimi tempi la necessità di una loro realizzazione sia ancora più pressante³⁰. Ma ancora una volta, per potersi avere interoperabilità è necessario che fra gli Stati membri vi sia non solo fiducia reciproca ma anche, e forse soprattutto, condivisione irreversibile degli obiettivi politici alla base di una difesa interoperabile e di un uso della forza

questo senso, e nell'ottica di superare questi gravi limiti dell'industria europea della difesa, si pongono documenti di *policy* più recenti, a loro volta espressione di un tentativo di cambiare approccio, di cui diremo; in tema, cfr. in particolare la Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 18 maggio 2022, sull'analisi delle carenze di investimenti nel settore della difesa e sulle prospettive di percorso (JOIN(2022) 24 final, p. 2).

²⁷ Su cui v. A. MIGLIO, *Lo sviluppo di capacità di difesa e la cooperazione strutturata permanente*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *op. cit.*, p. 57 ss., e spec. 65 ss., anche per riferimenti.

²⁸ Cfr. sempre L. CALZOLARI, *cit.*, p. 103 ss.

²⁹ V. <https://edstar.eda.europa.eu/>.

³⁰ V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 22 febbraio 2021, *Piano d'azione sulle sinergie tra l'industria civile, della difesa e dello spazio*, COM(2021) 70 def.

definitivamente inserito nel quadro politico e normativo dell'Unione. Ingredienti, questi, che hanno ben poco a che vedere con la circolazione delle merci nel mercato interno, essendo immanenti invece nel contesto PESD, le cui caratteristiche, e limiti, sono stati in precedenza tratteggiati.

6. Misure di politica industriale UE per i prodotti della difesa

In una situazione in cui, da un lato, la PESD si attua con il metodo intergovernativo, e con competenze unionali la cui attuazione è quindi alquanto faticosa e, dall'altro lato, le norme sul mercato interno ben poco possono fare per dar corpo a un'effettiva «comunitarizzazione» dei prodotti della difesa, debbono dunque venire in rilievo altri strumenti, rispondenti a competenze più ridotte dell'Unione, ma comunque sussistenti e, fortunatamente, utilizzate. Il riferimento è al Fondo europeo della difesa, di cui al regolamento 2021/697/UE³¹, che nasce a seguito di iniziative di *policy* risalenti al 2016, e allora volte soprattutto a segnalare i costi della «non Europa» per le nostre industrie della difesa, schiacciate appunto tra commesse frammentate tra gli Stati membri e *players* extraeuropei di dimensioni e tecnologie superiori³².

Il Fondo è strumento puro di politica industriale³³, ed è volto a sostenere, mediante un cofinanziamento con gli Stati membri, progetti di cooperazione tra imprese della difesa degli Stati membri, ovvero riguardanti tecnologie innovative. Il Fondo funziona sostanzialmente in modo omologo a tutti gli altri strumenti di finanziamento europei, e il suo obiettivo è quello, progressivamente, di sostenere la collaborazione delle imprese europee per la realizzazione di prodotti della difesa che, in quanto identici, abbiano quelle caratteristiche fondamentali per garantire economie di scala, assicurarsi una domanda più ampia rispetto al *budget* della difesa dei singoli Stati membri, e nel contempo dar corpo all'obiettivo dell'interoperabilità degli equipaggiamenti militari.

³¹ In GU n. L 170, del 12 maggio 2021, p. 149 ss.

³² V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 30 novembre 2016, *Piano d'azione europeo in materia di difesa*, COM(2016) 950 def.

³³ In questo senso anche A. MIGLIO, *op. cit.*, p. 61 e L. CALZOLARI, *op. cit.*, p. 104 ss., cui si rinvia anche per maggiori riflessioni in argomento.

Inoltre, dato il comparto nel quale il regolamento 2021/697/UE si inserisce, per una volta non si fa mistero della natura protezionistica dello strumento, che è rivolto – del tutto opportunamente – in via esclusiva a progetti realizzati da imprese europee per la difesa europea. Come si vede, si tratta quindi di un altro evidente segno dei tempi, in una fase storica nella quale l'economia sociale di mercato aperta a tutti, e cioè uno dei dogmi su cui si fondano i trattati, deve essere in parte ripensata in funzione del perseguimento di obiettivi extra-economici, e più precisamente strategici e di sicurezza (dell'Europa), visto il quadro globale decisamente più fosco di quanto potessimo immaginare solo all'inizio di questo decennio.

7. *La nuova dimensione dei rischi di una non-Europa della difesa, tra Realpolitik e spunti per un cambio di passo*

La tragica evoluzione dello scacchiere globale ha colto l'Unione europea in un momento di trasformazione della propria struttura difensiva, e del proprio posizionamento geostrategico. Basti pensare al fatto che, con l'uscita dall'Unione del Regno Unito, la prima non solo perde una potenza nucleare che prima poteva annoverare tra i suoi membri, obbligati per inciso dall'art. 42.7 TUE all'obbligo di «prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso»³⁴, ma perde anche il membro europeo che, all'interno della NATO, è dotato dell'esercito certamente più importante, secondo soltanto a quello statunitense³⁵.

La guerra in Ucraina, e cioè un conflitto «tradizionale» su larga scala ai nostri confini, nel quale gli stessi *partner* della NATO sono coinvolti, acuisce l'urgenza di una riflessione complessiva sulla nostra capacità bellica, che implica necessariamente anche una valuta-

³⁴ In argomento, anche per un confronto della portata di tale disposizione rispetto all'art. 5 del Trattato NATO, cfr. 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; ID., *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 121.

³⁵ Secondo l'ultimo rapporto annuale di Global Firepower, l'esercito del Regno Unito è il quinto più potente al mondo in termini di *cd. power index* (un indicatore che tiene conto di numerose decine di parametri, quali il numero delle forze armate, la capacità tecnologica, il budget dedicato, la capacità logistica, ecc.). Il primo Stato UE nella classifica si trova al nono posto, ed è la Francia, con l'Italia in decima posizione (cfr. <https://www.globalfirepower.com/countries-listing.php>).

zione dei prodotti di difesa che le imprese europee sono in grado di fornirci in caso di necessità.

L'idea dell'Europa «potenza di pace», sembra purtroppo definitivamente tramontata. Con tale idea siamo stati in grado di giustificare per lungo tempo un diritto primario che, in tema di PESC – e soprattutto di PESD – rimane obiettivamente debole, tanto più rispetto al livello di integrazione europea raggiunto in altri settori. Di questa debolezza, peraltro, probabilmente alcuni attori esterni alla UE si sarebbero già ampiamente approfittati, se non fosse per il ruolo dell'alleanza atlantica, la cui presunta «morte cerebrale»³⁶, per fortuna, era frutto di valutazioni quanto meno affrettate.

Ciò premesso, sembra alquanto difficile, in tempi brevi, una rivisitazione complessiva delle norme primarie *in subiecta materia*, le quali integrano, come si è visto, le reali cause dell'arretratezza del mercato unico dei prodotti di difesa. E non è neppure detto che una svolta repentina sia auspicabile, perché probabilmente essa non avverrebbe da sola, ma sarebbe preceduta da sconvolgimenti e crisi geopolitiche che certamente non sarebbero limitate alla mera «rifondazione» della nostra PESD e del mercato interno degli armamenti.

Occorre, quindi, e innanzitutto, continuare a procedere con una politica delle cose possibili, sotto diversi profili. Da un lato, continuando a sviluppare sui diversi scacchieri mondiali le forme di cooperazione militare che da anni gli Stati membri stanno sperimentando con risultati sicuramente positivi, e che denotano una discreta vitalità di una, sia pur tuttora frammentata, politica di difesa europea³⁷. Dall'altro lato, potenziando ulteriormente il Fondo europeo della difesa, al fine, progressivamente, di provare ad allineare standard e interoperabilità dei prodotti europei della difesa. Tutto ciò avrebbe molteplici vantaggi: sotto un primo profilo, un ulteriore passo facilitatore di missioni militari integrate tra i diversi Stati membri; sotto un secondo profilo, un'agevolazione anche delle condizioni per l'integrazione dell'industria europea della difesa, e dei relativi prodotti. E infine, consentirebbe un incremento significativo della «Europa della difesa» senza ipotizzare necessari momenti rifondativi

³⁶ La frase è stata pronunciata dal presidente francese Emmanuel Macron nel 2019 in un'intervista al settimanale *The Economist* (v. https://www.ilsole24ore.com/art/nato-stato-morte-cerebrale-ambizioni-macron-francia-e-ue-ACDUwQx?refresh_ce=1). *Ex post* risulta probabilmente frutto di una valutazione inesatta.

³⁷ Per una recente e attenta rassegna delle varie missioni congiuntamente svolte nell'ambito della «difesa europea» cfr. i diversi contributi contenuti in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 143 ss. e 257 ss.

di portata davvero «costituzionale» a livello di Unione, che non solo appaiono irrealistici (e verosimilmente presuppongono, come detto, rivolgimenti planetari non proprio auspicabili), ma finiscono per distogliere l'attenzione dalle diverse modalità con cui può crescere la collaborazione politica, e quindi industriale, nella difesa europea.

In questa direzione l'Unione si sta muovendo col nuovo piano di difesa europeo, meglio noto come *Bussola Strategica*³⁸, nel quale, lungi dall'immaginare rivoluzioni forse velleitarie nella PESD, si procede per passi di collaborazione progressivi nel settore, aggiungendo tessere importanti nel complicato puzzle che, sia pur per tappe, l'Unione sta componendo.

Lungo questa traiettoria si potranno forse immaginare passi via via più ambiziosi, dei quali, molto probabilmente, trarrebbero vantaggio innanzitutto le imprese europee del settore.

³⁸ V. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/03/21/a-strategic-compass-for-a-stronger-eu-security-and-defence-in-the-next-decade/>.

SERGIO MARIA CARBONE

Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti

SOMMARIO: 1. L'espandersi di interventi normativi unilaterali da parte degli Stati nella regolazione dei rapporti economici internazionali. – 2. *Continua*: gli effetti delle normative unilaterali sull'evoluzione delle tecniche sui conflitti di legge. – 3. Dai conflitti di leggi a veri e propri conflitti di sovranità. – 4. *Continua*: la rilevanza delle pratiche del commercio e degli effetti delle misure sanzionatorie rispetto alla disciplina della legge regolatrice del rapporto da esse colpito. – 5. La presenza di atti normativi e provvedimenti sanzionatori concorrenti: l'esigenza di comporne gli effetti nella risoluzione delle relative controversie. I limiti degli strumenti giurisdizionali ed il ruolo dell'autonomia privata.

1. *L'espandersi di interventi normativi unilaterali da parte degli Stati nella regolazione dei rapporti economici internazionali*

È ben noto che nello sviluppo del moderno diritto internazionale dell'economia, ed in particolare in questa fase storica di evoluzione della comunità internazionale nella prospettiva di una globalizzazione dei rapporti del commercio internazionale, è sempre più significativo il ruolo assegnato all'autonomia privata nella determinazione dei vari aspetti relativi ai rapporti o alle situazioni che si trovano a gravitare nell'ambito di diversi ordinamenti giuridici statali. Tanto che, come chiaramente indicato in vari contributi (appartenenti alla scuola torinese) di diritto internazionale dell'economia, nell'ambito di tale evoluzione si riconosce "l'emergenza di nuovi protagonisti non necessariamente soggetti di diritto internazionale" che in prospettiva dovrebbe condurre alla "creazione di un nuovo diritto mondiale".

Nessuno stupore, quindi, se questa evoluzione comprende anche la sempre più rilevante portata riconosciuta alla designazione della legge e/o delle norme regolatrici dei vari rapporti del commer-

* Professore emerito di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova.

cio internazionale da parte dei soggetti privati ad essi interessati. Ed in tal senso è ben vero che normalmente si riconosce che l'esercizio dell'autonomia privata intesa in senso internazionalprivatistico è in grado di operare compiutamente soltanto se rivolto a rinviare a, e ad essere inquadrato all'interno di, un sistema ordinamentale giuridico dotato di un complesso coerente di norme che consente anzitutto di verificare la legittimità e la validità di tale esercizio oltreché al tempo stesso di garantirne la compiutezza della relativa disciplina integrandone i contenuti sostanziali allorché si riveli necessario anche nella stessa ottica dell'intento perseguito dalle parti.

Peraltro, nella valutazione del rinvio alla disciplina voluta dalle parti, comprensiva delle integrazioni da ultimo indicate, si dovrà tener conto, e garantire, al tempo stesso, anche l'applicazione, delle norme unilaterali sui conflitti di legge di altri ordinamenti statali caratterizzate nel senso della loro imperatività in termini assoluti, ed adottate in deroga alla normale operatività delle norme bilaterali di diritto internazionale privato, in funzione di specifici collegamenti geografici particolarmente significativi, e dell'intensità dei valori protetti nell'ambito della situazione da esse regolata. Gli obiettivi al riguardo rilevanti sono specialmente quelli rivolti ad imporre scelte di politica economica, ad esempio al fine di evitare gli effetti extraterritoriali provocati a danno delle imprese nazionali da corrispondenti misure straniere di cui non si condividono i contenuti oppure a determinare sanzioni economiche nei confronti di soggetti ed imprese appartenenti a Stati colpevoli di minacciare la pace e la sicurezza internazionale o anche, più semplicemente, di indebitamente turbare con atti normativi unilaterali gli equilibri di un settore strategico dell'economia di un altro Stato. Si tratta, peraltro, di misure rivolte, ad esempio, alla tutela della salute dei cittadini e di una concorrenza non falsata degli scambi commerciali che spesso tendono, al tempo stesso, anche alla redistribuzione dei rischi inerenti a una società moderna in presenza di interventi normativi che incidono sugli equilibri dei rapporti economici voluti dalle parti direttamente interessate ad essi. Si cerca in tal modo di evitare gli effetti contraddittori relativi all'applicazione della disciplina scelta dai contraenti e di quella prevista da norme rivolte alla tutela degli interessi sociali delle comunità appartenenti ai vari Stati innanzi indicati e destinate a prevalere rispetto a quella altrimenti applicabile, in particolare, in virtù del solo esercizio dell'autonomia privata. Di quest'ultima, peraltro, si vuole salvaguardare, nella massima misura possibile, la *ratio* economica posta alla base della relativa designazione, pur in presenza di altri criteri di collegamento rilevanti nella determinazione della disciplina

delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali derivanti da un determinato rapporto e dai quali difficilmente si può prescindere.

2. Continua: *gli effetti delle normative unilaterali sull'evoluzione delle tecniche sui conflitti di legge*

Di tale evoluzione sono sicura evidenza nel diritto internazionale privato le recenti normative adottate in vari ordinamenti giuridici statali ed in importanti normative di diritto uniforme relative alla disciplina applicabile ai rapporti del commercio internazionale. Tra le prime, come è noto, rilevano soprattutto le disposizioni di cui all'art. 19 della legge svizzera di diritto internazionale privato e l'art. 7.3 della analoga legge olandese oltreché, tra le seconde, l'art. 16 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione. In ambito eurounitario la soddisfazione delle stesse esigenze è prevista nei Regolamenti c.d. Roma I e Roma II. In particolare, si segnala al riguardo quanto dispone l'art. 9 del Regolamento Roma I, in cui si precisa che nel dare applicazione della legge regolatrice di un rapporto contrattuale si deve tener conto dell'esigenza di garantire anche l'efficacia delle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme rendono illecito l'adempimento del contratto, tenendo conto della loro natura, della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate o meno.

Si codifica in tal modo l'impossibilità di prescindere da quanto imperativamente previsto nell'ambito dell'ordinamento statale in cui le parti e/o le prestazioni da esse dovute si trovano a vario titolo a gravitare, soprattutto allorché alla violazione dei relativi divieti si accompagnano specifiche sanzioni anche di carattere penale. Di tale riconoscimento e della relativa efficacia non è, peraltro, definito l'ambito di effettiva operatività. Certamente si giustificano comunque gli effetti impeditivi o invalidanti dell'adempimento di un rapporto contrattuale allorché ne sia previsto il divieto dalla *lex loci executionis* oppure da una legge nazionale di uno dei contraenti allorché, ad esempio, incide sulla loro capacità di agire e/o sul loro esercizio dell'autonomia privata sostanziale facendola dipendere da specifiche "autorizzazioni amministrative" la cui mancanza incide sulla validità del relativo rapporto. Dalla rilevanza e dagli effetti di alcuni di tali contenuti, pertanto, non è facile prescindere. Tanto che, ad esempio, alcuni autori hanno cercato di definire questa situazione non tanto come caratterizzata dall'applicazione della relativa norma

straniera, ma piuttosto come una circostanza provocata da una norma locale. Da tale circostanza, ed in particolare dagli effetti prodotti dalla *lex loci*, non si può prescindere: in ogni caso, quindi, di essa e dei suoi effetti non si può fare a meno di prendere atto quale *local datum*. Molto più incerta risulta la rilevanza di tale situazione allorché i relativi effetti sono destinati ad incidere sulla prosecuzione del rapporto oltreché sulla valutazione di conseguenze già verificatesi, ma non esaurite nei relativi effetti con specifico riguardo alla loro portata nella rimodulazione del rapporto secondo modalità e criteri tali da renderlo comunque coerente rispetto alla sua originaria *ratio*.

È, quindi, la soddisfazione dell'ineludibile effettività delle norme innanzi indicate sul rapporto, o sulla parte del rapporto da esse regolato, che è posta alla base dell'applicazione della disciplina ora indicata che ha, volta a volta, rappresentato la *ratio* giustificativa della sua operatività. In altri casi, invece, è il principio di solidarietà che ha legittimato l'applicazione della *lex loci* in funzione della collaborazione tra ordinamenti giuridici rivolta a garantire la loro massima effettività enfaticizzata volta a volta in varie epoche sotto la denominazione di *comitas* o *comity*, che ha consentito di applicare a rapporti di diritto privato anche norme pubblicistiche straniere allorché risultano adottate ai fini del perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Nessuno stupore, quindi, se anche tale tecnica internazionale-privatistica è stata ampiamente impiegata per giustificare la portata e garantire gli effetti extraterritoriali di norme straniere sui contratti internazionali oltre alla disciplina loro applicabile, soprattutto allorché ci si trovi in presenza di norme la cui attuazione è assistita da sanzioni che nei tempi recenti hanno condizionato in vari ordinamenti l'andamento e l'esecuzione dei rapporti del commercio internazionale. Portata ed effetti che sono spesso favoriti ed ulteriormente rafforzati anche dalla presenza di specifiche clausole nei relativi contratti in cui si prevede, ad esempio, che gli adempimenti in essi regolati, e convenzionalmente dovuti ai sensi della loro disciplina al riguardo rilevante, dovranno essere sospesi e/o considerati non obbligatori se tale effetto dipende da vincoli giuridici previsti da «*any mandatory provision of law, regulation or order of any court of competent jurisdiction*». Tanto più se ci si trova di fronte non solo ad una norma di legge ma anche a specifici provvedimenti che risultano specificamente preclusivi dei relativi adempimenti e dei conseguenti effetti a favore del soggetto che ne sarebbe dovuto risultare beneficiario. Ed a maggior ragione, come innanzi indicato, allorché la violazione dei predetti divieti comporta automaticamente il suo assoggettamento a c.d. sanzioni secondarie previste dalle disposizioni della stessa legge

al fine di evitare la frustrazione dei suoi effetti nei confronti del soggetto destinatario della sanzione primaria attraverso l'adempimento di obbligazioni previste come dovute da parte di altri soggetti in virtù di altri rapporti intrattenuti a vario titolo con quest'ultimo.

3. *Dai conflitti di leggi a veri e propri conflitti di sovranità*

In presenza di questa situazione, pertanto, non si può fare a meno di valutare ed adeguatamente valorizzare gli effetti ora indicati sulla disciplina dei contratti del commercio internazionale da parte di quegli ordinamenti statali ad essi autocollegati (ed in particolare di quelli che sono lo sono in virtù dei criteri di cui agli artt. 3 e seguenti del Reg. C.E. 593/2008 c.d. Roma I ai fini ed agli effetti di cui al già citato art. 9 spec. par. 3 del predetto Regolamento) allorché presentano norme che per le loro caratteristiche di formulazione unilaterale sono destinate ad operare rispetto ad uno specifico rapporto contrattuale o ad una parte di esso in preferenza di qualsiasi altra disposizione rilevante al riguardo comprese, in particolare, quelle che risultano applicabili sulla base delle norme bilaterali sui conflitti di legge dall'ordinamento giuridico designato dalle parti. Si tratta, soprattutto, come già indicato, di norme di applicazione necessaria, o comunque riconducibili al c.d. ordine pubblico internazionale, dell'ordinamento dello Stato di appartenenza di uno dei soggetti contraenti o del luogo dell'esecuzione del rapporto, soprattutto allorché dotate di un'efficacia normativa ulteriormente rafforzata dalla previsione di specifiche sanzioni nei confronti di chi le viola o addirittura dal riconoscimento di una loro rilevanza costituzionale. Norme, quindi, la cui applicazione può comportare anche veri e propri "conflitti di sovranità" allorché contengono valori non negoziabili incoerenti con (o addirittura contraddittori rispetto a) quelli espressi sulla stessa materia o addirittura sullo stesso rapporto da altri ordinamenti nell'ambito dei quali devono essere portate ad attuazione. Ed altrettanto vale allorché si tratta di soddisfare esigenze di tutela di specifici primari interessi economici che confliggono o sono espressi con alcuni contenuti contraddittori rispetto a quelli previsti in altri Stati i cui ordinamenti sono coinvolti a vario titolo nell'esecuzione di uno specifico rapporto, ad esempio, in virtù della appartenenza ad essi dei soggetti che ne sono i titolari.

Tali "conflitti di sovranità" sono risultati evidenti, in particolare, nel settore marittimo, allorché si è tratto di valutare gli effetti dirigenziali sui traffici marittimi della normativa statunitense che non solo

inibiva alcuni comportamenti alle società con sede negli USA, ma ne imponeva il rispetto anche da parte delle compagnie marittime non appartenenti a tale ordinamento in quanto interessate ad alcuni traffici che gravitavano nel suo ambito. Ma non soltanto. Infatti, tali conflitti risultavano particolarmente evidenti allorché l'ordinamento di appartenenza di tali compagnie non si limitava a non condividere i contenuti inibitori ivi previsti, ma specificamente vietava ed addirittura precludeva i comportamenti pur ad esse imposti da altro ordinamento con previsione di specifiche sanzioni nei confronti di coloro che avessero violato tali divieti.

Si era, pertanto, di fronte all'obbligo di tenere comportamenti e di rispettare ordini la cui osservanza risultava dovuta da un ordinamento e da altri, invece, era gravemente sanzionata, anche se in entrambi i casi nell'ambito di un legittimo esercizio delle rispettive sovranità da parte di Stati a diverso titolo coinvolti nella regolamentazione del commercio marittimo, rispettivamente quale sede operativa di tali traffici e di appartenenza delle società al riguardo interessate. Si trattava, quindi, di situazioni nelle quali si era in presenza della c.d. «*double unilaterality*» o di un «*conflict in obeisance*» a due ordinamenti giuridici a proposito dei quali la «*compliance with both forum and foreign law is entirely or virtually impossibile*».

Tanto più allorché oltre ai divieti di determinati comportamenti relativi alla gestione dei traffici ci si trova di fronte anche a specifici obblighi di *disclosure* dei contenuti di accordi operativi e commerciali di compagnie di navigazione le cui regole di funzionamento dovevano essere considerate obbligatorie e classificate come "riservate" alla conoscenza dello Stato che le aveva adottate. Tanto che i relativi contenuti dovevano essere per disposizione di legge comunicati, a pena di specifiche sanzioni, soltanto allo Stato di appartenenza delle compagnie interessate a tali traffici, che al tempo stesso era garante del rispetto di determinati equilibri tra società nazionali e straniere nella distribuzione delle quote di partecipazione ai relativi traffici e dell'applicazione delle rilevanti condizioni contrattuali nei confronti dell'utenza operante nei loro porti nazionali. Il problema si è posto, quindi, nel momento in cui anche altri Stati hanno cercato di regolare e di condizionare il funzionamento dello stesso tipo di operazioni e di traffici precludendo anch'essi l'accesso da parte di altri Stati o di altri regolatori alla conoscenza delle informazioni da essi considerate al riguardo rilevanti e dovute nei loro confronti oltretutto, al tempo stesso, rafforzando tali divieti nei confronti delle imprese interessate a tali traffici con specifiche sanzioni in caso di mancato rispetto di tali comportamenti. Ma non soltanto. Spesso, infatti, nella stessa disci-

plina convenzionale dei relativi traffici si provvede ad ulteriormente rafforzare tale obbligo di “*non disclosure*” in virtù della quantificazione e dell’accollo delle relative conseguenze economiche con specifiche clausole che ne regolano effetti *inter partes* in caso di eventuali violazioni a prescindere dalle cause che possono averle giustificate.

Non stupisce, pertanto, che da parte dell’Unione Europea siano stati ripetutamente formulati e progressivamente affinati i criteri direttivi da adottare in generale con riguardo alle modalità di erogazione delle sanzioni che incidono su rapporti del commercio internazionale secondo criteri inizialmente adottati nel 2003 nelle c.d. *Guidelines on implementation and evolution of restrictive measures (sanctions) in the framework of EU Common Foreign and Security Policy* (Cons. UE doc. 15579/03). Tali criteri, come è noto, sono stati aggiornati progressivamente nel corso degli anni successivi anche con specifica previsione dell’adozione di c.d. *smart sanctions* con importanti precisazioni sui loro effetti relativi ad alcuni specifici aspetti dei rapporti del commercio internazionale che interessano settori dell’economia particolarmente sensibili (come, ad esempio, i settori dell’energia, dell’aviazione e dell’industria spaziale o della navigazione marittima) oppure più in generale la messa a disposizione, in virtù di differenti e varie tipologie di atti, di risorse economiche la cui giustificazione non trova il suo fondamento nel pagamento di un prezzo o di un corrispettivo.

4. Continua: *la rilevanza delle pratiche del commercio e degli effetti delle misure sanzionatorie rispetto alla disciplina della legge regolatrice del rapporto da esse colpito*

Sotto questo profilo assumono, quindi, un diretto rilievo anche le c.d. pratiche del commercio internazionale, comprensive di alcune norme della c.d. *lex mercatoria*, indipendentemente da quanto previsto dall’ordinamento giuridico dello Stato che risulta applicabile in virtù delle norme bilaterali sui conflitti di legge e delle stesse disposizioni di applicazione necessaria eventualmente destinate alla disciplina di parte del rapporto che costituisce la causa giustificatrice di trasferimenti monetari. Tali pratiche, in particolare, potranno rilevare anche ai fini di precisare le condizioni nelle quali specifici comportamenti alternativi rispetto a quanto previsto dal rapporto colpito da sanzioni consentono di adempiere ad esso senza violare gli effetti interdittivi innanzi indicati nell’ambito dell’esecuzione dei relativi rapporti commerciali.

Sempre nella stessa prospettiva, le norme innanzi indicate possono essere utilmente impiegate anche ai fini di definire l'ambito di quanto si può ritenere colpito dagli effetti delle misure sanzionatorie e delle relative contromisure allorché si deve, ad esempio, stabilire se alcune misure di sequestro in concreto adottate su beni o su determinate somme presenti su conti bancari appartenenti a soggetti colpiti da sanzioni (o contromisure) devono essere intese come preclusive in senso assoluto del loro utilizzo e quindi anche del loro impiego a vantaggio degli eventuali creditori dei soggetti colpiti dalle misure sanzionatorie. Il che sembra appunto escluso sulla base di quanto deciso dalla giurisprudenza eurounitaria (CGUE, 11 novembre 2021, c. C-340/20, *Bank Sepah*).

Si tratta, quindi, di un complesso di normative e di provvedimenti autoritativi che, come risulta dalla più recente pratica, sono idonei a produrre effetti diretti ed immediati pur se adottati da organismi di tipo interstatale presenti nella Comunità internazionale. In particolare, anzitutto, le misure degli organi delle Nazioni Unite rivolte a garantire la sicurezza e la pace delle Nazioni nell'ambito delle varie misure adottate in reazione a fenomeni lesivi della sovranità territoriale e dell'indipendenza degli Stati, alle quali si affiancano le c.d. sanzioni adottate in ambito eurounitario soprattutto allorché alla UE spetta il compito di prendere le misure necessarie ai fini di adempiere agli obblighi a carico di Stati membri derivanti dalla loro appartenenza alle Nazioni Unite. Ma non soltanto. Rilevano, infatti, nella stessa prospettiva, anche le c.d. sanzioni miste o addirittura autonome decise dall'UE senza la previa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza tra le quali, in particolare, quelle relative a misure restrittive del commercio soprattutto allorché provviste di specifiche sanzioni amministrative o addirittura di conseguenze penali.

Gli accennati effetti extraterritoriali risultano, pertanto, garantiti dalla presenza di sanzioni nei confronti di chi viola i predetti divieti, ed in alcuni casi addirittura si determinano gli effetti che devono essere garantiti nei riguardi di rapporti di cui siano partecipi anche soggetti terzi rispetto a quelli che ne sono i diretti destinatari. Tanto che, ad esempio, di alcuni di tali atti si stabilisce direttamente la nullità a prescindere ed al di là di quanto previsto dalla legge regolatrice del rapporto, proprio al fine di evitare che possano essere fatti valere diritti di qualsiasi tipo in qualsiasi sede collegati agli effetti di tali atti anche se rivolti ad ottenere indennizzi riconducibili o riferiti ad un contratto o ad una transazione la cui esecuzione risulta colpita, direttamente o indirettamente, dagli indicati provvedimenti sanzionatori.

Si tratta, quindi, di determinazioni destinate ad incidere sulla va-

lità della disciplina oltreché sull'esecuzione di rapporti di cui si intende non solo evitare l'adempimento, ma anche escludere qualunque tipo di effetto compresi quelli a qualsiasi titolo compensativi da parte di «qualsiasi cittadino di uno Stato membro o di qualsiasi persona giuridica registrata o costituita in base alla legislazione di uno Stato membro». Si impongono, in tal modo, comportamenti e si dispone di diritti relativi a rapporti, ed in particolare a rapporti contrattuali, al di là di quanto previsto dalla legge cui il contratto è sottoposto, determinando effetti che impediscono agli stessi soggetti interessati, o a qualsiasi organo o ente istituzionale che debba valutarne gli effetti a qualsiasi titolo, di prescindere. Ma non soltanto. Infatti, la relativa portata e la conseguente disciplina è prevista come necessariamente applicabile nonostante i diritti accordati o le obbligazioni "imposte da qualsiasi altra normativa applicabile in virtù di un accordo internazionale, un contratto o una licenza". Anzi, in alcuni casi è addirittura interdetto l'accesso alla giustizia a tutela di situazioni o diritti colpiti da misure interdittive innanzi indicate, in virtù di divieti espressi nel senso che "no claim" sono consentiti da parte di chiunque intenda far valere in giudizio le predette situazioni o diritti.

Tanto che la rilevante normativa spesso comprende espressamente tra i diritti e, più in generale, tra gli effetti da essa preclusi anche quelli di cui la parte ad essi interessata abbia già ottenuto il riconoscimento «per il tramite di *exequatur* o l'esecuzione di una sentenza, di un lodo arbitrale o di una decisione equivalente indipendentemente dal luogo in cui sono stati pronunciati».

Nessuno stupore, quindi, se la normativa a suo tempo adottata in ambito europeo per evitare gli effetti extraterritoriali delle misure normative adottate dagli Stati Uniti nei confronti dell'Iran ha previsto contromisure rivolte specificamente a vietare anche il riconoscimento degli effetti di provvedimenti di organi giurisdizionali stranieri adottati in applicazione di tali atti normativi, proprio al fine di escludere che attraverso i loro effetti si potessero realizzare quelle misure di cui si era inteso evitare l'efficacia extraterritoriale a danno delle imprese presenti in ambito UE. È, infatti, la neutralizzazione degli effetti extraterritoriali di atti normativi stranieri adottati in funzione sanzionatoria nei confronti delle imprese appartenenti agli Stati membri della UE che di per sé legittima e fa prevalere la relativa disciplina rispetto ad altre concorrenti nell'ambito dell'UE (CGUE, 21 dicembre 2020, c. C-124/20, *Bank Melli Iran*, spec. § 51) tra cui anche quelle relative al riconoscimento delle sentenze straniere. Sarà, pertanto, possibile, anzi, doveroso, operare nell'ambito della valutazione dell'eventuale contrasto dei loro effetti con l'ordine

pubblico, un controllo del merito delle motivazioni di tali sentenze nella misura in cui sia necessario verificare che, sotto ogni profilo, non siano state da esse applicate misure sanzionatorie di cui devono essere preclusi gli effetti.

5. *La presenza di atti normativi e provvedimenti sanzionatori concorrenti: l'esigenza di comporne gli effetti nella risoluzione delle relative controversie. I limiti degli strumenti giurisdizionali ed il ruolo dell'autonomia privata*

Quanto ora indicato già di per sé denuncia gravi incertezze che in concreto possono risultare nella soluzione delle controversie in cui sia coinvolta l'applicazione, o comunque la rilevanza, di misure sanzionatorie. Tanto più che rispetto ad esse non si può fare a meno di valutare anche la legittimità dei loro effetti in quanto (come risulta dalle indicazioni dell'*Institut du Droit International* in occasione della sessione di Basilea del 1991) le misure normative straniere possono essere applicate e/o essere prese in considerazione solamente se coerenti con quanto previsto dall'ordinamento internazionale. In particolare, pertanto, tra l'altro, si tratterà di valutare la legittimità delle misure sanzionatorie e delle contromisure adottate, non solamente in termini assoluti ma anche in concreto, con specifico riguardo ai loro profili di adeguatezza e proporzionalità rispetto alla gravità della situazione con riferimento alla quale esse hanno inteso reagire. In ogni caso, si dovrà valutare se da esse siano rispettati i principi e le norme di *jus cogens* esistenti nell'ambito della comunità internazionale.

Pertanto, ne risulta una situazione nella quale si riscontra la presenza di più normative unilaterali da parte dei vari Stati interessati ai rapporti commerciali cui sono a vario titolo collegati che, come già accennato, interdicono e sanzionano determinati comportamenti legittimando l'inadempimento di alcune prestazioni e ponendo specifici vincoli o divieti all'utilizzo di determinate risorse al riguardo rilevanti.

Inoltre, in tale prospettiva, rilevano anche le presenze di sanzioni oggettive con effetti individuali nei confronti di società e persone fisiche dotate di collegamenti significativi con lo Stato che le ha adottate.

Ad esse si affiancano anche le già citate c.d. *secondary sanctions* rivolte a garantire effettività ad alcuni profili extraterritoriali degli interventi sanzionatori (normativi o amministrativi) ora indicati, allorché sono destinanti ad incidere sugli effetti dei rapporti giuridici nei quali sono coinvolti o addirittura partecipano soggetti non di-

rettamente riconducibili all'ambito della sovranità dello Stato che li ha adottati. Si realizzano, in tal modo, situazioni in presenza delle quali anche soggetti estranei agli effetti diretti dei rapporti economici intercorrenti tra Stati coinvolti nelle misure innanzi indicate ne subiscono, comunque, gli effetti anche se localizzati fuori dall'ambito dell'esercizio del potere di governo (o della sovranità) dello Stato che ha adottato i provvedimenti interdittivi. Resta, infatti, la possibilità, a seguito della mancata applicazione dei divieti innanzi indicati, di impedire ai loro destinatari, ad esempio, l'accesso al mercato nazionale o l'impiego del sistema finanziario dello Stato i cui effetti normativi extraterritoriali non sono stati rispettati.

Si tratta, pertanto, dell'approccio adottato, ad esempio, da parte di molti Stati interessati allo sviluppo, e ad un effettivo controllo, dei traffici commerciali attraverso una proliferazione di atti normativi unilaterali consistenti in divieti o sanzioni oltreché in sanzioni secondarie o comunque in misure interdittive con effetti extraterritoriali del tipo innanzi indicato. Per effetto di questo approccio, il meccanismo sotteso alle norme di conflitto bilaterali risulta disattivato, realizzandosi i, sopra menzionati, conflitti di sovranità.

È proprio in funzione dell'incidenza di tali atti su molti rapporti del commercio internazionale che le parti ad essi interessate hanno cercato di regolarne convenzionalmente l'ambito dei relativi effetti e del relativo rischio distribuendone convenzionalmente, come già accennato, le conseguenze economiche a prescindere dalla loro incidenza diretta o indiretta su ognuna di esse. In tal modo si cerca di riportare la regolazione degli effetti di tutte le misure e contromisure sanzionatorie all'interno della disponibilità che ne hanno le parti in virtù di quanto prevede la *lex causae* a proposito degli effetti di eventi riconducibili alla forza maggiore anche con specifico riguardo all'eventuale risoluzione del rapporto ed ai relativi effetti restitutori oppure con riguardo al riequilibrio del rapporto contrattuale.

Si garantisce pertanto, attraverso l'esercizio dell'autonomia privata, maggiore certezza e prevedibilità delle conseguenze (dirette ed indirette, principali e secondarie) provocate da sanzioni e da eventuali *blocking statutes* su rapporti del commercio internazionale della cui esistenza e dei cui effetti ci si limita piuttosto a prendere atto evitandone una diretta applicazione e la valutazione della legalità della loro adozione. Tanto più che tali profili sono dipendenti da determinazioni spesso assunte pur in presenza di significative divergenze tra gli Stati in merito alla loro legittimità nell'ambito dell'ordinamento internazionale ed in particolare da parte degli Stati che le hanno adottate e di quelli che le subiscono.

Tanto più che negli stessi atti sanzionatori dotati di effetti extra-territoriali oltreché nei corrispondenti *blocking statutes* specificamente si indica a giustificazione della loro adozione la comune esigenza di contrastare, o comunque limitare, gli effetti di situazioni caratterizzate dalla “violazione del diritto internazionale”. Anzi, in tal senso si esprime, con ancora maggiore chiarezza, l'*Institut de droit international*, nell'ambito del quale non si è avuto esitazione a confermare il riconoscimento degli effetti delle norme statali di applicazione necessaria previste in provvedimenti sanzionatori adottati da parte di organismi operanti nell'ordinamento internazionale con formulazioni destinate ad incidere direttamente anche su rapporti del commercio internazionale al di là di quanto dispone la loro legge regolatrice.

Spetta quindi ai giudici degli Stati membri, o agli eventuali arbitri di cui residui la relativa competenza, in presenza delle normative ora indicate e delle sottese legittime esigenze da soddisfare, prendere atto dei relativi effetti oltreché stabilire, in particolare, quanto eventualmente residua ancora dei relativi rapporti, la misura dei danni provocati ed il soggetto cui devono essere accollati. Si tratta, in altri termini, anche di riportare in equilibrio rapporti la cui *ratio* è risultata turbata dalle misure e dalle eventuali contromisure innanzi indicate, in presenza dei comportamenti in concreto tenuti da parte dei soggetti ad essi interessati, delle utilità di cui comunque si sono giovati o di cui potranno giovare oltreché dei danni da essi patiti. Si potranno così, in particolare, proprio in tale prospettiva, utilizzare anche le clausole contrattuali sia a contenuto generico relative agli effetti di eventi di forza maggiore sul rapporto contrattuale, sia specificamente rivolte a disciplinare convenzionalmente le conseguenze del turbamento degli effetti contrattuali dipendenti da provvedimenti normativi sopravvenuti, a diverso titolo ad essi applicabili. Si conferma, quindi, quanto ripetutamente accennato sin dal primo paragrafo, in merito alla possibile rilevanza di varie normative unilaterali sui conflitti di leggi adottate nell'ambito degli ordinamenti nazionali dei soggetti interessati ad un determinato rapporto, oppure negli ordinamenti dei luoghi di esecuzione delle relative prestazioni o anche dalla stessa *lex causae* oltreché da quanto previsto da altre leggi rilevanti per intensità di collegamento con la relativa disciplina adottata tra le quali, in particolare, quelli indicati all'art. 4 ss. del c.d. Regolamento Roma II o dall'art. 9, ed in particolare 9.3, del c.d. Regolamento Roma I.

BRUNO NASCIMBENE*

Riflessioni sul tema della cittadinanza: un diritto della persona

1. Fra i tanti profili che il tema della cittadinanza presenta allo studioso del diritto, alcuni si collegano agli interessi coltivati dall'amico e collega Edoardo Greppi: non ne ricordo i singoli scritti, ma ricordo i temi generali di cui si è occupato, quali i diritti della persona, i diritti umani, ma anche la libera circolazione delle persone, nel diritto internazionale e nel diritto «comunitario» (poi dell'Unione europea); la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, in un processo storico che riguarda sia le organizzazioni internazionali, sia quelle europee, come le Comunità, prima, e l'Unione europea poi (con particolare attenzione alla Carta dei diritti fondamentali).

2. Le riflessioni che seguono riguardano un diritto della persona, il diritto di cittadinanza, la sua definizione ed evoluzione, la sua qualificazione come diritto fondamentale, la sua tutela giurisdizionale.

3. L'attenzione per il tema «cittadinanza» è giustificata dalla molteplicità dei profili che esso presenta, dalle caratteristiche diverse che la sua disciplina trova non solo negli ordinamenti nazionali, ma anche in quello internazionale: quello europeo e dell'Unione europea in particolare. Si tratta di un tema trasversale a diverse discipline, di diritto interno e non interno. Trasversale anche nelle fonti, a seconda dello studio che se ne voglia fare, pubblicistico o privatistico.

4. L'approccio per lo studioso, ma anche per il pratico, non è facile. In primo luogo, ci si può chiedere a quale nozione, fra le tante, si voglia fare riferimento: per esempio ad una nozione (per così dire) classica, che distingue i cittadini dagli stranieri ovvero da quelle persone (straniere, appunto) che non hanno la cittadinanza di un de-

* Professore emerito di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano; già ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Genova.

terminato Paese o (apolidi) che non ne hanno alcuna. Altre nozioni sono, spesso, non strettamente giuridiche, ispirate più ad elementi sociologici e politici: ci si riferisce ad una cittadinanza sociale, civica, locale, nazionale, culturale, attiva, amministrativa; più recentemente si fa riferimento anche ad una cittadinanza digitale.

5. Tante le nozioni, dunque, e nel loro contesto non mancano le distinzioni: che riguardano *a*) il collegamento Stato-persone; *b*) i cittadini propri di un determinato Stato o che vi appartengono; *c*) la «misura» di tale collegamento o *link*; *d*) il grado di integrazione della persona nella comunità nazionale; *e*) l'estensione dei diritti che sono riconosciuti (civili, sociali, politici) o eventualmente negati; *f*) le modalità di acquisto (secondo la tradizionale ripartizione *ius sanguinis* e *ius soli*, cui si sono aggiunte, nel corso del tempo, lo *ius culturae*, lo *ius scholae* e, addirittura, lo *ius pecuniae*); *g*) le modalità di perdita e il possibile riacquisto, agevolato rispetto all'acquisto, poiché un primo vaglio dei presupposti è già stato effettuato.

6. La cittadinanza rileva non solo nei rapporti con la pubblica amministrazione e con lo Stato, ma nel contesto dei rapporti personali. Il possesso della cittadinanza (e non solo di una, ma anche di più di una, ovvero di una cittadinanza multipla, che pone non poche difficoltà di coordinamento) incide, appunto, sui rapporti personali, sullo *status* delle persone. «Pubblico» e «privato» convivono, creando spesso problemi di determinazione o accertamento dello *status*, coinvolgendo non solo l'amministrazione pubblica ma il giudice che debba decidere un contenzioso ove si discuta del possesso, della concessione, della perdita, della revoca, del riacquisto della cittadinanza.

7. Affermava Rolando Quadri che l'essenza della cittadinanza è «inafferrabile nei suoi caratteri fondamentali», proprio perché le definizioni sono molte, variabili non solo nel tempo, ma nel contesto sia dello Stato o degli Stati, sia delle fonti, di diritto interno o internazionale ed europeo¹.

8. Il fenomeno cittadinanza riceve una sufficiente attenzione nella legislazione nazionale, ma non altrettanto in quella internazionale ed europea. Non v'è dubbio che è interessante mettere a confronto versioni diverse, nel tempo e nello spazio, del fenomeno cittadinanza

¹ Cfr. R. QUADRI, voce «Cittadinanza», *Novissimo Digesto*, III, Torino 1959, p. 307.

nel nostro ordinamento, ove vige una disciplina che veniva definita «nuova» nel 1992 (e certo lo era rispetto al 1912, anno della c.d. legge organica in materia), ma era già «vecchia» alla nascita, perché ignorava il fenomeno migratorio nel nostro Paese e dedicava scarsa attenzione alle norme sia internazionali, sia europee².

9. Assume rilievo, in tale contesto, una ricostruzione storica della nozione di cittadinanza nel nostro ordinamento. Una nozione che mostra, ancor oggi, una inadeguatezza della legislazione nazionale. Molteplici sono stati i contrasti politici che hanno accompagnato le numerose iniziative di riforma, e hanno evocato ed evocano (anche nelle proposte presentate nella legislatura in corso) i già ricordati concetti di *ius scholae* e di *ius culturae*. Questi innovano, invero, quelli tradizionali dello *ius sanguinis* e dello *ius soli*, ma altro non sono (così ci sembra) se non una aspirazione e una manifestazione della necessità di tener conto dell'integrazione della persona (straniero, nonché apolide) nella comunità nazionale³.

10. Quali vincoli si sono creati fra la persona non cittadina e il Paese in cui vive e soggiorna, quale ruolo hanno i numerosi elementi, di fatto e personali, che riguardano una persona che non possiede la cittadinanza dello Stato, ma possiede (per così dire) altre qualità e caratteristiche? Il processo di integrazione dell'Unione europea offre un importante contributo in tal senso, perché ha individuato uno *status* di cittadino europeo, titolare di diritti, che assimilano chi è cittadino di uno Stato membro a tutti i cittadini degli altri Stati membri. L'assimilazione è economica e sociale, ma anche politica quanto all'elettorato (attivo e passivo) al Parlamento europeo e nelle elezioni locali, lo *status* di cittadino dell'Unione rappresentando il riconoscimento più elevato di diritti, in una comunità di Stati (nella specie, a livello regionale, appunto, europeo) che ne fa una caratteristica di assoluto rilievo.

11. Gli elementi di assimilazione e relativi alla parità di trattamento emergono come caratteristica specifica dello *status* di cittadi-

² Per alcuni rilievi si permetta di rinviare a B. NASCIMBENE, *Cittadinanza. Le modifiche mancate*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Impugnazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa 2021, p. 97 ss. e *Dizionario dei diritti degli stranieri (recensione e commento)*, in *Consultaonline*, 2022, p. 191 ss.

³ Si vedano, più recentemente, i vari contributi in M.C. BARUFFI, A. DI STASI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli 2023.

no dell'Unione. Senza escludere il contributo di convenzioni internazionali (quelle promosse dal Consiglio d'Europa, in particolare), si può certamente affermare che lo *status* di cittadino dell'Unione è il riconoscimento di un processo di integrazione che non è statico, ma dinamico.

12. Uno dei maggiori problemi che si sono posti nella realizzazione delle politiche dell'Unione ha riguardato (e riguarda) la piena, completa, effettiva realizzazione di politiche quale la libera circolazione delle persone (prima ricordata), l'esercizio di attività, la realizzazione del mercato interno e, in epoca più recente rispetto a quella dei trattati istitutivi, il godimento di diritti fondamentali, poi consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (prima ricordata).

13. In tale contesto ci si è interrogati, coinvolgendo il Giudice dell'Unione, e quindi la Corte di giustizia, soprattutto in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, sugli ostacoli che il non possesso di cittadinanza da parte di una persona, che ha la cittadinanza di Paese terzo o che ha perso (per ragioni o eventi diversi) la cittadinanza di un Paese membro, può provocare.

14. Il problema prima ricordato non consiste soltanto nell'individuare quali diritti abbiano le persone, per esempio i familiari di cittadini europei aventi la cittadinanza di Paese terzo; quale *status* abbiano – in virtù di qualifiche acquisite nel corso del tempo, come quella di lungosoggiornante – le persone cittadine di Paesi terzi, ma nell'individuare anche le possibili linee evolutive della stessa nozione di cittadinanza. Un'evoluzione, questa, che riguarda anche la tutela dei diritti fondamentali della persona prima ricordati.

15. Non v'è dubbio che la determinazione dello *status* appartiene alla *domestic jurisdiction*, alla competenza esclusiva dello Stato: ma il processo di integrazione europea ha posto e pone limiti, consentendo linee evolutive, per l'appunto, che tengono conto anche di quell'orientamento, sempre più affermato nel diritto internazionale, della stretta connessione fra cittadinanza, o diritto alla cittadinanza (acquisto, mantenimento), e tutela dei diritti fondamentali della persona.

16. Lo straniero, distinto dal cittadino proprio dello Stato e dal cittadino dell'Unione, una volta che si sono creati vincoli con il Paese in cui risiede o lavora o studia, in cui si è stabilito o ha fatto inve-

stimenti, gode di uno statuto privilegiato, al punto da consentire la definizione di una nuova nozione di cittadinanza: la cittadinanza «di residenza», o cittadinanza «civile», o cittadinanza «civica». Il legame può anche essere personale, con persona, cioè, che è cittadina: è lo straniero familiare che gode di diritti simili a quelli del cittadino cui fa capo⁴.

17. Il vincolo, facendo riferimento ad una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia (nonché a esperienze legislative di altri Stati), è personale o materiale, ovvero è l'uno e l'altro insieme, al punto da poter configurare una categoria intermedia fra i cittadini e gli stranieri: quella dei «quasi cittadini» che possiedono una *denizenship* o una sorta di «piccola cittadinanza» (come quella esistente nell'epoca coloniale italiana che non comprendeva i diritti politici).

18. Le denominazioni possono essere molteplici, ma ciò che conta è (così ci sembra) la valorizzazione di elementi che prescindono dallo *ius sanguinis* e dallo *ius soli* e che avvicinano, in misura maggiore, lo *status* di chi non è cittadino a quello del cittadino. In questi termini, d'altra parte, si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia, valorizzando, ai fini dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, i legami, i vincoli esistenti fra il cittadino di Paese terzo, residente o dimorante nello Stato di esecuzione, e detto Stato: con particolare riferimento ai «legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici» e all'obbligo previsto dall'art. 20 Carta dei diritti fondamentali di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza di trattamento delle persone davanti alla legge (principio che si applica a tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, a prescindere dalla cittadinanza delle persone)⁵.

⁴ Per alcuni rilievi in proposito A. DI STASI, *Cittadinanza nazionale under evolution e cittadinanza europea under stress tra vecchie e nuove "frontiere": le regioni di un itinerario di ricerca*, in M.C. BARUFFI, A. DI STASI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale* cit., p. 11 ss. e il nostro *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation. Towards New Residence Status?*, Leiden-Boston 2022, p. 75 ss.

⁵ Sulla rilevanza dell'integrazione di un cittadino di Paese terzo residente o dimorante in uno Stato membro e l'applicazione dell'art. 20 (diversamente dall'art. 18 TFUE sul divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, che non si applica alle eventuali disparità di trattamento fra cittadini degli Stati membri e cittadini di Paesi terzi), cfr. la sentenza della Corte: CGUE, 6 giugno 2023, c. C-700/21, *Mandato d'arresto europeo nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo*. La Corte afferma (spec. §§ 58, 67-68) che il diritto UE osta a una normativa nazionale (nella specie

19. A chi critica lo scarso dinamismo dell'Unione europea nel creare uno *status* autonomo di cittadino europeo, questo aggiungendosi semplicemente a quello nazionale, senza sostituirlo, si può rispondere che il processo, dinamico, si realizza nel corso del tempo, lentamente, come in generale il processo di integrazione europea.

20. Lo «*status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri», afferma la Corte (*Grzelczyk*)⁶, ma forse è già fondamentale, o lo sta davvero per diventare come sembra suggerire la giurisprudenza della Corte succedutasi nel tempo (*Rottmann*; *Zambrano*; *Tjebbes*⁷; *V.M.A., JY*)⁸. E volgendo lo sguardo al passato, alla giurisprudenza di oltre trent'anni fa, non si può non riconoscere il progresso compiuto dalla sentenza *Micheletti*⁹ in poi, dove si riconosce, è vero, sulla base del diritto internazionale, la competenza esclusiva dello Stato a determinare i modi di acquisto e perdita della cittadinanza, ma si sottolinea anche, e direi soprattutto, l'obbligo dello Stato di esercitare tale competenza «nel rispetto del diritto comunitario».

italiana) che escluda in maniera assoluta e automatica dal beneficio di non esecuzione facoltativa di un mandato d'arresto europeo, qualsiasi cittadino di un Paese terzo che dimori o risieda nel territorio dello Stato membro di esecuzione «senza che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa valutare i legami di tale cittadino con detto Stato membro». Si realizza una disparità di trattamento se non viene compiuta una valutazione dei legami della persona con lo Stato di residenza o dimora («sufficienti a giustificare il rifiuto di eseguire il mandato di arresto europeo»), quali «i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici che il cittadino del Paese terzo intrattiene con lo Stato membro di esecuzione, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro». L'obiettivo del reinserimento sociale della persona ricercata che ha «stabilito il centro della sua vita familiare e dei suoi interessi nello Stato membro di esecuzione» dopo aver qui scontato la pena «è favorito dal fatto che essa può mantenere i contatti regolari e frequenti con la famiglia e i congiunti» (punto 64).

⁶ CGUE, 20 settembre 2001, c. C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, § 31.

⁷ CGUE, 2 marzo 2010, C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*; CGUE, 8 marzo 2011, c. C-39/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*; CGUE, 12 marzo 2019, c. C-221/17, *M.G. Tjebbes et al. c. Min. van Buitenlandse Zaken*.

⁸ CGUE, 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, § 41; CGUE, 18 gennaio 2022, C-118/20, *JY c. Wiener Landesregierung*, § 58 ma anche 98, 46 con vari riferimenti giurisprudenziali.

⁹ CGUE, 7 luglio 1992, C-369/90, *Mario Vicente Micheletti et al. c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, spec. § 10.

21. Un'incidenza, quella del diritto dell'Unione, che riguarda, come si è accennato, i cittadini di Paesi terzi, i lungosoggiornanti in particolare, ai quali ha fatto riferimento non solo la Corte di giustizia, ma la Corte costituzionale richiamando tale orientamento di *favor* per chi presenta specifici elementi di integrazione. Afferma la Corte costituzionale, conformandosi alla Corte di giustizia a seguito di rinvio pregiudiziale¹⁰ che è necessario «promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi» e che, nella specifica materia economica e sociale, le norme di diritto UE riconoscono «il contributo di costoro all'economia dell'Unione attraverso il loro lavoro e i loro versamenti di imposte», contrastando anche «la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di Paesi terzi causata dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi»¹¹.

22. Quest'ultimo riferimento, in un contesto di armonico coordinamento e dialogo fra Corti, fondato sui medesimi principi fondamentali, richiama il tema dell'immigrazione e della condizione dello straniero in Italia, nonché le critiche alla disciplina vigente in materia di cittadinanza: oggetto, come si è accennato, di numerose iniziative legislative, prive di successo nel corso della precedente legislatura e, presumibilmente, destinate all'insuccesso in quella attuale¹².

23. La progressiva erosione della competenza esclusiva dello Stato, grazie sia agli strumenti internazionali, sia all'affermazione dei diritti fondamentali della persona, sia al processo di integrazione dell'Unione europea, non si è ancora sufficientemente manifestata e realizzata nel nostro ordinamento apportando le modifiche che avvicinano, per più profili, la condizione dello straniero a quella del cittadino, «modernizzando» la prima o comunque adeguandola ai tempi e all'evoluzione della comunità sociale e politica.

¹⁰ Corte cost., 11 gennaio 2022, sentenza n. 54, § 9.1. e 13, a seguito del rinvio su cui si pronunciò la Corte di giustizia: CGUE, 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. et al. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*; e ancora Corte cost., 8 febbraio 2022, sentenza n. 67, §§ 8.2. e 12.

¹¹ Si veda anche l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte Cost., 21 ottobre 2021, ordinanza n. 217 sull'obbligo, o non, di conseguire una cittadinanza di Paese terzo che abbia determinati legami con il Paese di esecuzione, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia: CGUE, 6 giugno 2023, *Mandato d'arresto europeo nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo*, cit.

¹² Sulle iniziative in corso cfr., tra i disegni di legge (XIX Legislatura): Atto Camera n. 255, 295, 314, 515, 523, 599, 617, 660 e Atto Senato n. 20, 70, 98, www.senato.it.

24. La dottrina che si è occupata del tema «cittadinanza» ha messo in luce i molti profili e la complessità del tema. Profili evolutivi che riguardano soprattutto la cittadinanza dell'Unione, e di riflesso (auspicabilmente) quella nazionale, suggerendo l'opportunità di approfondimenti. Questi dovrebbero tenere conto di una materia che, appunto, è in evoluzione anche per l'incidenza che la tutela dei diritti fondamentali della persona esercita sul tema del riconoscimento di un diritto, fondamentale, alla cittadinanza, per quanto riguarda sia l'acquisto, sia la perdita¹³.

¹³ Cfr. gli autori citati nella nota 4 e B. VON RÜTTE, *The Human Rights to Citizenship*, Boston-Leiden, spec., p. 329 ss.

SEZIONE TERZA

Crimini internazionali
e giustizia penale internazionale:
sfide e risposte

FAUSTO POCAR*

Reflections on War Crimes against the Environment and the Rome Statute

1. Any presentation concerning war crimes against the environment – including the present one, which is dedicated to Edoardo Greppi as a recognition of the valuable contribution that he has given as a scholar to the studies on international humanitarian law («IHL»), as well as a token of our close and long personal friendship and collaboration in the academic domain and in the International Institute of Humanitarian Law – inevitably starts, in the present days, with a quotation of the only existing treaty provision in the Rome Statute of the International Criminal Court («Rome Statute» or «ICC Statute»), that has formally criminalised belligerents' conducts damaging the environment that were already prohibited in warfare under IHL.

Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute indeed qualifies as a serious violation of the laws and customs applicable in international armed conflict, constituting a war crime,

«intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or 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».

With this provision the Rome Statute reaffirms the provision contained in Article 35(3) of Additional Protocol I («AP I») to the Geneva Conventions («GCs») which, twenty years earlier, prohibited «to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment»¹.

* Professor Emeritus of International Law, University of Milan; Honorary President, International Institute of Humanitarian Law.

¹ On the relationship between the mentioned article of the Rome Statute and AP I see in general: Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed., Cambridge 2010, p. 206.

By establishing criminal liability for the violation of the prohibition to launch an attack which incidentally damages the natural environment the ICC Statute marks a significant progress with respect to AP I, under which such a violation was not qualified as a «grave breach» and consequently did not entail the obligation of States parties to provide effective penal sanctions for the persons committing it or ordering it to be committed². A further progress with respect to the provision of AP I may also be seen in the focus that the Rome Statute puts on the damage incidentally caused by an intentional attack to the non-human environment as such, and not only when that damage may directly affect human beings. Indeed, while the mentioned provision of AP I does not refer to human damage, it might be read in conjunction with the subsequent provision of Article 55(1), according to which the protection of the environment in warfare includes the prohibition of means and methods of warfare which are intended or may be expected to cause damage to the natural environment «and thereby to prejudice the health or survival of the population». The text of the Rome Statute provision – which deals both with damage to civilians or civilian objects and to damage to the non-human environment, distinguishing the two situations by the conjunction «or», which introduces an alternative – appears to exclude such an interpretation³.

Notwithstanding this progress, by including the violations concerning an attack to the natural environment in the list of the conducts that should be characterised as war crimes when committed in connection with an international armed conflict, the Rome Statute is far from being complete and satisfactory in providing criminal protection and accountability for such violations⁴. The description of the crime, as accepted by the conference that adopted the ICC Statute, suffers from some shortcomings, which may also denote little attention for the scope of the precedent provision in AP I which may be regarded, following a progressive interpretation, as confirmed by

² Cf Article 85(3) AP I, which does not mention environment among the targets that make an attack against them a grave breach. Under AP I, however, an intentional direct or indiscriminate attack against the non-human environment may still constitute a «grave breach» as far as the attack may be qualified as targeting civilian objects according to Article 57(2).

³ J.C. LAWRENCE, K.J. HELLER, *The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime*, in *Geo. Int'l Env'tl L. Rev.*, 2007, p. 62.

⁴ See also M. DRUMBL, *Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes*, in *Forham Int'l L. Rev.*, 1998, 22, p. 122.

customary international law⁵. The present paper could briefly consider some of these issues and try to formulate proposals for an appropriate interpretation of the ICC Statute provision or, as the case may be, for desirable amendments thereof.

2. The first issue raised by Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute concerns the «mental element» for qualifying an attack causing incidental damage to the environment as a war crime. The *mens rea* required by this provision, which sets forth that the perpetrator must have acted «intentionally» and «in the knowledge» of the consequences that will derive from the attack, appears to be fully in line with the general indication of the mental element for committing a crime under the Statute as described in Article 30, providing that:

«1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of the events”.

3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or that a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly».

⁵ The provisions of AP I are generally regarded as confirming customary international law or having subsequently developed into customary international rules if they have not been challenged by any State Party or have not been the object of reservations. As to Article 35(3) its customary nature was discussed during the drafting of the Protocol and, although its text was eventually adopted by consensus, this provision was characterized by some States as a new rule: see C. GREENWOOD, *Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols*, in A.J.M. DELISSEN, G.J. TANJA (eds.) *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Cambridge 1991, p. 104 ff.; F. POCAR, *Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law*, in Y. DINSTEIN (ed.) *The Progression of International Law. Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights. An Anniversary Volume*, Leiden-Boston 2011, p. 210. However, since a development of a customary principle on the respect for the environment in warfare can be regarded as being in progress (see the Rio Declaration on environment and the 8 July 1996 ICJ *Nuclear Weapons* Advisory Opinion as well as Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities*, cit., p. 205; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 3rd ed., Torino 2006, p. 171, that principle could be affirmed by the drafters of the Rome Statute in describing a criminal provision to be applied only in the future.

In the light of this text, therefore, no derogation is made from the general rule on the mental element which should be applied for assessing whether a perpetrator possessed it when committing a crime.

However, while this rule is indisputably suitable for most of the crimes under the Rome Statute, especially for the crimes attributing individual criminal responsibility after the occurrence of the event envisaged by the law, it may be argued whether it covers appropriately the situations where the occurrence of the event is not necessary for the commission of the crime, like in the present case. The crime under consideration here is an endangerment offence, consisting of an act entailing criminal liability irrespective of the occurrence of the actual damage to the environment that it may cause, namely an act which is punishable as such if committed with intent and with awareness that the damage is likely to occur in the ordinary course of events.

The application of the general rule on the mental element to an endangerment offence like an attack to the environment implies, as the text of the Statute's provision reveals, that a person will be liable for committing the offence only if that person is aware that the consequence of his/her act, namely the damage to the environment, will occur in the ordinary course of the events, thus excluding a person's criminal responsibility in the case of awareness that the damage is only likely to occur. In other terms, the provision appears not to accept *dolus eventualis*, or aware recklessness, as a mode of responsibility in carrying out an attack to the environment. Providing that an act entails the responsibility for its consequence only if the person committing that act was aware that a given consequence will occur is indeed closer to saying that the person concerned intended to cause the consequence than to maintaining that he/she committed the act accepting the risk that the said consequence may occur or is likely to occur. Such an approach, however, is clearly insufficient for ensuring an appropriate protection of the environment against damaging attacks.

It has to be noticed, in this regard, that the Rome Statute does not fully capture the scope of the prohibition in Article 35(3) of AP I that it is meant to criminalise. The provision of AP I, indeed, refers to the employment of methods or means of warfare «which are intended, or may be expected, to cause» severe damage to the natural environment, thus implying that the intent of the person employing those methods or means must be accompanied by the awareness that the consequence of causing the damage «may» occur, rather than it «will» occur, as the Rome Statute sets forth. Whether this higher degree of *mens rea* has been required intentionally or simply for uniformly de-

scribing the mental element for all the crimes under the Statute, or whether it is a compromise outcome of the debate between the delegates who were favourable to criminal liability only when the consequences of a criminal act were intended by the perpetrator and those who accepted the mere awareness of the likelihood that such consequences may occur, may be a matter for discussion⁶. In any event, the solution reached by the drafters of the Statute looks closer to the general *mens rea* as for any other war crime than to the recognition of *dolus eventualis* as required for an endangerment crime.

This impression is confirmed by the express reference to the principle of proportionality as it typically concerns ordinary military attacks. Article 8(2)(b)(iv) namely provides that an attack causing damage to the natural environment entails criminal responsibility when the damage would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated, thus suggesting that any damage affecting the non-human environment may, in a given situation, be justified by military necessity. In the light of the serious damage caused to the natural environment by military operations in present times and of the long-term consequences that it may have on ecosystems in the future, a strict application of the principle of proportionality as generally referred to is clearly insufficient to ensure an appropriate protection of the environment as currently required.

3. Coming now to the *actus reus* of the crime consisting of an attack causing incidental damage to the natural environment, Article 8(2)(b)(iv) of the ICC Statute provides that such damage has to be «widespread, long-term and severe». However, no definition of these terms is given either in the Statute or in the Elements of crimes adopted by the Assembly of States Parties («ASP»). Commentators have pointed out that «widespread» should refer to a damage occurring in a vast area, while «long-term» would refer to a damage which affects the environment for a long period of time. They have also observed that «severe» is a too vague connotation of the damage for justifying its inclusion in a criminal provision⁷.

However, the first term employed in the ICC Statute hardly meets the necessary level of detail and accuracy required for the description of an *actus reus* as it may allow for different interpretations. The word «widespread» may be regarded as covering a vast area or

⁶ See K. DÖRMANN, *Preparatory Commission for the ICC: The Elements of war crimes*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, p. 471.

⁷ J.C. LAWRENCE, K.J. HELLER, *The Limits of Article 8(2)(b)(iv)*, cit., p. 76.

a plurality of small areas which, although circumscribed, show that damages – of the same kind or of a similar kind? – repeatedly occur – committed by the same alleged perpetrator or by more perpetrators? – over a wider area, as the expression has been interpreted by international criminal courts and tribunals for the purpose of assessing the occurrence of crimes against humanity. Should the first interpretative option be chosen, which would be the appropriate size of the area to be considered? In the light of the second interpretation, should a crime be deemed as committed by a person when the damage caused is limited to a circumscribed area but damages of a different but similar kind occur in neighbouring circumscribed areas as the consequence of different acts committed by others? In other terms, is the approach taken with respect to crimes against humanity also appropriate for identifying the commission of crimes against the environment? All these questions do not have a clear answer so far. Therefore, on a more general note one can doubt whether the use of the term «widespread» satisfies the clarity required by the principle of legality of a criminal provision or may be interpreted in the light of customary international law – which in turn is not yet well defined – as complying with that principle.

Moving on to the expression «long-term», it is obvious that it implies a reference to a certain duration of the damage caused and its effects, but that duration is difficult to measure, except for the case in which the damage is irreversible or irreparable. In this respect the provision should have been more precise. In any event, it should have been made clear that the long duration of the damage must be assessed with reference to the time of the commission of the conduct which caused the damage and the light of the scientific knowledge available at that time.

By contrast, and although it has been criticised, the employment of the term «severe» looks more acceptable as it is, like equivalent expressions like «serious» or «grave», more common in criminal law. It also played a role in international criminal case law in order to assess whether a conduct and the damage that it causes will constitute a war crime, so that one can make use of precedents in this regard⁸.

⁸ As an example, one may refer to the so called Tadic four conditions for concluding that a crime committed in a non-international conflict can be regarded as a war crime, among which the gravity of the conduct takes a relevant place, and that has been applied consistently by the jurisprudence of the ICTY. See *Prosecutor v Tadic*, ICTY Case No IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, § 94.

There are grounds for saying that the term «severe» can be more easily applied by a court to exclude criminal responsibility when the damage caused is clearly irrelevant because it does not cause a significant harm entailing serious consequences to an ecosystem.

Finally, it has to be noticed that the three terms just discussed are employed cumulatively in the Rome Statute's provision, so that all of them must be proved to establish the *actus reus* of the crime. Their combination, however, does not make their meaning more precise. Rather, it leaves the questions raised by each term unanswered and unduly restricts the scope of the criminal responsibility for damages caused to the environment.

The restriction of the criminal responsibility resulting from the qualification of the damage may also impact negatively on the application of the principle of proportionality⁹. When the damage does not constitute an *actus reus* in itself, a military commander may either be tempted not to proceed to the test of proportionality at all and omit to verify whether that damage is clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated, or to exclude more easily that the test of proportionality could lead to affirm the excessive nature of the damage. While such an approach may be wrong in legal terms, a text that may suggest disregarding the connotation of the incidental damage as unlawful is certainly inappropriate for contributing substantially to the protection of the environment.

4. In the light of the previous discussion the Rome Statute's description of the subjective and objective elements of the war crime concerning the protection of the environment is clearly inadequate¹⁰. Even considering that some deficiencies of the Statute's provision may be cured by means of a progressive interpretation, some shortcomings resulting out of the text will remain also due to the inclination of the Court, understandable perhaps during the first years of its activity, to narrowly stick to the text of the Statute rather than to interpret it also in the light of customary international law, as

⁹ *Ibid*, § 2, with respect to the impact of the application of the principle of proportionality on *mens rea*.

¹⁰ M. DRUMBL, *Waging War Against the World*, cit., p. 145. See also, referring to the text of Article 20 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (*infra* note 20) which inspired the Rome Statute, C. TOMUSCHAT, *Crimes Against the Environment*, in *Environmental Policy and Law*, 1996, p. 243, who observes with regard to this provision that «its conditions of applicability will almost never be met».

the Statute would allow «where appropriate», notwithstanding the somewhat cumbersome reference to it in Article 21(1)(b)¹¹.

Additionally, it has to be recalled that Article 8(2)(b)(iv) only refers to a context of an international armed conflict and is therefore not applicable if the conduct is committed in a non-international armed conflict, leaving this situation outside the jurisdiction of the ICC. This restriction of the scope of applicability of the provision could perhaps be remedied by a reference to the laws and customs of war, following some of the arguments presented in the *Tadic* breaking-through decision of the ICTY¹², but it not predictable with certitude that the ICC will do it in the light of its reluctance to refer to customary international law so far¹³. However, this would be a clear case in which it would be appropriate to do so, because of the current and well-established trend to abandon the distinction between international and non-international conflict in international criminal law also in the implementing legislation at the domestic level¹⁴.

5. Should a progressive interpretation not suffice to remedy the deficiencies of Article 8(2)(b)(iv) of the ICC Statute as the only provision establishing a war crime meant to protect the environment during an armed conflict, a revision of the Statute would be necessary in order to provide for criminal prosecution of conducts which cause or may cause serious damage to the natural environment.

A preliminary general observation must be made on the scope of a revision of the existing provision or if a new provision were to be adopted on this matter. The Rome Statute only refers to causing damage to the environment as a war crime in international conflicts and even a progressive interpretation extending its scope of application to non-in-

¹¹ The expression «customary international law» is indeed not employed in this provision, which refers to «applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflicts». There is no doubt, however, that this wording includes customary international law.

¹² See M. BOTHE, *War Crimes*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary I*, Oxford, 2002, p. 417.

¹³ For a discussion of the use of customary law by the ICC see F. POCAR, *International Criminal Justice and the Unifying Role of Customary Law*, in *Uniform Law Rev.*, 2016, 21, p. 171; Id., Symposium on the Rome Statute at Twenty. Transformation of Customary Law through ICC Practice, in *AJIL Unbound*, 2018, p. 182.

¹⁴ See for example the Italian draft proposal for the implementation of the Rome Statute into Italian law, elaborated by a Commission convened by the Italian Minister of Justice, now pending for approval by the Parliament.

ternational conflict would not make it a crime in peacetime. However, the protection of the environment and the consequences of its disregard on the life on the earth are not limited to a context of armed conflict. Even conceding that a risk of damage may be higher and the damage likely more severe in that context, it is manifest that severe pollution and destruction of the environment equally depend on human activities carried out by governments, corporations and other entities or persons exploiting natural resources in their economic activities and manufacturing devices the use of which impacts negatively on the environment. It is therefore more appropriate not to restrict the scope of a criminal provision to an armed conflict context and to extend it to a peacetime context, classifying it also as a crime against humanity or singling it out of the traditional classification as an autonomous crime against the environment, especially if a merely anthropocentric approach were to be abandoned or limited in favour of an ecocentric perspective¹⁵.

The accent on an autonomous characterization of the crime has been put as early as in 1973 when a convention to establish an international crime against the environment under the denomination of «ecocide» was proposed, recognising «that man has consciously or unconsciously inflicted irreparable damage to the environment in times of war and peace» and stating in the first article of the draft convention that «ecocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law»¹⁶. All subsequent proposals on this issue comprise both war- and peacetime either expressly or by omitting to mention the context in which the crime may be committed, except for the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, adopted in 1996 by the International Law Commission, which specifically restricts the crime to using methods or means of warfare in the case of armed conflict, with a text that later inspired the provision adopted in the Rome Statute¹⁷.

¹⁵ As it appears to be the most recent trend. See, for a discussion of this issue see J.C. LAWRENCE, K.J. HELLER, *The Limits of Article 8(2)(b)(iv)*, cit., p. 64.

¹⁶ R.A. FALK, *Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal and Proposals*, in *Bulletin of Peace Proposals*, 1973, p. 80 ff. However, in specifying the «acts committed with intent to disrupt or destroy, in whole or in part, a human ecosystem» the draft mainly describes conducts committed in a war context or in a peace context with military purposes.

¹⁷ See Article 20(g) of the Draft Code, referring to the use of «methods and means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs»: cf. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, in *Yearbook*

The inclination towards an autonomous qualification of the crimes against the environment also characterises the more recent proposal made by an Independent Expert Panel convened by the Stop Ecocide Foundation¹⁸, which does not mention at all the context where the crime of ecocide may be committed, thus implying that it may occur in peace- and in wartime, as well as the even more recent approach followed by a Project of the European Law Institute («ELI») aiming at inserting the crime of ecocide into the domestic legislation of the Member States of the European Union¹⁹. The conclusion is that a revision of the Rome Statute should in any case depart from the deletion of the restriction made in the Statute and move towards a wider scope of application of the provision dealing with crimes against environment that would not depend on the context in which the conduct is committed.

6. As to the substance of a new revised provision establishing an international war crime against the environment, at least three conditions should in my view be reconsidered. Without repeating what has been said earlier when commenting upon the current Article 8(2) (b)(iv), a revision should touch upon the whole structure of the provision, namely the *mens rea*, the *actus reus* and the principle of proportionality.

As to the *mens rea*, a mere reference to intent is at the same time too vague and too weak for a rule that should protect the environment from incidental damage, which requires that a conduct be criminalised before the occurrence of the damage when there it is likely that a damage may occur. Therefore, without arriving at the point of establishing criminal responsibility for mere negligence, the intent to commit a conduct must be accompanied by the awareness of the

of the International Law Commission, 1996, II, p. 54. The reason why the text of this rule, which originally embraced also crime committed in peacetime, was limited to conducts committed in wartime is not clear and the issue is not clarified in the report: see A. GAUGER, M. RABATEL-FERNEL, L. KULBICKI, D. SHORT, P. HIGGINS, *The Ecocide Project. Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, Human Rights Consortium, School of Advanced Studies, University of London, London, 2012.

¹⁸ See Stop Ecocide Foundation - Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide (chaired by Ph. Sands and D. Fall Sow), *Commentary and Core Text*, June 2021.

¹⁹ See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing minimum rules for the crime of ecocide, elaborated by a Project Team led by R. Bray and F. Pocar. Reference is made here to a Report which has been recently approved by the European Law Institute («ELI Report»), see https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Report_on_Ecocide.pdf.

alleged perpetrator that there is a substantial likelihood that the damage may occur. This qualification of the intent, which does not directly comprise the occurrence of the damage, appears also necessary to align the provision to Article 35(3) of AP I, as discussed earlier.

With respect to the *actus reus*, a revised provision should depart from a cumulative approach to the conditions under which the damage to the environment must be qualified and add a further condition whereby a damage which is irreversible or irreparable may also be sufficient as a ground for criminal responsibility. Only the gravity of the damage should be a condition to be joint to all these qualifications. However, these conditions should only be general conditions. The qualification of the damage is certainly necessary for establishing the criminal responsibility of the person acting with the awareness that such a damage may be caused, but it should only be a sort of “catch up clause” in a criminal provision. A more detailed list of the conducts that are prohibited should also be provided in order to give guidance to the persons and warn them against holding a behaviour that may result, directly or incidentally, in a serious damage to the environment. In this connection, the first draft convention elaborated in 1973 could be a model²⁰, which should of course be updated to the more recent practice of warfare.

Finally, the proportionality test now provided for in the current Rome Statute’s provision should be deleted altogether. It offers the opportunity to commit abuse in the interpretation of the provision and to cause any damage to the environment under the pretext that it is not excessive in relation to the overall military advantage anticipated. A new provision should be aligned to Article 35(3) of AP I which does not mention such a test.

²⁰ *Ibid*, § 5. The R.A. Falk’s draft convention indeed provided a list of the prohibited acts, including the use of weapons of mass destruction, whether nuclear, bacteriological, chemical or other; the use of chemical herbicides to defoliate and deforest natural forests for military purposes; the use of bombs and artillery in such quantity, density or size as to impair the quality of the soil or to enhance the prospect of diseases dangerous to human beings, animals or crops; the use of bulldozing equipment to destroy large tracts of forest or cropland for military purposes; the use of techniques designed to increase or decrease rainfall or otherwise modify weather as a weapon of war; the forcible removal of human beings or animals from their habitual places of habitation to expedite the pursuit of military or industrial objects. A similar approach is also followed by the ELI Report, *cit.*, which refers to the conducts infringing European Union legislation on the protection of the environment that Member States have to criminalize and provides that these crimes should be defined as ecocide when certain conditions are met.

MICAELA FRULLI*

Tutela dei beni culturali e obblighi di criminalizzazione: uno sguardo d'insieme sugli strumenti internazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una panoramica sugli obblighi di criminalizzazione nel quadro del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale penale. – 2.1. Le origini della divisione *civilian use/cultural value* e la sua persistenza negli strumenti internazionali che prevedono la responsabilità penale individuale. – 2.1.1. La genesi dei due approcci. – 2.1.2. Lo sviluppo incoerente delle norme che criminalizzano gli atti contro i beni culturali. – 2.2. Il divario *civilian use/cultural value* nel confronto tra lo Statuto della CPI e il Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954. – 2.2.1. La definizione dei crimini. – 2.2.2. La logica del *cultural value* si fa strada nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. – 3. La progressiva criminalizzazione delle attività collegate al traffico illecito di opere d'arte. – 3.1. Le indicazioni provenienti dagli organi ONU e dall'UNDOC. – 3.2. La Convenzione di Nicosia e gli obblighi di criminalizzazione.

1. Introduzione

Le convenzioni internazionali che si occupano in varia maniera della tutela dei beni culturali si diffondono soprattutto dopo la Seconda guerra mondiale, a seguito dell'intensificarsi della cooperazione multilaterale in seno a nuove organizzazioni internazionali, tra le quali le Nazioni Unite e le sue agenzie specializzate¹.

Ad uno sguardo d'insieme, si osserva che si è consolidata nel tempo una netta distinzione – che poi comincia almeno parzialmente a sfumare a partire dal 2000 – tra i trattati volti alla catalogazione e alla

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze.

¹ Vi erano già prima del secondo conflitto mondiale alcune norme relative alla tutela dei beni culturali inserite in trattati relativi alla disciplina dei conflitti armati, ma non c'era ancora un quadro normativo articolato, quadro che si è venuto formando a partire dal 1945 ed è tuttora in evoluzione. Anche l'istituzione dell'UNESCO (United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization) risale al 1945.

valorizzazione dei beni culturali, destinati quindi ad essere applicati in tempo di pace, e le convenzioni volte alla tutela del patrimonio artistico e culturale in tempo di conflitto armato, che includono norme volte a prevenire e sanzionare gli attacchi contro tale patrimonio.

Non sorprende quindi che gli obblighi di criminalizzazione di determinate condotte recanti danno al patrimonio culturale sono stati inseriti dapprima e soprattutto nelle convenzioni applicabili in tempo di conflitto armato. In questo ambito è emersa subito – anche sulla scorta di quanto accaduto durante il secondo conflitto mondiale – l'esigenza di definire come violazioni gravi e come crimini gli attacchi contro i beni culturali e di penalizzare il traffico illecito di opere d'arte trafugate durante i conflitti e utilizzate anche per finanziare l'attività bellica.

Per quanto riguarda invece le convenzioni dedicate alla tutela dei beni culturali in tempo di pace si tratta in larga parte di strumenti volti a fare un censimento e a indicare linee-guida per valorizzare il patrimonio artistico e culturale presente nei vari Stati, con riferimento non soltanto al patrimonio tangibile, ma anche al patrimonio intangibile e alla diversità culturale. Solo a partire dal 2000 vi è stata una parziale convergenza sulla necessità di utilizzare lo strumento della tutela penale anche in tempo di pace, in particolare proprio per quanto riguarda il contrasto al traffico illecito di oggetti d'arte e beni culturali, che si è rivelato essere una delle principali fonti di finanziamento di attività criminali e di attività di matrice terroristica.

2. *Una panoramica sugli obblighi di criminalizzazione nel quadro del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale penale*

Se si guarda alla criminalizzazione degli attacchi contro i beni culturali commessi in tempo di guerra, si possono individuare due principali linee di azione. La prima – orientata alla logica del «*civilian use*» dei beni (utilizzo da parte della popolazione civile) – incarna l'orientamento predominante nel diritto internazionale umanitario: tradizionalmente, infatti, la principale motivazione alla base della protezione dei beni culturali durante i conflitti armati è quella di risparmiare i civili dalle conseguenze della guerra. La salvaguardia dei beni per il loro valore artistico e culturale è presa in considerazione solo marginalmente.

La seconda prospettiva si è sviluppata più di recente e riflette quello che possiamo definire l'approccio «*cultural value*» (protezione del valore culturale), volto a criminalizzare specificamente gli atti contro il patrimonio artistico e culturale con l'obiettivo di proteggerlo per il suo valore intrinseco e universale.

A queste dimensioni per la verità se ne è aggiunta una terza in epoca più recente, che definirei la dimensione umana della tutela del patrimonio culturale – la «*human dimension*» – sviluppatasi soprattutto a partire dalla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. Questa prospettiva ci mostra come gli attacchi contro il patrimonio culturale vadano a incidere anche sul godimento dei diritti fondamentali delle comunità locali, alcuni di questi attacchi sono stati infatti qualificati dai giudici anche come crimini contro l'umanità, in particolare come atti di persecuzione, e sono stati utilizzati come elemento di prova della *mens rea* del crimine di genocidio².

2.1. *Le origini della divisione civilian use/cultural value e la sua persistenza negli strumenti internazionali che prevedono la responsabilità penale individuale*

Le origini della divisione *civilian use/cultural value* e la sua persistenza negli strumenti internazionali che prevedono la responsabilità penale individuale.

2.1.1. *La genesi dei due approcci*

La distruzione della cattedrale e della biblioteca di Strasburgo durante la Guerra franco-prussiana del 1870-71 e la conseguente protesta dell'opinione pubblica portarono a una conferenza internazionale a metà del 1874, che adottò la Dichiarazione di Bruxelles sulle leggi e gli usi della guerra³. Sebbene non sia mai entrata in vigore, la dichiarazione contiene gli elementi fondamentali della protezione dei beni culturali durante i conflitti armati, validi ancora oggi⁴.

Le prime norme internazionali vincolanti per la protezione del

² Per un ragionamento più articolato intorno ai tre approcci che caratterizzano la tutela dei Beni Culturali nell'ambito del diritto internazionale penale, sia consentito fare rinvio a M. FRULLI, *The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict*, in *European Journal of International Law*, 2011, 22, p. 203 ss. e ID., *International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage. A Multifaceted Challenge*, in F. FRANCONI, A.F. VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford 2020, p. 100 ss.

³ *International Declaration concerning the Laws and Customs of War*, 27 agosto 1874, in *American Journal of International Law*, 1907, 1(supp.), p. 96 ss.

⁴ In essa si stabiliva che durante l'occupazione bellica: «all seizure or destruction of, or willful damage to, institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments, works of art and science *should be made subject of legal proceedings by the competent authorities*» (Article 8) (corsivo aggiunto).

patrimonio culturale in tempo di guerra sono emerse dalle conferenze internazionali tenutesi all'Aja nel 1899 e nel 1907: rilevano in particolare i Regolamenti allegati alla II Convenzione sulle leggi e gli usi della guerra terrestre (1899) e alla IV Convenzione sulle leggi e gli usi della guerra terrestre (1907)⁵. I regolamenti dell'Aja riflettevano la logica «civilian use», si prefiggevano cioè lo scopo di risparmiare da attacchi deliberati la popolazione civile e coloro che non partecipavano più alle ostilità. Queste disposizioni erano rivolte agli Stati e non avevano lo scopo specifico di criminalizzare i comportamenti individuali; tuttavia, la loro formulazione (e la logica che la sottende) ha influenzato il linguaggio utilizzato molti anni dopo nelle norme che stabiliscono la responsabilità individuale per i crimini di guerra contro il patrimonio culturale. Le norme dei regolamenti dell'Aja che vietavano gli attacchi contro il patrimonio culturale furono messe a dura prova con la distruzione diffusa e deliberata dei beni culturali durante la Prima guerra mondiale, basta pensare alla biblioteca dell'Università di Louvain e alla Cattedrale di Reims⁶. Non a caso un primo tentativo di stabilire la responsabilità penale individuale a livello internazionale per le violazioni delle leggi di guerra, compresi gli attacchi contro i beni culturali, fu fatto proprio dopo la Prima guerra mondiale⁷. Tuttavia, il disaccordo politico tra gli alleati impedì la creazione di meccanismi efficaci per far valere la responsabilità penale e si tornò a parlare di repressione dei crimini di guerra, compresi quelli contro i beni culturali, solo dopo la Seconda guerra mondiale.

Nel 1945 fu istituito il Tribunale Militare Internazionale (IMT) di Norimberga con giurisdizione sulle violazioni delle leggi e degli usi di guerra, tra cui «*plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by*

⁵ *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and Annex*, 29 luglio 1899, entrata in vigore il 4 settembre 1900, in *American Journal of International Law*, 1907, 1(supp.), p. 129 ss.; *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, and Annex*, 18 ottobre 1907, entrata in vigore il 26 gennaio 1910, *ibid.*, p. 90 ss. Entrambe sono state poi ritenute in larga parte corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario dal Tribunale militare internazionale (IMT) di Norimberga nel 1945.

⁶ Si veda P. CLEMEN, *Protection of Art during War*, Leipzig 1919.

⁷ La *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties* (creata nell'ambito della Conferenza di Pace di Parigi del 1919) presentò una bozza di possibili crimini di guerra includendovi la «*wanton destruction of religious, charitable, educational and historic buildings and monuments*».

military necessity» (art. 6)⁸. Il merito principale di questa disposizione risiede nel fatto che è la prima norma internazionale che sanziona gli atti contro i beni culturali come crimini di guerra e che è servita come base per i processi relativi anche alla «distruzione di città industriali, monumenti culturali, istituzioni scientifiche e proprietà di ogni tipo nei territori occupati»⁹.

La seconda prospettiva, orientata alla protezione dei beni in ragione del loro intrinseco valore culturale, è emersa pochi anni dopo il processo di Norimberga e ha portato allo sviluppo di uno specifico trattato internazionale dedicato alla protezione dei beni culturali in tempo di conflitto armato: la Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (di seguito Convenzione dell'Aia del 1954)¹⁰ negoziata anche per stabilire sanzioni penali, considerate decisive per l'applicazione delle disposizioni del diritto internazionale umanitario a tutela dei beni culturali e cruciali ai fini della deterrenza e della prevenzione. I promotori della Convenzione dell'Aia del 1954 intendevano occuparsi della protezione di un segmento specifico di beni culturali la cui protezione non era stata affrontata in modo distinto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 (che adottavano l'approccio tradizionale «*civilian use*»), vale a dire i beni culturali di valore universale¹¹. La Convenzione è

⁸ Art. 6(b) della *Charter of the International Military Tribunal* (Norimberga) allegato all'*Agreement by United Kingdom, United States, France and USSR for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8 Agosto 1945, in *UNTS*, 82, p. 279.

⁹ Count Three (War Crimes), Part E (Plunder of Public and Private Property), Indictment, in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, 42 vols, Nuremberg: [s.n.], 1947-1949, Vol. 1, p. 11 ss. Tra gli imputati Alfred Rosenberg, capo dell'«*Einsatzstab Rosenberg*», un programma che prevedeva la confisca di oggetti culturali da collezioni private tedesche e dai territori occupati e che fu condannato proprio in quanto «responsabile di un sistema di saccheggio organizzato [...] in tutti i paesi europei invasi». Il Procuratore statunitense sostenne che: «*[T]he forcing of this treasure house by a horde of vandals bent on systematically removing to the Reich these treasures which are, in a sense, the heritage of all of us [...]*», in *Ibid*, n. 17, IV, p. 81.

¹⁰ *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, entrata in vigore nel 1956, disponibile nel database del Comitato internazionale di Croce Rossa alla pagina: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-1954>.

¹¹ Durante i lavori preparatori, si è spesso fatto riferimento alla protezione di tesori culturali di inestimabile valore, e questo obiettivo si riflette chiaramente nella definizione di bene culturale che apre la Convenzione. Per la prima volta si parla di «patrimonio culturale» in uno strumento multilaterale, sottolineando così anche la sua importanza universale e intergenerazionale. In una risoluzione adottata alla pri-

permeata dall'idea che occorre proteggere questo tipo di beni in ragione del loro valore intrinseco e della loro importanza per l'umanità e al di là del loro uso quotidiano da parte dei civili¹², della loro importanza per le comunità locali, delle vittime civili che potrebbero essere causate da attacchi contro tali beni e delle conseguenze che la loro distruzione potrebbe portare ai civili che vivono nelle vicinanze. I risultati, tuttavia, furono molto limitati in termini di disposizioni penali inserite nella Convenzione e molto inadeguati in termini di attuazione pratica¹³.

Lo sforzo di garantire la protezione dei beni culturali in sé, e non semplicemente come beni civili ordinari, è proseguito con i Protocolli aggiuntivi I e II del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (AP I e AP II). L'articolo 53 dell'AP I proibisce «qualsiasi atto di ostilità [...] diretto contro i monumenti storici, le opere d'arte o i luoghi di culto» che costituiscono «l'eredità culturale o spirituale dei popoli», tranne nel caso in cui tali proprietà siano utilizzate per scopi militari. L'articolo vieta, inoltre, l'uso dei beni culturali «a sostegno dello sforzo militare», in conformità con l'articolo 4, paragrafo 1, della Convenzione dell'Aia del 1954. L'articolo 16 AP II chiarisce che questi divieti si applicano anche nel contesto di conflitti armati non internazionali. Inoltre, cosa più importante nella prospettiva dell'applicazione della responsabilità penale individuale, l'articolo 85(4)(d) dell'AP I stabilisce che un attacco contro «monumenti storici chiaramente riconosciuti, opere d'arte o luoghi di culto, che costituiscono il patrimonio culturale o spirituale dei popoli» costituisce una grave violazione dell'AP I e, quindi, un crimine di guerra. Nessuna disposizione parallela è contenuta nell'AP II.

ma riunione delle Alte Parti contraenti della Convenzione, si osservò che «lo scopo della Convenzione [...] è quello di proteggere il patrimonio culturale di tutti i popoli per le generazioni future», cfr. UNESCO, Doc. CUA/120, 22.

¹² L'idea non era nuova: era già stata sancita dal Trattato sulla protezione delle istituzioni artistiche e scientifiche e dei monumenti storici, firmato a Washington nel 1935 da 21 Stati americani (meglio noto come Patto Roerich) con l'obiettivo di «preservare in ogni tempo di pericolo tutti i monumenti immobili di proprietà nazionale e privata che costituiscono il tesoro culturale dei popoli», sia in tempo di guerra che di pace.

¹³ L'unica disposizione inserita è l'art. 28, formulato in modo piuttosto vago, che non ha ricevuto un'effettiva attuazione a livello nazionale. Tuttavia, questo è stato un destino comune a tutte le disposizioni che criminalizzano gravi violazioni delle leggi di guerra; i primi processi penali nazionali relativi a gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 hanno avuto luogo solo negli anni '90.

2.1.2. *Lo sviluppo incoerente delle norme che criminalizzano gli atti contro i beni culturali*

I due diversi modi di disciplinare la criminalizzazione degli attacchi contro i beni artistici e culturali continuano ad evolvere lungo linee parallele anche negli anni '90, nel momento in cui nuove norme incriminatrici vengono inserite in alcuni strumenti internazionali.

L'approccio «*civilian use*» caratterizza le disposizioni sui reati contro i beni culturali – chiaramente ispirate alle norme tradizionali del diritto internazionale umanitario – inserite negli Statuti dei tribunali penali internazionali creati dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel 1993 e 1994 (ICTY e ICTR). Si tratta infatti di norme ispirate ai trattati di diritto internazionale umanitario: principalmente ai Regolamenti dell'Aia del 1907 e alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Non ci fu alcun tentativo di disegnare reati più specificamente concepiti per criminalizzare gli atti gravi contro il patrimonio culturale, nonostante l'esistenza della Convenzione dell'Aia del 1954 e degli AP I e II del 1977.

L'approccio che fu scelto poneva come chiara priorità la salvaguardia dei civili con una protezione essenzialmente garantita agli edifici e ai beni immobili, tralasciando il fatto che gli edifici storici, i monumenti e le opere d'arte meritano di essere protetti al di là della loro dimensione materiale, proprio per il loro valore culturale sia per la comunità locale che per l'umanità nel suo complesso. L'esempio più rilevante è l'articolo 3(d) dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY), che criminalizza gli atti di «*seizure of, destruction or willful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science*». La formulazione scelta non riflette alcuna differenziazione tra i diversi elementi della proprietà e prende in considerazione solo marginalmente il valore culturale del bene protetto¹⁴.

Lo Statuto dell'ICTY, a sua volta, ha influenzato i successivi passi volti all'introduzione di disposizioni che criminalizzano gli atti contro il patrimonio culturale in altri strumenti internazionali. La mancanza di reati più specifici nello Statuto dell'ICTY ha avuto come

¹⁴ Si tratta di una scelta per certi versi sorprendente, dal momento che nell'ex Jugoslavia si stavano verificando vaste distruzioni di beni culturali di inestimabile valore e che la Commissione di inchiesta dell'ONU, c.d. Commissione Bassiouni aveva suggerito specificamente la necessità di prevedere sanzioni penali contro questi atti, con un esplicito riferimento alle norme contenute nella Convenzione dell'Aja del 1954.

conseguenza positiva, almeno, l'enfasi sulla necessità di includere reati contro i beni culturali adeguatamente definiti nel testo del Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954. D'altro canto, l'art. 3(d) ha avuto anche un impatto negativo sulla stesura delle norme che criminalizzano gli atti contro i beni culturali incluse nello Statuto della Corte penale internazionale (CPI), che sono piuttosto «arretrate».

2.2. *Il divario civilian use/cultural value nel confronto tra lo Statuto della CPI e il Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954.*

2.2.1. *La definizione dei crimini*

Lo Statuto della CPI adotta un duplice approccio ai crimini di guerra e sanziona separatamente i reati commessi nei conflitti armati internazionali e quelli commessi nei conflitti armati non internazionali; vi è quindi una corrispondenza imperfetta tra le due sfere¹⁵. Le disposizioni che vietano specificamente gli atti contro i beni culturali – articoli 8(2)(b)(ix) e 8(2)(e)(iv) – sono identiche sia per i conflitti armati internazionali che per quelli non internazionali e, almeno sotto questo aspetto, lo Statuto della CPI è in linea con l'approccio seguito dalla Convenzione dell'Aia del 1954 e dal suo Protocollo II, che sono applicabili nei conflitti armati internazionali e non internazionali. Tuttavia, il loro testo richiama il linguaggio dei Regolamenti dell'Aja del 1907, poiché vieta di «dirigere intenzionalmente attacchi contro edifici dedicati alla religione, all'istruzione, all'arte, alla scienza o a scopi caritatevoli, monumenti storici, ospedali e luoghi di raccolta di malati e feriti, purché non siano obiettivi militari». Questo elenco molto generico di beni protetti torna a includere nella stessa disposizione gli atti contro i monumenti storici, gli ospedali e i luoghi di raccolta dei malati e dei feriti. La necessità, ampiamente riconosciuta, di redigere disposizioni più specifiche e di prendere in considerazione un approccio di valore culturale ai fini della criminalizzazione di comportamenti contro beni culturali di importanza universale, che ha spinto negli stessi anni a negoziare il Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954, è stata completamente trascurata.

Al contrario, il Protocollo II alla Convenzione dell'Aja del 1954

¹⁵ La distinzione è deplorabile sotto molti aspetti ed è stata ampiamente criticata dagli studiosi perché retrograda: si veda A. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999, 10, p. 150 ss.

fa propria la logica del valore culturale e, partendo dalla precisa definizione di bene culturale contenuta nella Convenzione, definisce una serie di reati gravi da inserire nel Protocollo stesso¹⁶. La logica basata sulla protezione del valore culturale si rintraccia anche dall'introduzione di una differenziazione di gravità per gli atti contro i beni culturali. Il Protocollo distingue di fatto due classi di reati e stabilisce che quelli commessi contro beni sottoposti a tutela rafforzata comportano conseguenze più gravi. Tutti i reati elencati nell'articolo 15 del Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954 sono etichettati come violazioni gravi, ma solo i primi tre – tra cui i primi due riguardano i beni sottoposti a protezione rafforzata – corrispondono a quelle che nelle Convenzioni di Ginevra e nei Protocolli aggiuntivi sono definite violazioni gravi. Di conseguenza, gli Stati parte hanno anche il dovere di processare o estradare qualsiasi persona che abbia commesso tali gravi violazioni, ovvero di esercitare la giurisdizione universale ogni volta che un presunto colpevole di un altro Stato parte è presente sul loro territorio.

Alla ricerca di una certa coerenza tra i due strumenti giuridici in esame, si riscontra almeno una caratteristica positiva che caratterizza sia le disposizioni del Protocollo II alla Convenzione dell'Aia del 1954 sia lo Statuto della CPI. Nessuna delle disposizioni citate richiede che si verifichi una distruzione per sanzionare gli attacchi contro i beni culturali: è sufficiente che l'attacco sia stato intenzionalmente diretto contro il bene protetto¹⁷.

¹⁶ Art. 15: «1. Any person commits an offence within the meaning of this Protocol if that person intentionally and in violation of the Convention or this Protocol commits any of the following acts:

- a. making cultural property under enhanced protection the object of attack;
- b. using cultural property under enhanced protection or its immediate surroundings in support of military action;
- c. extensive destruction or appropriation of cultural property protected under the Convention and this Protocol;
- d. making cultural property protected under the Convention and this Protocol the object of attack;
- e. theft, pillage or misappropriation of, or acts of vandalism directed against cultural property protected under the convention».

¹⁷ Contra l'art. 85(4)(d) Protocollo addizionale I alle Convenzioni di Ginevra. Esistono altre gravi incongruenze tra i due documenti, in particolare per quanto riguarda la mancanza di qualsiasi menzione di beni mobili nello Statuto della CPI e la delicata questione della necessità militare; si veda M. FRULLI, *The Criminalization of Offences*, cit., p. 203 ss.

2.2.2. *La logica del cultural value si fa strada nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*

Il conflitto nell'ex Jugoslavia ha mostrato l'entità dei danni causati da gravi attacchi contro monumenti culturali di grande importanza per il patrimonio culturale dell'umanità; basti citare il ponte di Mostar, la Biblioteca nazionale di Sarajevo e la città vecchia di Dubrovnik per dare l'idea di una perdita incomparabile. Vale la pena menzionare soltanto alcuni casi per vedere come la logica della protezione del valore culturale si è fatta strada nella giurisprudenza nonostante la formulazione tradizionale delle norme incriminatrici¹⁸.

Il caso *Jokić*, relativo al bombardamento della città vecchia di Dubrovnik è uno dei più interessanti. Nell'accertare i fatti del caso, i giudici hanno fatto riferimento al fatto che la Città Vecchia, nella sua interezza, è un sito del Patrimonio Culturale Mondiale UNESCO (ai sensi della Convenzione per la Protezione del Patrimonio Culturale e Naturale Mondiale del 1972) e hanno menzionato tutte le più importanti convenzioni internazionali in materia di protezione dei beni culturali, sottolineando le ragioni per cui questo tipo di attacchi contro il patrimonio culturale hanno una gravità intrinseca¹⁹.

È interessante sottolineare che anche la logica della «*human dimension*» (che caratterizza principalmente la qualificazione degli atti contro i beni culturali come crimini contro l'umanità) si insinua nella valutazione della gravità effettuata dai giudici dell'ICTY in relazione agli atti da imputare come crimini di guerra ai sensi dell'articolo 3(d) dello Statuto. Nelle sentenze *Hadzihasanovic e Kubura*, i giudici hanno sottolineato che il valore spirituale delle istituzioni religiose deve essere preso in considerazione nel valutare la gravità degli atti contro i beni culturali e hanno stabilito che il vandalismo

¹⁸ Non è possibile in questa sede fornire un resoconto completo della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia che si occupa di gravi attacchi contro istituzioni dedicate alla religione o all'istruzione, imputati in base all'art. 3(d) e a disposizioni meno specifiche contenute nello Statuto del Tribunale. Per un'analisi dettagliata v. M. FRULLI, *Advancing the Protection of Cultural Property Through the Implementation of Individual Criminal Responsibility: The Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *IYIL*, 2005, 15, p. 195 ss.; S. BRAMMERTZ, K.C. HUGHES, A. KIPP e W.B. TOMLJANOVICH, *Attacks against Cultural Heritage as a Weapon of War: Prosecutions at the ICTY*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 14, p. 1143 ss.

¹⁹ Il bombardamento della Città Vecchia è stato un attacco non solo contro la storia e il patrimonio della regione, ma anche contro il patrimonio culturale dell'umanità; ICTY, 18 marzo 2004, IT-01-42/1-S, Procuratore c. Miodrag Jokić, § 51.

dei siti religiosi può essere un crimine di guerra ai sensi dell'articolo 3(d)²⁰.

Anche la CPI si è occupata di distruzione dei beni culturali, nonostante le disposizioni sui crimini di guerra contro i beni culturali inserite nello Statuto della CPI siano piuttosto retrograde. La prima sentenza rilevante è stata resa nel caso *Al Mahdi*²¹: in essa si rintracciano gli input offerti dalla giurisprudenza dell'ICTY ed emergono sia l'approccio «*cultural value*» che, in misura più limitata, la logica della «*human dimension*».

Nel valutare la gravità dei crimini, i giudici della CPI hanno fatto riferimento al valore culturale universale dei siti danneggiati – per la maggior parte elencati nella Convenzione del Patrimonio Mondiale dell'UNESCO del 1972²² – e hanno affermato che la loro distruzione colpiva non solo la popolazione locale ma anche la comunità internazionale. In altre parole, come già nel caso *Jokic*, la lista del Patrimonio mondiale UNESCO viene usata come parametro per valutare la gravità della distruzione dei beni culturali. Tuttavia, ciò non significa che la distruzione di beni culturali non inclusi nella lista dell'UNESCO non possa essere qualificata come crimine di guerra; possono essere presi in considerazione altri fattori, tra cui l'impatto della distruzione dei siti sulla popolazione locale e sulla loro identità incarnata nei siti religiosi e culturali²³, vale a dire la dimensione umana.

²⁰ ICTY, 5 dicembre 2006, IT-01-47-T, Procuratore c. Hadzihasanovic e Kubura, § 63.

²¹ CPI, 27 settembre 2016, ICC-01/12-01/15, Procuratore c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (di seguito CPI, *Al Mahdi*), Si veda P. CASALY, *Al Mahdi before the ICC: Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 14, p. 1199 ss.; M. ELEWA BADAR, N. HIGGINS, *Discussion Interrupted: The Destruction and Protection of Cultural Property under International Law and Islamic Law - the Case of Prosecutor v Al Mahdi*, in *International and Comparative Law Review*, 2017, 17, p. 486 ss.

²² La designazione di questi edifici da parte dell'UNESCO riflette la loro particolare importanza per il patrimonio culturale internazionale. Nelle parole dei giudici: «*These mausoleums and mosques all qualify as both religious buildings and historic monuments, as evidenced by their role in the cultural life in Timbuktu and the status of nine of these buildings as UNESCO World Heritage sites. UNESCO's designation of these buildings reflects their special importance to international cultural heritage, noting that 'the wide diffusion of culture, and the education of humanity for justice and liberty and peace are indispensable to the dignity of man and constitute a sacred duty which all the nations must fulfil in a spirit of mutual assistance and concern'. Attacking these mausoleums and mosques was clearly an affront to these values*», ICC, *Al Mahdi*, cit., § 46.

²³ In effetti, la Camera di Giustizia della CPI ha osservato che gli abitanti di Timbuktu (e del Mali più in generale) avevano un forte attaccamento emotivo ai siti dan-

Non vi è qui lo spazio per approfondire anche l'esame della giurisprudenza che ha qualificato gli attacchi contro il patrimonio culturale come crimini contro l'umanità, in particolare come atti di persecuzione. Basti qui sottolineare che tale giurisprudenza mette l'accento sul fatto che la distruzione di beni religiosi, di monumenti storici e di altri beni culturali non soltanto reca una perdita gravissima dal punto di vista del valore culturale dei beni colpiti, ma rappresenta un crimine grave contro gli individui, che sono privati di luoghi e beni per loro molto importanti dal punto di vista simbolico, religioso e identitario venendo così deprivati di alcuni dei loro diritti fondamentali. Alcuni potrebbero obiettare che classificare gli attacchi contro i beni culturali come crimini contro l'umanità sminuisce l'importanza attribuita alla protezione del patrimonio culturale, concentrandosi ancora una volta sugli individui. A mio avviso, si può sostenere il punto di vista opposto: classificare gli attacchi contro le istituzioni culturali o religiose come atti di persecuzione dimostra quanto i beni culturali siano importanti per la vita e l'identità di ogni gruppo umano e, a livello più ampio, per il patrimonio culturale dell'umanità. In altre parole, il valore culturale e la dimensione umana si rafforzano e non si escludono a vicenda, come conferma anche il caso Al Mahdi davanti alla CPI. È significativo che, sebbene l'imputato fosse accusato «solo» di crimini di guerra, i giudici abbiano fatto riferimento nella sentenza a un elemento discriminatorio, come evidenziato pocanzi²⁴.

neggiati e hanno subito la loro distruzione come un attacco volto a spezzare la loro anima. Pertanto, il valore universale del patrimonio culturale non è l'unico aspetto da considerare; in realtà, la dimensione umana emergerà spesso in questo tipo di casi, poiché i siti culturali sono sempre inestricabilmente legati all'identità e alla storia delle popolazioni che vivono nelle vicinanze e che attribuiscono un significato speciale a luoghi religiosi, edifici o monumenti storici; cfr. CPI, *Al Mahdi*, cit., § 80.

²⁴ La giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia ha applicato la logica della dimensione umana utilizzando la distruzione dei beni culturali anche come elemento da considerare per valutare l'esistenza della *mens rea* del crimine di genocidio. Nel caso *Krstić*, la Trial Chamber I ha stabilito con fermezza che la distruzione delle istituzioni dedicate alla religione o alla cultura può essere considerata un elemento per provare il dolo specifico (*dolus specialis*) richiesto per il crimine di genocidio. I giudici hanno ribadito che il diritto internazionale consuetudinario limita la definizione di genocidio agli atti che mirano alla distruzione fisica o biologica di tutto o parte di un gruppo specifico. Tuttavia, ha anche sottolineato che: «*where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group. In this case, the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group.*», ICTY, 2 Agosto 2001, IT-98-33-T, Pro-

Le tre dimensioni sono complementari e rispecchiano i vari beni giuridici meritevoli di tutela quando si tratta di salvaguardia dei beni culturali attraverso lo strumento del diritto internazionale penale.

3. *La progressiva criminalizzazione delle attività collegate al traffico illecito di opere d'arte*

A partire dal 2001 vi è stata una spinta significativa verso un maggior utilizzo dello strumento penale per la tutela del patrimonio culturale anche in tempo di pace, correlata senza dubbio alla esplosione del fenomeno del terrorismo internazionale e al conseguente utilizzo del traffico di opere d'arte per il finanziamento di reti criminali transnazionali, incluse le reti terroristiche. Ci si è resi conto che per quanto riguarda il tempo di pace – o meglio tutte quelle situazioni di disordine o di vuoti di potere che non raggiungono la soglia per essere qualificate come conflitti armati e non fanno scattare l'applicazione delle convenzioni di diritto umanitario – non sono sufficienti le convenzioni tradizionali che tutelano i beni artistici attraverso l'inserimento in liste di beni e luoghi protetti²⁵, poiché presuppongono la cooperazione da parte delle autorità locali e la volontà di tutelare beni e opere d'arte e non di sfruttarli per finanziare attività illecite. È necessario potenziare l'utilizzo dello strumento della repressione penale, in particolare per sanzionare proprio le attività collegate all'acquisizione illecita di beni e alla loro immissione sul mercato nero.

Infatti, i principali strumenti di diritto internazionale adottati fino a quel momento per far fronte al fenomeno del traffico illecito di oggetti d'arte erano due, tra loro complementari, e davano scarsa rilevanza allo strumento penale. Si tratta della Convenzione UNESCO del 1970 relativa alle misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali²⁶ e della Convenzione UNIDROIT del 1995 sui beni

secutor v Krstić, § 580. Per un approfondimento si rinvia a M. FRULLI, *International Criminal Law and the Protection of Cultural Heritage*, cit.

²⁵ Si rinvia al sito internet dell'UNESCO per il testo di tutte le convenzioni in materia di tutela del patrimonio culturale: www.unesco.org.

²⁶ La Convenzione UNESCO del 1970, come rileva Visconti, ha certamente posto le basi anche per proficue prassi di collaborazione investigativa e giudiziaria instauratesi nel corso dei decenni successivi alla sua entrata in vigore incluso lo sviluppo della banca dati (*Stolen Works of Art Database*, gestita da INTERPOL) e di programmi di formazione *ad hoc* per le forze dell'ordine nazionali, come l'unità specializzata istituita in Italia: il Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimo-

culturali rubati o illecitamente esportati²⁷, con l'obiettivo di favorire l'adozione di standard minimi uniformi di diritto privato da applicarsi alle domande di restituzione conseguenti al traffico illecito²⁸.

Anche nell'evoluzione verso una progressiva criminalizzazione delle attività collegate al traffico illecito di opere d'arte sul piano internazionale si rintracciano due principali linee direttrici: da un lato le organizzazioni internazionali, in particolar modo gli organi dell'ONU, incoraggiano ripetutamente gli Stati ad utilizzare le disposizioni della *Convenzione contro il crimine transnazionale organizzato* del 2000 (c.d. Convenzione di Palermo)²⁹, anche per perseguire i reati contro il patrimonio culturale e il traffico illecito di oggetti d'arte. Dall'altro lato, si intraprende un nuovo tentativo di elaborare una convenzione specifica dedicata al contrasto (anche penale) del fenomeno, sforzo che approda nel 2017, in seno al Consiglio d'Europa, all'adozione della *Convenzione del Consiglio d'Europa sui crimini contro i beni culturali* (c.d. Convenzione di Nicosia), entrata in vigore nel 2022³⁰.

nio Culturale. Cfr. A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *La legislazione penale*, 2021, <https://www.lalegislationepenale.eu/wp-content/uploads/2021/12/Visconti-Approfondimenti-09.12.2021.pdf>.

²⁷ Per il testo della Convenzione si veda il sito internet UNIDROIT https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/1995_Convention_italian.pdf. La Convenzione UNIDROIT è considerata uno strumento complementare alla Convenzione UNESCO nell'ambito del diritto privato e costituisce un corpus di regole uniformi finalizzate ad armonizzare e coordinare le leggi interne di diritto privato e commerciale tra gli Stati.

²⁸ Si rileva che anche la Convenzione UNESCO per la tutela del patrimonio culturale subacqueo del 2001 riserva scarso rilievo allo strumento della repressione penale.

²⁹ Per il testo della Convenzione si veda il sito internet dell'*United Nations Office for Drugs and Crime* (UNDOC) <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html#Fulltext>. La Convenzione di Palermo è uno strumento di portata molto innovativa e sebbene non contenga specifiche previsioni relative ai beni culturali, l'UNDOC ha ripetutamente sostenuto che essa è applicabile anche ai reati contro il patrimonio culturale. Essa, infatti, si applica ai crimini gravi di natura transnazionale commessi da un gruppo criminale organizzato e poiché il traffico illecito di opere d'arte si presta ad essere svolto da gruppi criminali organizzati, la convenzione si presta ad essere applicata al contrasto di questo fenomeno. Un esempio di crimine applicabile ai reati contro il patrimonio culturale, ad esempio, viene dall'art. 6 della convenzione che prevede la criminalizzazione del riciclaggio dei proventi da reato, ed è applicabile nei casi di riciclaggio di beni culturali.

³⁰ Per il testo della convenzione si veda il sito Internet del Consiglio d'Europa <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/convention-on-offences-relating-to-cultural-property>.

Anche negli atti dell'Unione Europea si rileva sempre più spesso che il traffico illecito di opere d'arte è finalizzato al finanziamento di organizzazioni criminali e terroristiche e si sottolinea la necessità di utilizzare lo strumento della tutela penale per contrastare tale fenomeno. Nella Direttiva n. 541/2017, si afferma che il «commercio illecito di armi da fuoco, petrolio, sostanze stupefacenti, sigarette, nonché merci e beni culturali contraffatti (...) sono diventati mezzi di finanziamento redditizi per i gruppi terroristici» e si esortano gli Stati membri a riqualificare la rilevanza penale di alcune condotte, favorendo l'applicazione delle ipotesi di concorso nei reati di terrorismo, o di finanziamento del terrorismo, nei casi di «fornitura di sostegno materiale al terrorismo tramite persone impegnate, o che fungono da intermediari, nella fornitura o nella circolazione di servizi, capitali e beni, comprese le operazioni commerciali che comportano un'entrata o uscita dall'Unione, quali la vendita, l'acquisizione o lo scambio di beni culturali di interesse archeologico, artistico, storico o scientifico asportati illegalmente da una zona che, al momento dell'asportazione, era controllata da un gruppo terroristico»³¹.

3.1. *Le indicazioni provenienti dagli organi ONU e dall'UNDOC*

A partire dal 2000, il Consiglio di sicurezza dell'ONU (CdS) ha adottato numerose risoluzioni relative a situazioni che richiedevano specifiche misure di tutela del patrimonio culturale. Si pensi alle risoluzioni del 2003 (successive all'invasione dell'Iraq) con le quali si invitavano gli Stati a proibire il commercio e il trasferimento di oggetti rimossi illegalmente da siti archeologici storici iracheni³².

Anche per quanto riguarda la Siria, sin dal 2014 il CdS ha espresso preoccupazione per il patrimonio culturale e ha condannato l'ISIS per la distruzione di siti culturali e religiosi. In altri casi il CdS si è

³¹ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 marzo 2017, § 13 e § 15. Analogamente, nel Regolamento (UE) n. 2019/880, del Parlamento europeo e del Consiglio, 17 aprile 2019 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali, si ribadisce che il «commercio illecito di beni culturali saccheggiati è stato identificato come una possibile fonte di finanziamento del terrorismo», § 11.

³² CdS, UN Doc. S/RES/1483 del 22 maggio 2003, § 7. Si veda anche la CdS, UN Doc. S/RES/1546 del 8 giugno 2004. Interessanti sono poi le risoluzioni del 2012 relative alla situazione in Mali, in particolare per quanto riguarda l'assegnazione di compiti di protezione del patrimonio culturale ai caschi blu dell'ONU. Sul «*peacekeeping culturale*» si veda P. FORADORI e P. ROSA, *Expanding the Peacekeeping Agenda. The Protection of Cultural Heritage in War-torn Societies*, in *Global Change, Peace & Security*, 2017, 29, p. 145 ss.

dichiarato esplicitamente preoccupato per il finanziamento di attività terroristiche tramite il crimine organizzato e il traffico illecito di opere d'arte³³, invitando gli Stati a ratificare una serie di convenzioni, tra cui la Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 1988³⁴ e la Convenzione contro il crimine transnazionale organizzato³⁵.

Di grande importanza la risoluzione 2199 del 2015 con cui il Cds ha esteso il divieto di commercio di beni culturali, già in vigore per l'Iraq dal 2003, alle antichità siriane³⁶. In questo caso il Cds ha chiaramente ribadito che esiste un tra il traffico di oggetti d'arte e il finanziamento del terrorismo, osservando che «ISIL, ANF and other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida, are generating income from engaging directly or indirectly in the looting and smuggling of cultural heritage items from archaeological sites, museums, libraries, archives, and other sites in Iraq and Syria, which is being used to support their recruitment efforts and strengthen their operational capability to organize and carry out terrorist attacks»³⁷. Il saccheggio di oggetti d'arte è dunque stato gradualmente identificato dal CdS dell'ONU come una potenziale fonte di finanziamento del terrorismo.

Negli stessi anni anche l'Assemblea Generale (AG) ha emanato numerose risoluzioni, in questo caso non vincolanti, riguardanti il tema del traffico e dell'esportazione illeciti di beni culturali, con particolare attenzione alla restituzione dei beni culturali ai paesi d'origine. Tra queste, una delle più importanti è la risoluzione 69/196 con la quale sono state adottate le *International Guidelines for Crime Prevention and Criminal Justice Responses with Respect to Trafficking in Cultural Property and Other Related Offences*³⁸. Un'altra impor-

³³ CdS, UN Doc. S/RES/2195 del 19 dicembre 2014, Preambolo.

³⁴ Per il testo della Convenzione si veda il sito internet dello *United Nations Office for drugs and crime* (UNDOC) <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html?ref=menuside>.

³⁵ *Ibid.*, § 3.

³⁶ CdS, UN Doc. S/RES/2199 del 12 febbraio 2015, § 15. A proposito di questa risoluzione e più in generale delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza relative al patrimonio culturale, si veda lo studio di V. NÉGRI, *Legal Study on the Protection of Cultural Heritage through the Resolutions of the Security Council of the United Nations*, UNESCO, 2015, https://www.obs-traffic.museum/sites/default/files/resources/files/Negri_RES2199_Eng.pdf.

³⁷ *Ibid.*, § 6.

³⁸ Per il testo delle linee-guida si veda il sito dell'UNDOC https://www.unodc.org/documents/organized-crime/trafficking_in_cultural/RES-681-86/A_RES_69_196_E.pdf. Nelle linee guida, divise in 4 capitoli, ampio spazio è dedicato

tante risoluzione nella quale l'AG ribadisce il rapporto tra traffico illecito di beni culturali, conflitti armati e/o finanziamento al terrorismo è la risoluzione 70/76 del 2015, che equipara le organizzazioni terroristiche al crimine organizzato. La medesima risoluzione esorta inoltre gli Stati a aderire alla Convenzione UNESCO del 1970, alla Convenzione dell'Aia del 1954 e alla Convenzione UNIDROIT del 1995 e anche ad adottare e attuare disposizioni legislative che, sulla base dell'articolo 2 della Convenzione di Palermo, qualificano il traffico e lo scavo illecito di beni culturali come reato grave (*serious crime*). Sulla scorta di queste linee-guida e delle indicazioni provenienti dai vari organi, lo *United Nations Office for drugs and crime* (UNDOC) sempre più si dedica anche ad attività volte al contrasto del fenomeno del traffico illecito dei Beni Culturali³⁹.

Il CdS ha continuato ad adottare risoluzioni relative alla tutela penale dei beni culturali anche negli anni più recenti. Nel 2016, con la risoluzione 2322, il CdS ha ribadito il timore per il crescente coinvolgimento di gruppi terroristici nel traffico di beni culturali e ha sottolineato il ruolo della cooperazione internazionale nella prevenzione di tale crimine⁴⁰ per poi esortare gli Stati a sviluppare – con l'assistenza dell'UNDOC e in stretta collaborazione con l'UNESCO e l'INTERPOL e in conformità con gli obblighi e gli impegni assunti nell'ambito di strumenti internazionali e nazionali – la cooperazione per prevenire e combattere il traffico di beni culturali e i reati ad esso collegati, richiamando nuovamente la possibilità di considerare tali attività come reati gravi ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di Palermo⁴¹. Il CdS, dunque, incoraggia espressamente gli Stati alla criminalizzazione di queste condotte e invita gli Stati alla cooperazione investigativa e giudiziaria internazionale per fermare il traffico illecito di opere d'arte.

Infine, degna di nota è la risoluzione 2347, adottata all'unanimità e interamente dedicata alla tutela dei beni culturali, con la quale il CdS afferma che la protezione del patrimonio culturale è fondamentale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale

sia alla criminalizzazione di attività collegate al traffico illecito di opere d'arte, sia alla cooperazione internazionale fra autorità investigative e forze dell'ordine.

³⁹ Si veda <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/emerging-crimes/trafficking-in-cultural-property.html>.

⁴⁰ CdS, UN Doc. S/RES/2322 del 12 dicembre 2016, Preambolo.

⁴¹ *Ibid.*, § 12. Anche le risoluzioni 2253 del 2015 e la risoluzione 2322 del 2016 affrontano il tema del contrasto e della repressione dei crimini terroristici ivi inclusi i crimini contro i Beni Culturali. Queste risoluzioni di nuovo invitano gli Stati a cooperare nel quadro della convenzione di Palermo del 2000.

e sottolinea che il contrasto al traffico illecito di opere d'arte è parte integrante del regime antiterrorismo dell'ONU⁴². Nella risoluzione si esprime anche soddisfazione per gli sforzi del Consiglio d'Europa che, meno di due mesi dopo, il 3 maggio 2017, ha adottato la Convenzione sui reati relativi ai beni culturali, che a sua volta fa riferimento alla Risoluzione nel suo preambolo⁴³.

3.2. *La Convenzione di Nicosia e gli obblighi di criminalizzazione*

Veniamo quindi a un breve esame della Convenzione europea relativa alle offese contro il patrimonio culturale⁴⁴, un testo di portata storica poiché per la prima volta un trattato obbliga espressamente i contraenti a criminalizzare nei rispettivi ordinamenti interni varie condotte relative al traffico illecito di beni culturali nonché la distruzione intenzionale di beni culturali⁴⁵, a prescindere dal fatto che

⁴² In occasione dell'adozione della Risoluzione 2347, il Sottosegretario generale delle Nazioni Unite per gli Affari politici ha osservato che i gruppi terroristici non solo sfruttano i beni culturali per finanziare le loro attività, ma anche per minare il potere della cultura come ponte tra le generazioni e le persone di diversa provenienza e religione. Questa affermazione è in sintonia con il procedimento giudiziario a carico di Al Mahdi (v. *supra* nota 18), associato a gruppi militanti islamisti e condannato dalla Corte penale internazionale a nove anni di carcere per aver intenzionalmente diretto attacchi contro nove mausolei e una moschea a Timbuctù, solo pochi mesi prima dell'adozione di questa Risoluzione.

⁴³ Nel dicembre del 2021, anche l'AG ha adottato una nuova risoluzione intitolata *Return or restitution of cultural property to the countries of origin* AG, UN Doc. A/RES/76/16 dell'8 dicembre 2021 promossa dalla Grecia e co-sponsorizzata da altri 110 Stati membri. L'AG ha espresso profonda preoccupazione per il continuo traffico illecito di beni culturali, nonché per la perdita e il vandalismo su beni culturali provenienti da siti archeologici e di altro tipo, in particolare nelle aree di conflitto armato.

⁴⁴ Per il testo della Convenzione si veda il sito del Consiglio d'Europa <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/convention-on-offences-relating-to-cultural-property>. La Convenzione è aperta alla ratifica anche da parte degli Stati non membri del Consiglio d'Europa.

⁴⁵ Già nel 2003 l'UNESCO aveva adottato la *Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage* nella quale si esortavano gli Stati a «*States should take all appropriate measures, in accordance with international law, to establish jurisdiction over, and provide effective criminal sanctions against, those persons who commit, or order to be committed, acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization*» sia in tempo di pace sia in tempo di conflitto armato. Trattavasi, tuttavia, di un documento di carattere non vincolante. Per il testo della dichiarazione si vede il sito dell'UNESCO <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/unesco-declaration-concerning-intentional-destruction-cultural-heritage>.

sia avvenuta o meno durante un conflitto armato, estendendo così al tempo di pace disposizioni simili a quelle contenute nella Convenzione dell'Aia del 1954 e del suo Secondo Protocollo del 1999⁴⁶.

Si tratta di un risultato importante considerato che si è dovuto fare un compromesso tra Paesi che hanno posizioni molto diverse sulla necessità di sanzionare alcune condotte con lo strumento penale, vi sono infatti alcuni paesi storicamente «importatori» di oggetti d'arte che hanno osteggiato l'attribuzione di rilevanza penale ad alcune condotte. Per questo motivo la Convenzione di Nicosia lascia aperta agli Stati la possibilità di apporre una clausola di riserva all'obbligo di criminalizzare alcune condotte e di poterle contrastare con sanzioni di carattere non penale. Si tratta tuttavia di una facoltà piuttosto limitata che non incide sull'impianto generale della Convenzione che mira a obbligare gli Stati a uno standard comune di criminalizzazione di condotte recanti offese al patrimonio culturale. Proprio questo strumento potrebbe dare slancio all'utilizzo dello strumento penale per la repressione delle offese contro il patrimonio culturale⁴⁷.

Di seguito una brevissima descrizione delle disposizioni più importanti.

L'art. 3 (*Theft and other forms of unlawful appropriation*) pone l'obbligo per gli Stati di assicurare l'applicabilità delle disposizioni nazionali che sanzionano il furto e le altre forme di appropriazione indebita alle condotte riguardanti beni culturali mobili. Si tratta per un verso di un'estensione scontata – visto che le fattispecie penali in questione di applicano a ogni bene mobile – essa è tuttavia necessaria per attivare i canali di cooperazione internazionale e le disposizioni sul rientro dei beni culturali sottratti.

L'art. 4 (*Unlawful excavation and removal*) si riferisce a tre diverse condotte: a) lo scavo illecito commesso al fine di cercare e rimuovere beni culturali in violazione delle leggi del Paese ove esso è effettuato; b) l'illecita rimozione e ritenzione dei beni illegittimamente

⁴⁶ Vi era stato per la verità un precedente. La Convenzione di Delfi del 1985, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, identificava una serie di condotte contro il patrimonio culturale e prevedeva che esse fossero corredate di sanzioni efficaci e dissuasive, anche di natura penale. Tuttavia, la convenzione non è mai entrata in vigore non essendo stata ratificata da nessuno degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Per il testo della convenzione di Delfi si veda il sito del consiglio d'Europa <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=119>.

⁴⁷ S. VON SCHORLEMER, *Fighting Terrorist Attacks Against World Heritage - An Integrated Approach*, in M.T. ALBERT ET AL. (a cura di), *50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility - Conflict and Reconciliation*, Cham 2022, p. 210 ss.

«scavati»; c) l'illecita ritenzione dei beni medesimi qualora lo scavo sia condotto in conformità alle leggi nazionali. Si tratta di una disposizione volta a condannare gli scavi non autorizzati (dei c.d. cacciatori di tesori «*treasure hunters*») nei Paesi-fonte di beni culturali, che spesso presentano il primo passaggio verso la circolazione illecita di beni culturali. Si tratta di un reato avvertito con minor allarme nei paesi storicamente importatori, motivo per cui il secondo paragrafo dell'articolo quattro prevede la riserva menzionata sopra, vale a dire la possibilità di sanzionare queste condotte con strumenti diversi da quello penale.

L'art. 5 (*Illegal importation*) ha a oggetto beni: a) rubati in un altro Stato; «scavati» in violazione della legge dello Stato in cui lo scavo ha avuto luogo; b) esportati in violazione delle leggi dello Stato che li ha classificati, designati o specificamente indicati come beni «culturali» ai sensi dell'art. 2 della Convenzione. Anche in questo caso gli Stati contraenti possono riservarsi di non sanzionare queste condotte con lo strumento penale.

L'art. 6 (*Illegal exportation*) determina l'obbligo per le Parti di rendere reato l'esportazione illegale di beni culturali mobili quando l'esportazione è vietata o svolta senza le autorizzazioni necessarie.

L'art. 7 (*Acquisition*) obbliga le Parti a rendere reato l'acquisizione di beni culturali rubati ai sensi dell'articolo 3 oppure ottenuti a seguito di scavi o di attività di importazione o di esportazione in circostanze che costituiscono un reato secondo gli articoli 4, 5 o 6. Per poter applicare l'articolo 7 è necessario che il trasgressore sia a conoscenza della provenienza illegale del bene culturale; l'articolo, tuttavia, invita gli Stati a prevedere sanzioni penali anche per l'acquirente che «avrebbe dovuto conoscere» (*should have known; aurait dû avoir connaissance*) la provenienza delittuosa del bene (art. 7, par. 2). Si introduce quindi un importante standard di *due diligence*.

L'art. 8 (*Placing on the market*) obbliga gli Stati parte alla Convenzione a rendere reato l'immissione sul mercato di beni culturali rubati ai sensi dell'art. 3 o ottenuti a seguito di scavi o di attività di importazione o di esportazione in circostanze che costituiscono un reato in base agli artt. 4, 5 o 6. Analogamente a quanto si è visto per l'art. 7, è necessario che il trasgressore conosca la provenienza illecita dell'oggetto, ma vi è un invito ad applicare lo «*should have known*» standard: si raccomanda la sanzione penale anche nei confronti di coloro che, pur non essendo a conoscenza dell'illegalità della provenienza, avrebbero dovuto esserlo se avessero esercitato la dovuta attenzione.

L'art. 9 (*Falsification of documents*) prevede l'obbligo di rendere reato la riproduzione di documenti falsi e la manomissione di do-

cumenti relativi ai beni culturali mobili, qualora tali azioni abbiano come scopo quello di nascondere la provenienza illecita del bene.

L'art. 10 (*Destruction and damage*) sancisce l'obbligo per gli Stati di rendere reati la distruzione o il danneggiamento di beni culturali mobili o immobili e l'eliminazione, in tutto o in parte, di singoli elementi di beni culturali al fine di importare, esportare o immettere sul mercato tali elementi nelle circostanze descritte negli articoli 5, 6 e 8 della Convenzione⁴⁸.

Vi sono poi una serie di disposizioni di carattere generale relative al concorso di persone nel reato (art. 11) e al tentativo, disposizioni in tema di giurisdizione (art. 12), disposizioni relative alla responsabilità delle persone giuridiche (art. 13), e infine disposizioni relative all'entità della pena, alle circostanze aggravanti e ai precedenti (artt. 14, 15, e 16).

Si tratta quindi di uno strumento che mette al centro l'utilizzo dello strumento penale per il contrasto al traffico illecito di beni culturali, che è già entrato in vigore sul piano internazionale e al quale è già stata data attuazione nell'ordinamento italiano con la legge 22 del 9 marzo 2022⁴⁹.

⁴⁸ È prevista la possibilità per gli Stati di non applicare tale regola nel caso in cui il bene culturale sia stato distrutto o danneggiato dal suo proprietario o con il consenso dello stesso.

⁴⁹ Si vede il testo della legge in Gazzetta Ufficiale, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/03/22/22G00030/sg#:~:text=prevista%20dalla%20legge.-,Art.,euro%20516%20a%20euro%201.500>. Per un primo commento si veda A. ORIOLO, *Nuove Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale e criminalità transnazionale: l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli standard della convenzione di Nicosia*, in *SIDIBlog*, 5 aprile 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/04/05/nuove-disposizioni-in-materia-di-reati-contro-il-patrimonio-culturale-e-criminalita-transnazionale-ladeguamento-dellordinamento-italiano-agli-standard-della-convenzione-di-nicosia/>.

GIULIO BARTOLINI*

Modelli di implementazione a livello interno dei crimini di guerra

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I crimini di guerra negli ordinamenti nazionali fra obblighi di criminalizzazione espliciti ed impliciti. – 3. Una panoramica sui modelli di adattamento degli ordinamenti interni alle norme relative ai crimini di guerra. – 3.1. L'inerzia degli Stati rispetto all'adattamento ai crimini di guerra. – 3.2. L'esplicito adattamento rispetto ai crimini di guerra: soluzioni a confronto. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Uno dei temi particolarmente esplorati da Edoardo Greppi nella sua produzione scientifica è certamente rappresentato dai profili di diritto internazionale penale. Nei suoi lavori monografici¹, così come nei numerosi contributi in opere collettanee e riviste², Edoardo non ha mancato di indagarne vari profili, compresa l'interrelazione fra i sistemi penali nazionali e internazionali in questo ambito³. Nel solco di questo interesse, il presente contributo vuole fornire alcune brevi

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre.

¹ E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità. Lineamenti generali*, Torino 2001, p. 250 ss.; ID., *I crimini dell'individuo nell'ordinamento internazionale*, Torino 2012, p. 294 ss.

² Si veda, ad esempio: E. GREPPI, *The evolution of individual criminal responsibility under international law*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, p. 531 ss.; ID., *Qualche riflessione su ordine superiore e responsabilità dell'individuo nei crimini internazionali*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli 2004, III, p. 1945 ss.; ID., *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Milano 2012, V, p. 467 ss.; ID., *La giustizia internazionale penale: qualche riflessione a cent'anni dalla Grande Guerra*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, p. 349 ss.

³ E. GREPPI *International Humanitarian Law and Criminal Justice: International, Domestic and Comparative Law at a Crossroads*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari 2017, I, p. 155 ss.

riflessioni rispetto all'implementazione negli ordinamenti interni dei crimini di guerra, anche in ragione della specifica attenzione dedicata da Edoardo rispetto al diritto internazionale umanitario, non solo in ambito accademico, ma, altresì, con la sua preziosa opera svolta nell'Istituto internazionale di diritto umanitario e nella Croce Rossa Italiana.

Esattamente cento anni fa, nella sessione inaugurale dei corsi dell'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, Heinrich Triepel introduceva una delle più famose metafore relative ai rapporti fra gli ordinamenti giuridici interni e il diritto internazionale affermando che quest'ultimo «*est semblable à un maréchal qui ne donne ses ordres qu'aux chefs des troupes et ne peut atteindre son but que s'il est sûr que les généraux, se conformant à ses instructions, donneront de nouveaux ordres à ceux qui leur sont soumis. Si les généraux se dérobent, il perd la bataille*»⁴. A distanza di un secolo, questa affermazione non ha perso la sua rilevanza, anche nell'ambito della repressione dei crimini di guerra, dato che la mancanza di un adeguato adattamento dell'ordinamento giuridico interno alle prescrizioni internazionali in materia implica, sostanzialmente, come gli ordini del «feldmaresciallo» inerti la punizione per le violazioni del diritto internazionale umanitario saranno sostanzialmente inefficaci e la battaglia contro l'impunità sarà, infine, persa. La normativa nazionale può quindi svolgere un ruolo chiave in questo ambito, anche tenendo in considerazione che «*c'est d'abord dans l'ordre interne que s'est inscrite la répression des infractions internationales. De sorte que la répression nationale reste encore la règle et la répression internationale l'exception*»⁵.

Questo rapporto può tuttavia risultare complesso sia in ragione di alcune delle usuali problematiche che possono emergere in relazione all'adattamento delle norme internazionali negli ordinamenti giuridici nazionali sia, per converso, in relazione ad alcuni tratti distintivi di questo ambito, stante la dimensione penale delle norme rilevanti. In proposito, il paragrafo 2 fornirà una panoramica sull'evoluzione delle norme di diritto internazionale in materia di repressione dei crimini di guerra e dei loro rapporti con gli ordinamenti giuridici nazionali, inquadrata attorno agli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione imposti agli Stati. Successivamente, il paragrafo 3 si

⁴ H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in RCADI, 1923, 1, p. 106.

⁵ I. FICHET-BOYLE, M. MOSSE, *L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions*, in H. ASCENSIO et al (dir.), *Drout international pénal*, Parigi 2012, p. 1059.

soffermerà su alcuni modelli che si sono progressivamente sviluppati per armonizzare gli ordinamenti giuridici interni a questi crimini, così da evidenziare i loro vantaggi e gli svantaggi. Alcune osservazioni conclusive (paragrafo 4) evidenzieranno la continua rilevanza di queste problematiche, alla luce degli approcci ancora inconcludenti di diversi Stati nel realizzare una adeguata attività di adattamento in materia, compresa l'Italia dove, nonostante i recenti sforzi, al momento in cui si scrive permangono le incertezze rispetto alla possibile adozione di un coerente Codice dei crimini internazionali.

2. *I crimini di guerra negli ordinamenti nazionali fra obblighi di criminalizzazione espliciti ed impliciti*

Sebbene prima del sofisticato regime repressivo previsto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949, «*States were left free to punish, or not, acts committed by their own troops against the enemy, or again, acts committed by enemy troops, in violation of the laws and customs of war*»⁶, questa possibilità già implicava che gli Stati potevano introdurre disposizioni interne volte a reprimere violazioni in questo ambito, come esemplificato dalle specifiche sezioni di diversi codici penali militari dedicate alle violazioni del diritto internazionale umanitario⁷.

Il ruolo funzionale delle misure interne, comprese le disposizioni penali, per garantire la repressione delle violazioni di questa disciplina venne infine esplicitamente riconosciuto nell'art. 29 della Convenzione di Ginevra del 1929 sui feriti e malati che, per la prima volta, richiedeva in modo esaustivo agli Stati di «*propose to their legislatures, should their penal laws be inadequate, the necessary measures for the repression in time of war of any act contrary to the provisions of the present Convention*», così allontanandosi dalle prime disposizioni di portata più limitata, volte a imporre una criminalizzazione interna solo per poche specifiche violazioni o per l'uso improprio dell'emblema protettivo⁸. Come sostenuto dal Comitato

⁶ E. LA HAYE, *Article 49: Penal Sanctions*, in ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge 2016, § 2824.

⁷ V. il Codice penale militare della Svizzera del 1927, particolarmente la sua sezione 6 dedicata a «dei reati commessi in tempo di guerra contro il diritto delle genti», https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1927/1_761_805_257/it.

⁸ V. art. 56, § 2, del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, art. 27 e 28 della Convenzione di Ginevra del 1906 e art. 21 della X Convenzione dell'Aja del 1907 sull'adattamento alla guerra navale dei principi della Convenzione di Ginevra.

internazionale della Croce Rossa (CICR) nel suo Commentario del 1930 alla predetta Convenzione, «[e]n adoptant une formule large embrassant tous les cas...la Conférence a entendu assurer la stricte application de toutes les prescriptions de la Convention en les faisant unir de sanctions par les lois nationales de répression...En participant à la Convention, les Etats s'engagent donc à mettre l'ensemble de leur législation pénale en harmonie avec la Convention de 1929 afin d'en assurer l'application en temps de guerre»⁹.

Sebbene la suddetta disposizione stabilisse un sistema di scambio di informazioni volto ad imporre agli Stati «(to) communicate to one another, through the Swiss Federal Council, the provisions relative to such repression not later than five years from the ratification of the present Convention», con l'implicita valutazione, espressa nel Commentario, che «pour avoir quelque chose à communiquer, il faut que les Etats aient légiféré»¹⁰, sarebbe difficile riconoscere un significativo effetto propulsivo svolto dall'art. 29 rispetto alla realizzazione di riforme legislative interne in materia di repressione penale delle violazioni.

Con le Convenzioni di Ginevra del 1949 si passò quindi ad un meccanismo più rigoroso sulle attività di repressione interna per talune violazioni, che ha conseguentemente rafforzato la necessità di azioni legislative nazionali. In particolare, gli articoli 49, 50, 129 e 146 delle Convenzioni di Ginevra del 1949, con identico testo, hanno dapprima previsto il regime delle infrazioni gravi, imponendo specificamente un obbligo «to enact legislation necessary to provide effective penal sanctions» per reprimere queste violazioni, in contrapposizione al mero obbligo «to propose» previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1929. Inoltre, gli stessi articoli richiedono agli Stati di «(to) take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches», includendo potenzialmente l'istituzione di «judicial or disciplinary proceedings for violations of the Conventions other than grave breaches»¹¹, una possibilità che ovviamente implica l'esistenza di un quadro giuridico interno idoneo a queste attività, compreso per il tramite dell'azione penale.

L'art. 85 del I Protocollo Aggiuntivo del 1977 non ha apportato rilevanti novità e, purtroppo, è risultato altrettanto inadeguato

⁹ P. DE GOUTTES, *La Convention de Genève du 27 Juillet 1929. Commentaire*, Ginevra 1930, p. 210.

¹⁰ P. DE GOUTTES, *op. cit.*, p. 211.

¹¹ E. LA HAYE, *Article 49*, *cit.*, § 2896.

a garantire l'adozione delle necessarie misure da parte degli Stati. Come sottolineato dal CICR nelle sue analisi sulle misure adottate in materia dagli Stati, lo scenario scoraggiante riscontrato alla metà degli anni '50, in cui si concludeva che «*it is to be admitted that in many countries the regulations for the repression of violations of the Geneva Conventions are not adequate*»¹², non era successivamente migliorato, portando l'Advisory Service del CICR a concludere, a metà degli anni '90 del secolo scorso, che il suo sostegno agli Stati nell'attuazione dei crimini di guerra a livello nazionale si presentava quale «*not an easy task*»¹³.

Anche se in successivi trattati erano state incluse norme che richiedevano di introdurre norme penali, come richiesto da convenzioni aventi un focus più limitato, quali la Convenzione dell'Aja del 1954 e il suo Secondo Protocollo del 1999 o la Convenzione sulle mine antiuomo del 1997, lo Statuto della Corte penale internazionale (CPI) del 1998 ha certamente rappresentato un punto di svolta in materia. Sebbene, formalmente, gli Stati parti non abbiano l'obbligo di includere i crimini di guerra previsti dallo Statuto nel loro ordinamento giuridico interno, questi sono implicitamente incoraggiati ad armonizzare le loro disposizioni penali alle previsioni dello Statuto sulla base del principio di complementarità di cui agli artt. 1 e 17¹⁴. Infatti, in ragione del predetto principio, le carenze esistenti sul piano interno relativamente alla mancata previsione di fattispecie analoghe, e la conseguente impossibilità a reprimere adeguatamente le condotte previste nello Statuto, potrebbero potenzialmente innescare l'esercizio della giurisdizione della CPI, così da determinare un incentivo per gli Stati ad uniformare il proprio ordinamento giuridico alle fattispecie criminose presenti nello Statuto della CPI. Questa situazione ha determinato importanti conseguenze in materia, come riconosciuto dal CICR nei nuovi Commenti alle Convenzioni di Ginevra in merito alle norme comuni relative alla repressione penale delle violazioni di questi trattati, rispetto alle quali è possibile rileva-

¹² ICRC, *Respect of the Geneva Conventions. Measures Taken to Repress Violations*, Doc. Conf. D4/a/1, Vol. 1, 1965, p. 2.

¹³ M.T. DUTLI, *The repression of violations of international humanitarian law at national level and the work of the ICRC Advisory Service*, in C. PELLANDINI (ed.), *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems). Report of the Meeting on Experts Geneva*, Ginevra 2000, p. 23 e p. 26.

¹⁴ J.K. KLEFFNER, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003; M. ROSCINI, *Great Expectations: The Implementation of the Rome Statute in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 496 ss.

re come, relativamente alla predisposizione di norme interne volte a reprimere i crimini di guerra, «*State practice has evolved, in particular since the adoption of the ICC Statute*»¹⁵.

3. *Una panoramica sui modelli di adattamento degli ordinamenti interni alle norme relative ai crimini di guerra*

Anche se il diritto internazionale può imporre, esplicitamente o implicitamente, obblighi di criminalizzazione interna per le violazioni del diritto internazionale umanitario, questo non fornisce comunque nessuna soluzione uniforme su come procedere, in quanto il modo più appropriato dipenderà, ovviamente, dalle caratteristiche dei sistemi giuridici nazionali e dalle soluzioni generali riscontrabili in quell'ordinamento rispetto all'adattamento al diritto internazionale, dato che questi aspetti sono inquadrati nel *domaine réservé* degli Stati¹⁶. Tuttavia, sulla base della prassi, risulta possibile identificare una serie di approcci ricorrenti adottati a livello nazionale, così da evidenziarne i vantaggi e gli svantaggi rispetto ad una efficace repressione penale.

3.1. *L'inerzia degli Stati rispetto all'adattamento ai crimini di guerra*

La soluzione minimale è la semplice inattività. In diverse occasioni gli Stati non si sono adoperati per prevedere un esplicito adattamento degli ordinamenti interni ai crimini di guerra, come nel caso di Israele, o per aggiornare i preesistenti strumenti interni, ormai inadeguati a riflettere l'attuale quadro internazionale, come esemplificato dal codice penale militare italiano del 1941 che, nonostante alcune modifiche adottate nel 2002, rimane uno strumento obsoleto¹⁷. L'inattività è quindi solitamente il risultato di una bassa priorità politica-legislativa attribuita alle riforme necessarie per riflettere adeguatamente i crimini di guerra a livello nazionale oppure può derivare dalle difficoltà politiche e giuridiche ad operare rispetto ad una area del diritto penale caratterizzata da un elevato stigma internazionale.

¹⁵ E. LA HAYE, *Article 49*, cit., § 2897.

¹⁶ I. FICHET-BOYLE, M. MOSSE, *L'obligation*, cit., p. 1065.

¹⁷ G. BARTOLINI, *The Criminalization of War Crimes in Italy and the Shortcomings of the Domestic Legal Framework*, in *International Criminal Law Review*, 21, 2021. Per l'attuale versione del codice penale militare di guerra v. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/penaleMilitare>.

In questi contesti, la criminalizzazione delle condotte contrarie al diritto internazionale umanitario avverrà quindi, possibilmente, tramite l'utilizzo delle disposizioni previste nei codici penali nazionali. Sebbene il ricorso ai codici penali ordinari può rappresentare una soluzione pragmatica che consente agli operatori giuridici nazionali di applicare un quadro normativo familiare, questo approccio solleva una serie di problematiche¹⁸, tanto che i rappresentanti alla terza riunione universale delle commissioni nazionali di diritto internazionale umanitario hanno riconosciuto come il ricorso a questa opzione «*should be for no more than a transitional period, as it also entail[s] numerous shortcomings*»¹⁹.

Il perseguimento dei crimini di guerra per il tramite di norme penali comuni è infatti generalmente accompagnato dalla mancata applicazione del regime speciale relativo ai crimini internazionali, ad esempio per quanto riguarda la giurisdizione universale, la non applicabilità delle immunità e prescrittibilità, e non permette quindi di riflettere efficacemente la gravità dei reati in essere, la loro natura internazionale e la stigmatizzazione giuridico-politica ad essi connessa²⁰.

Inoltre, la legislazione ordinaria raramente rispecchia o affronta adeguatamente il contenuto dei crimini di guerra, in particolare quelli relativi alla condotta delle ostilità, così da determinare lacune normative, potenziali applicazioni errate e incoerenze nella possibile repressione. Ad esempio, la mancata attuazione della legislazione sui crimini di guerra ha portato l'Alta corte per la Danimarca orientale, nel 2006, a perseguire membri delle forze armate danesi per «*grave violations of official duties*» ai sensi del codice penale militare danese per condotte relative all'interrogatorio di detenuti iracheni²¹. Sebbene la Corte abbia esplicitamente riconosciuto come la condotta degli imputati appariva contraria agli articoli 27 e 31 della Quarta Convenzione di Ginevra, questa non ha ritenuto suo compito valutare espressamente il rispetto di questi trattati né ha ritenuto necessario

¹⁸ K. DÖRMANN-R. GEIB, *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 706 ss.

¹⁹ ICRC, *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an 'Integrated' Approach Based on Domestic Practice*, Ginevra 2014, p. 31.

²⁰ R. SLOANE, *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, in *Stanford Journal of International Law*, 2007.

²¹ Alta corte per la Danimarca orientale, 6 luglio 2006, caso n. U 2006 2927 Ø, *Military Prosecution Service v. Captain T1 and others*, in *ILDC*, n. 567. Si veda su questo punto R. VARGA, *Challenges of Domestic Prosecution of War Crimes with Special Attention to Criminal Justice Guarantees*, Budapest 2014, p. 147 ss.

interpretare il codice penale militare danese alla luce delle Convenzioni, a causa della mancata trasposizione delle rilevanti infrazioni gravi nella legislazione danese²². Analogamente, quando negli anni '90, durante le missioni militari in Somalia, membri delle Forze Armate italiane furono coinvolti in atti che potevano costituire trattamenti disumani, la mancanza di un quadro normativo adeguato per punire tali condotte, compresa l'applicazione del solo codice penale militare di pace alla missione in oggetto, implicò, infine, l'utilizzo del codice penale comune per perseguire le fattispecie contestate, soluzione che risultava inadeguata a causa delle problematiche procedurali e sostanziali connesse alla repressione di reati commessi all'estero²³.

3.2. *L'esplicito adattamento rispetto ai crimini di guerra: soluzioni a confronto*

Da quando gli Stati hanno, viceversa, optato per l'adozione di una legislazione specifica al fine di reprimere i crimini di guerra, è possibile categorizzare le loro azioni in materia secondo diverse soluzioni, che vanno dal rinvio al contenuto materiale dei rilevanti trattati internazionali o a regole pattizie specifiche che individuano condotte poi da punire a livello nazionale, all'adozione di normative specifiche che incorporano i crimini di guerra, sia attraverso la loro inclusione in sezioni speciali dei codici penali interni, ordinari o militari, o tramite un atto legislativo dedicato a questa tematica, separato da questi codici nazionali.

Una potenziale soluzione è quella di utilizzare tecniche di rinvio, un approccio che può condurre, a sua volta, a identificare due sub-modelli in materia.

In primo luogo, secondo un approccio caratterizzato da un rinvio statico, le disposizioni interne finalizzate a criminalizzare le violazioni del diritto internazionale umanitario definiscono i reati facendo riferimento a condotte vietate da specifici e pre-identificati trattati rilevanti, integrando tale quadro con la determinazione di un relativo regime sanzionatorio a livello interno. Questo sub-approccio è stato adottato dagli Stati sia nell'attuazione delle Convenzioni di Ginevra e del I Protocollo Aggiuntivo sia nei loro sforzi di armonizzazione

²² Alta corte per la Danimarca orientale, 6 luglio 2006, *Military Prosecution Service v. Captain T1 and others*, cit., § 22.

²³ N. LUPI, *Report by the Enquiry Commission on the Behaviour of Italian Peace-keeping Troops in Somalia*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998.

allo Statuto della CPI. Ad esempio, il Canadian Geneva Conventions Act fa un rinvio generale alle infrazioni gravi elencate nelle Convenzioni di Ginevra e nel I Protocollo Aggiuntivo²⁴, mentre l'art. 10 della legge argentina n. 8272 che attua lo Statuto della CPI fa un rinvio generale al contenuto dell'art. 8 di questo trattato al fine di individuare i crimini di guerra punibili a livello nazionale, aggiungendo disposizioni relative alle pene da comminarsi sul piano interno²⁵.

Il modello del rinvio è stato anche adottato attraverso un approccio dinamico: una soluzione accolta, a sua volta, con un approccio ampio oppure più limitato.

Nel primo caso, gli Stati hanno adottato soluzioni che prevedono, in modo generale, la criminalizzazione interna di condotte contrarie al diritto internazionale umanitario pattizio o consuetudinario. Un esempio è fornito dal Canada con il suo Crimes Against Humanity and War Crimes Act del 2000, che ha implementato lo Statuto di Roma. L'art. 4, infatti, definisce generalmente i crimini di guerra attraverso un rinvio dinamico, riferendosi ad un comportamento che «*constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts*», specificando che, sebbene «*[f]or greater certainty, crimes described in... Article 8 of the Rome Statute are...crimes according to customary international law*», questo «*does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law*»²⁶, confermando così il carattere flessibile della norma interna. Queste soluzioni sono ovviamente più comuni in alcuni scenari nazionali, specie quando «*[d]efinitions of crimes under customary international law can be directly applicable to domestic law if, as in common law*

²⁴ Geneva Conventions Act (Canada), 17 dicembre 1987, come modificato nel 2012, art. 3, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=878BC8091026171100256499004BB974&action=openDocument&xp_countrySelected=CA&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic.

²⁵ Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Argentina), 15 dicembre 2006, art. 10, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=4CA8532993564676C12572D7002A-4CAC&action=openDocument&xp_countrySelected=AR&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic. V. anche: S. HERENCIA CARRASCO, *Implementation of War Crimes in Latin America: An Assessment of the Impact of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 2010, p. 467 ss.

²⁶ Crimes Against Humanity and War Crimes Act (Canada), 29 giugno 2000, art. 4, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=69FED563B6C8B27F41256949003E0137&action=openDocument&xp_countrySelected=CA&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic.

systems, criminality may be based not only on written but also on unwritten (customary) law»²⁷. Tuttavia, approcci simili possono essere osservati anche nei sistemi di diritto civile. Ad esempio, la sezione 74 del codice penale lettone definisce i crimini di guerra come «*violations of provisions regarding conduct of war prohibited in international law binding upon the Republic of Latvia or of international humanitarian law*», come esemplificato da atti quali omicidio, tortura di una persona protetta dal diritto umanitario o qualsiasi «*other prohibited activity*»²⁸.

Il secondo caso riguarda casi di rinvio che presentano una portata più limitata. In particolare, anche per gli Stati che hanno specificamente riformulato a livello interno le disposizioni internazionali inerenti i crimini di guerra, è possibile individuare il ricorso a tecniche di rinvio. Ad esempio, per contesti specifici, la soluzione è stata nel senso di criminalizzare comportamenti vietati da alcune fonti internazionali. Un tipico esempio è fornito da diverse disposizioni interne in materia di criminalizzazione di mezzi e metodi di guerra illeciti, come previsto dal Capitolo XVI del codice penale polacco, ovvero la sezione dedicata ai crimini contro la pace, l'umanità e di guerra, i cui articoli 120-121 criminalizzano l'uso di armi contrarie al «*international law*», o analogamente gli articoli 174-175 del codice penale militare di guerra dell'Italia relativo all'uso «dei mezzi o dei modi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali».

L'approccio del rinvio presenta alcuni vantaggi. In primo luogo, consente un rapido processo di attuazione senza che i legislatori nazionali debbano intraprendere un processo completo di riformulazione che potrebbe dar luogo a potenziali incoerenze. In secondo luogo, la preferenza per un modello dinamico attraverso clausole aperte potrebbe consentire di adeguare automaticamente il contenuto delle disposizioni penali interne agli sviluppi del diritto internazionale, senza ulteriori sforzi legislativi che potrebbero comportare ritardi dovuti alla bassa priorità solitamente attribuita agli interventi normativi in questa area. In terzo luogo, il modello di rinvio, pur accelerando il processo di adattamento, non impedisce sforzi legislativi più specifici volti a introdurre soluzioni progressive a livello

²⁷ G. WERLE-F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford 2020, p. 182.

²⁸ Criminal Code (Lettonia), 8 luglio 1998, come emendato il 21 maggio 2009, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=ED293DB40038C862C1257DB60045A991&action=openDocument&xp_countrySelected=LV&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

nazionale su alcuni aspetti. Un esempio è fornito dal citato art. 10 della legge argentina n. 8272 che, oltre a riferirsi genericamente agli articoli 8 dello Statuto della CPI e 85 del I Protocollo Aggiuntivo per individuare il contenuto delle condotte vietate a livello interno, estende i crimini di guerra anche a due fattispecie, ovvero il reclutamento di bambini-soldato, vietati in Argentina ai minori di 18 anni contrariamente alla soglia di 15 anni prevista dallo Statuto della CPI, e il divieto della fame come metodo di guerra, esteso a livello nazionale anche per i conflitti armati non internazionali, prima che tale soluzione fosse infine adottata a livello internazionale attraverso l'emendamento del 2019 all'art. 8(2)(e)(xiv) dello Statuto della CPI.

La soluzione del rinvio potrebbe tuttavia essere problematica. Ad esempio, per quanto riguarda le formule che generalmente rimandano a condotte vietate da convenzioni internazionali esistenti (e potenzialmente future) rilevanti per lo Stato o che fanno generici riferimenti al diritto internazionale, questo approccio potrebbe creare problemi di compatibilità con il principio di legalità operante a livello interno, stante la carenza del grado di specificità e prevedibilità richiesta sul piano nazionale per l'azione penale. Questa soluzione potrebbe anche concedere una eccessiva discrezionalità ai pubblici ministeri e ai giudici nazionali impegnati nella applicazione di queste norme dal contenuto generale, aprendo la strada a valutazioni errate o interpretazioni non uniformi sulle condotte effettivamente vietate sul piano internazionale. Allo stesso tempo, l'approccio statico, collegando strettamente la repressione interna a soluzioni sancite da specifici trattati espressamente individuati dalla legislazione nazionale, potrebbe limitare l'accoglimento sul piano interno di interpretazioni dinamiche delle disposizioni rilevanti, evoluzioni basate sul diritto consuetudinario o approcci che vanno consolidandosi, ma che richiedono una espressa azione normativa sul piano interno, come le ipotesi della crescente equiparazione delle condotte vietate nei conflitti armati internazionali anche a quelli non internazionali. Infine, questa tecnica minimalista potrebbe non consentire di differenziare correttamente le pene edittali nel caso in cui queste risultassero comuni per qualsiasi crimine di guerra elencato nelle Convenzioni di Ginevra, nello Statuto della CPI o in altri trattati rilevanti, senza distinguere tra diverse tipologie di crimini di guerra e i loro effetti.

Oltre ai modelli basati sul rinvio, una ulteriore soluzione è rappresentata dalla predisposizione di normativa *ad hoc* volta ad introdurre specificamente crimini di guerra a livello nazionale, attraverso una riformulazione del loro contenuto in norme nazionali, accompagnata dall'individuazione di specifiche pene edittali per i diversi reati.

Questo approccio potrebbe portare a includere sezioni specifiche dedicate ai crimini di guerra nei codici penali ordinari nazionali, come sperimentato tra l'altro da Panama, il cui codice penale include una sezione su «*Delitos contra las Personas y los Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*»²⁹, dal Portogallo³⁰ o dal Tagikistan³¹. Parimenti, il processo di riformulazione potrebbe comportare anche l'adozione di una normativa separata dal codice penale ordinario. In quest'ultimo caso si possono registrare sia codici *ad hoc* che trattano espressamente i crimini internazionali, compresi i crimini di guerra, come esemplificato dalla Germania³², sia codici penali militari in grado di includere specifiche sezioni dedicate ai crimini di guerra, come esemplificato dall'Italia con il Libro III, Titolo IV del codice penale militare di guerra dedicato a «dei reati contro le leggi e gli usi di guerra»³³. Allo stesso modo delle precedenti soluzioni, rispetto a questo approccio si possono evidenziare degli aspetti positivi e negativi.

Per quanto riguarda i potenziali meriti, questa soluzione sancisce l'impegno politico e giuridico degli Stati ad imporre una criminalizzazione «*effective*» per le violazioni del diritto internazionale umanitario, secondo la formula espressamente richiamata dal sistema delle gravi infrazioni alle Convenzioni di Ginevra, visto che questo obiettivo è più facilmente raggiungibile attraverso un adeguato lavoro legislativo interno che consenta di cogliere le caratteristiche ed il carattere internazionale dei reati in questione, la loro gravità, nonché di allineare la criminalizzazione interna al regime speciale previsto per i crimini internazionali. Questa soluzione consente inoltre di

²⁹ Ley no. 14 que adopta el código penal (Panama), 18 maggio 2007, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=CBBC5D1C0CE3EE0EC12576CC00647997&action=openDocument&xp_countrySelected=PA&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

³⁰ Lei orgânica no. 31 (Portogallo), 22 luglio 2004, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/707612F7DF8B029BC1256EF5003F6C48>.

³¹ Criminal Code (Tajikistan), 21 maggio 1998, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=F7BC3707EFBF-D4F6412568FF00358F07&action=openDocument&xp_countrySelected=TJ&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

³² Code of Crimes against International Law (Germania), 26 giugno 2002, come emendato il 22 dicembre 2016, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.html. Su questo codice v.: A. ZIMMERMANN, *Main Features of the New German Code of Crimes against International Law*, in M. NEUNER (ed.), *National legislation incorporating international crimes: approaches of civil and common law countries*, Berlino 2003, p. 147; E. HANDL, *Introductory Note to the German Act to Introduce the Code of Crimes against International Law*, in *International Legal Materials*, 42, 2003.

³³ G. BARTOLINI, *The Criminalization*, cit.

soddisfare pienamente i requisiti di chiarezza e prevedibilità richiesti a livello nazionale per l'azione penale e può anche consentire di parametrare le pene edittali in relazione ai diversi reati, come esemplificato dal codice penale del Niger il cui art. 208-4 elenca un regime separato per le diverse violazioni che vanno dalla comminazione della pena capitale a 15 anni di carcere, con una serie di aggravanti dipendenti anche dalle conseguenze sulle vittime, come l'inabilità al lavoro o le mutilazioni subite³⁴.

In secondo luogo, questa soluzione può beneficiare delle attività svolte da istituzioni specializzate volte a sostenere gli sforzi legislativi nazionali attraverso soluzioni prestabilite basate su modelli comuni che consentono agli Stati di evitare sforzi legislativi estesi che potrebbero ritardare l'adattamento e deviazioni dal diritto internazionale. Un tipico esempio è fornito dalle attività di supporto svolte dall'*Advisory Service* del CICR che ha adottato una serie di modelli normativi, particolarmente adatti ai sistemi di common law, tra cui il modello di *Geneva Conventions Act* che include disposizioni per la repressione delle gravi violazioni presenti nelle Convenzioni di Ginevra e nel I Protocollo Aggiuntivo³⁵. In effetti, una serie di legislazioni nazionali, come il *Geneva Conventions Act* della Sierra Leone del 2012³⁶, sono state adottate sulla base di questo progetto di strumento e del supporto fornito dalla Società nazionale della Croce Rossa o Mezzaluna Rossa e dal CICR. Allo stesso modo, per lo Statuto della CPI, si potrebbe fare riferimento alla *Model Law to Implement the Rome Statute of the International Criminal Court*, originariamente sviluppata dal Segretariato del Commonwealth nel 2004 e ulteriormente rivista nel 2011 per riflettere l'esperienza di alcuni Stati, le buone prassi e i successivi sviluppi giuridici³⁷. Diver-

³⁴ Loi No. 2003-025 du 13 juin 2003 modifiant la loi no 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code penal (Niger), 13 giugno 2003, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=0E5120D06CBF4815C1257084002F35E6&action=openDocument&xp_countrySelected=NE&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

³⁵ Per gli esempi di leggi modello elaborate dal CICR, v.: <https://www.icrc.org/en/document/national-implementation-ihl-model-laws>.

³⁶ Geneva Conventions Act (Sierra Leone), 21 giugno 2012, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=D59C2FD8C0BA0225C1257B5E004EF4EB&action=openDocument&xp_countrySelected=SL&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic.

³⁷ Per il testo della Model Law v.: Commonwealth Secretariat, *International Criminal Court (ICC) statute and implementation of the Geneva Conventions*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 37, 2011.

si Stati del *Commonwealth* hanno adottato una legislazione basata su tali premesse, come esemplificato dalla normativa in materia di Samoa o dell'Uganda³⁸. Questo ruolo di sostegno, oltre ad essere svolto da entità intergovernative, come ulteriormente esemplificato dal *Model Law Project on Crimes under the Jurisdiction of the ICC* adottato nell'ambito della Lega Araba dal Consiglio dei ministri della giustizia arabi nel 2005³⁹, può essere svolto anche da specializzate organizzazioni non governative. Questi attori possono infatti promuovere attività di attuazione nazionale con i rilevanti *stakeholders*, quali membri dei Parlamenti e dei Governi, mettendo a disposizione strumenti dedicati a questo scopo, come esemplificato dalla ONG *Parliamentarians for Global Justice* e dalla sua *Model Law/Reference Law to Implement the Rome Statute of the ICC in Domestic Law*⁴⁰.

In terzo luogo, i processi di adattamento tramite riformulazione possono anche facilitare soluzioni di sviluppo progressivo a livello nazionale, andando oltre i parametri internazionali. Un esempio positivo in questo senso è la tendenza ad abbandonare la distinzione tra conflitti armati internazionali e non-internazionali per le condotte criminalizzate a livello interno, secondo la soluzione sperimentata tra l'altro in Uruguay⁴¹ e Slovacchia⁴². Allo stesso modo, la tecnica

³⁸ The International Criminal Court Act (Samoa), 9 novembre 2007, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/4d0a900626fdf435c12573c9004d15f6?openDocument>; Uganda, The International Criminal Court Act, 25/5/2010, [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=758E442C3072C24DC12577B-D00389118&action=openDocument&xp_countrySelected=UG&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state#:~:text=The%20International%20Criminal%20Court%20\(ICC,against%20humanity%2C%20and%20war%20crimes](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=758E442C3072C24DC12577B-D00389118&action=openDocument&xp_countrySelected=UG&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state#:~:text=The%20International%20Criminal%20Court%20(ICC,against%20humanity%2C%20and%20war%20crimes).

³⁹ Decree regarding the Arab Model Law Project on Crimes within ICC Jurisdiction (Lega Araba), n. 598-21d-29/11/2005, https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2019/05/report/decree-regarding-the-arab-model-law-project-on-crimes-within-icc-jurisdiction/ArabLeague_ModellImplementationLaw_29Nov05_en.pdf

⁴⁰ V. <https://www.pgaction.org/resources-for-parliamentarians.html>.

⁴¹ Ley N° 18.026 de Cooperacion con la Corte Penal Internacional en Materia de lucha contra el Genocidio, los Crimenes de Guerra y de Lesa Humanidad (Uruguay), 25 settembre 2006, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=E5D7C2D7B4C6C089C12572D70037E-A98&action=openDocument&xp_countrySelected=UY&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=topic.

⁴² Criminal Code (Slovacchia), 2 luglio 2005, section 435, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=B147ADF-8F289C45AC125733000579F2C&action=openDocument&xp_countrySelected=SK&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

della riformulazione ha permesso agli Stati di ispirarsi al contenuto di rilevanti trattati internazionali nonostante la loro mancata partecipazione. Ad esempio, la legislazione sui crimini internazionali del Ruanda adottata nel 2003 (il cui contenuto è stato confermato nel nuovo codice penale del 2012)⁴³ ha ampiamente beneficiato dell'elenco dei crimini di guerra presenti all'art. 8 dello Statuto della CPI, indipendentemente dal fatto che il Ruanda non sia parte di questo trattato. In modo simile si può menzionare come, tramite questa soluzione, lo Stato può predisporre una repressione penale per condotte, sì vietate dal diritto internazionale umanitario, ma che non rientrano né nel sistema delle infrazioni gravi né nell'elencazione fornita dallo Statuto della CPI. Questo approccio può risultare condivisibile per fornire una repressione di tipo penale rispetto a condotte comunque lesive di valori umanitari e risulta conforme all'impianto delle Convenzioni di Ginevra dove si richiede agli Stati, comunque, di intervenire rispetto alle violazioni della disciplina, distinte dalle infrazioni gravi, anche per il tramite della repressione penale⁴⁴.

È tuttavia possibile individuare una serie di limiti rispetto a questa soluzione. In primo luogo, una riformulazione a livello domestico dei crimini di guerra potrebbe essere problematica nel caso in cui le soluzioni interne non coincidano con il dato normativo internazionale. Un esempio è fornito dalla nozione stessa di conflitto armato, a volte espressamente introdotta nelle legislazioni interne sui crimini di guerra come norma di apertura per determinarne l'applicazione. Definizioni nazionali autonome che si discostano dai parametri internazionali possono indebitamente ridurre o estendere eccessivamente l'ambito di applicazione delle disposizioni sostanziali sui crimini perseguibili a livello interno. Un primo esempio è fornito dalla riforma del 2002 del codice penale militare di guerra dell'Italia, che ha qualificato il conflitto armato all'art. 165 come «il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi

⁴³ Loi n° 33 bis/2003 (Ruanda), 06 settembre 2003 réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=B31D87EC7FC4642E-C1256E3600391BB7&action=openDocument&xp_countrySelected=RW&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state) and Loi organique no 01/2012/OL portant code pénal, 2/5/2012, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=4B44C2AA92A58C14C1257BE1004FA-4E1&action=openDocument&xp_countrySelected=RW&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

⁴⁴ Si vedano gli artt. 49, 50, 129 e 149 rispettivamente delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949; E. LA HAYE, *Article 49*, cit., § 2896.

nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche», una soluzione non in linea con le nozioni comuni di conflitto armato internazionale fornite dal diritto internazionale umanitario. Allo stesso modo, la definizione di “guerra” fornita dalla sezione 459 del codice penale ungherese del 2012 è problematica in quanto questo concetto è espressamente applicato non solo alle nozioni di conflitti armati internazionali e non-internazionali definite dagli articoli comuni 2 e 3 delle Convenzioni di Ginevra, dall'art. 1(4) del I Protocollo Aggiuntivo e dall'art. 1 del II Protocollo Aggiuntivo, ma anche agli stati di emergenza, agli stati di crisi nazionale e al dispiegamento e utilizzo delle forze armate ungheresi all'estero, sollevando dubbi sulla potenziale applicazione delle disposizioni repressive. Parimenti, processi di riformulazione inadeguati potrebbero incidere anche sul contenuto sostanziale delle condotte vietate, come esemplificato dalla sezione 153 del citato codice penale ungherese che individua come bene protetto «*an establishment that is not recognized as a military objective and is therefore not protected by the military*», sovrapponendo così nozioni diverse come obiettivo militare e località non difese⁴⁵.

In secondo luogo, gli sforzi di riformulazione a livello nazionale potrebbero essere parziali e un confronto tra i crimini di guerra prescritti dagli strumenti internazionali e quelli infine inclusi a livello nazionale può consentire di identificare alcune carenze, come esemplificato dalle disposizioni dedicate del codice penale etiope che non contemplano alcune delle condotte previste dall'art. 8 dello Statuto della CPI, come il divieto di esperimenti scientifici e medici ingiustificati, atti di mutilazione fisica, gravidanza e sterilizzazione forzata, o l'uccisione o il ferimento a tradimento di un avversario combattente⁴⁶. Allo stesso modo, le analisi effettuate sulla legislazione di Stati asiatici che prevedono crimini di guerra hanno evidenziato una serie di carenze, con numerose fattispecie previste nello Statuto della CPI che sono omesse nella normativa nazionale di attuazione, come riscontrabile per Cambogia, Corea del Sud, Giappone, Tagikistan, Timor Est⁴⁷. Inoltre, mentre gli Stati usano comunemente i crimini previsti

⁴⁵ R. VARGA, *Challenges*, cit., p. 213.

⁴⁶ Criminal Code (Etiopia), 9 maggio 2004, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=D68B3C-C48F569422C1257677002ADF3A&action=openDocument&xp_countrySelected=ET&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state. V.T. SIMIE METEKIA, *Prosecution of Core Crimes in Ethiopia*, Leiden 2021, p. 348 ss.

⁴⁷ D. BIRKETT, *Twenty Years of the Rome Statute of the International Criminal Court: Appraising the State of National Implementing Legislation in Asia*, in *Chinese Journal of International Law*, 18, 2019, p. 373 ss.

dal sistema delle infrazioni gravi e dall'art. 8 della CPI come parametri di riferimento nel traslare sul piano interno le condotte per le quali si prevederà una repressione, «*they mostly tend to forget about similar obligations contained in other humanitarian law instruments*»⁴⁸, come la Convenzione dell'Aja del 1954, il suo Secondo Protocollo, o la Convenzione di Ottawa, che tuttavia possono trovare attuazione in atti legislativi separati relativi ai processi di ratifica di questi trattati, come esemplificato dalla legge peruviana del 2006 che prevede sanzioni penali per comportamenti vietati dalla Convenzione di Ottawa⁴⁹.

In terzo luogo, la previsione dei crimini di guerra esclusivamente nelle leggi penali militari può trascurare la repressione di questi crimini quando sono commessi da civili o membri di gruppi armati organizzati, visto che queste categorie sono normalmente non ricadenti nel campo applicativo *ratione personae* di questi strumenti penalistici peculiari. In quarto luogo, una serie di opposte critiche sono state proposte anche rispetto alla soluzione volta ad inserire questi reati nel codice penale ordinario, dato, da un lato, il «*risk of normalizing and “devaluing” offences which belong to the most serious crimes of concern to the international community*», ovvero, dall'altro, per il dubbio connesso al ricorso a uno strumento separato, che «*could overtime fall into oblivion*»⁵⁰ in mancanza di un numero significativo di procedimenti e per il suo carattere distinto dal codice penale ordinario, strumento più familiare per gli operatori giuridici nazionali.

Infine, va considerato come estesi processi di riformulazione a livello nazionale, attraverso la redazione di codici separati ad hoc o sezioni speciali del codice penale ordinario o militare, sono possibili solo attraverso un rilevante supporto politico e giuridico in grado di attuare le necessarie riforme. In diverse occasioni gli sforzi di attuazione sono stati favoriti dalle attività propedeutiche svolte dalle Commissioni nazionali di diritto internazionale umanitario composte da rappresentanti dei ministeri competenti, delle Società Nazionali di Croce Rossa o Mezzaluna Rossa ed eventualmente da altri membri della società civile, in grado di rappresentare «*very useful*

⁴⁸ R. VARGA, *Challenges*, cit., p. 210.

⁴⁹ Ley N°28824, Ley que sanciona penalmente conductas prohibidas por la convencion de Otawa sobre la prohibicion del empleo, almacenamiento, produccion y transferencia de Minas Antipersonales (Perù), 10 luglio 2006, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=AB34E9B6829642F9C12572E5002D0913&action=openDocument&xp_countrySelected=PE&xp_topicSelected=GVAL-992BUK&from=state.

⁵⁰ K. DÖRMANN, R. GEIB, *The Implementation*, cit., p. 715 ss.

platforms for making progress and heightening awareness among all those concerned»⁵¹. Ad esempio, è stato compito della Commissione interministeriale belga per il diritto umanitario preparare il progetto per le leggi del 1993 e del 2003 sulle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e le successive proposte di legge per l'adattamento agli emendamenti di Kampala della CPI⁵².

I molteplici Stati ancora privi di un adeguato quadro giuridico interno sono tuttavia un *memento* di come una corretta attuazione dei crimini di guerra a livello nazionale sia ancora una bassa priorità in diversi contesti, «*causing some projects to acquire a sempiterno condition of draft bills*»⁵³, come avvenuto, in America Latina negli scorsi decenni, per i disegni di legge sull'attuazione dello Statuto della CPI presentati in Ecuador, Perù e Bolivia, rispetto ai quali, attualmente, solo l'Ecuador ha finalmente incluso disposizioni sui crimini di guerra nel suo riformulato codice penale del 2014⁵⁴.

4. Osservazioni conclusive

Nonostante i molteplici modelli a disposizione degli Stati per regolamentare il rapporto tra ordinamenti giuridici internazionali e nazionali in merito all'attuazione dei crimini di guerra, la prassi rivela una serie di problematicità, che vanno dalle carenze generali delle tecniche selezionate ad ostacoli interni in grado di compromettere l'effettiva repressione. Mentre gli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione dei crimini di guerra dovrebbero incoraggiare un approccio congruente e proattivo da parte degli Stati, le loro attività in materia appaiono ancora ampiamente insufficienti, a causa della mancanza di una adeguata attenzione politica-legislativa e di alcune carenze strutturali nelle scelte effettuate.

Ad esempio, per quanto riguarda il sistema delle infrazioni gravi, il rifiuto di introdurre alcune minimali attività di monitoraggio su queste specifiche disposizioni, come per gli obblighi di informazio-

⁵¹ ICRC, *Preventing*, cit., p. 42.

⁵² F. CASIER, A. JANSSENS, *Belgium's Interministerial Commission for Humanitarian Law: Playing a key role in the implementation and promotion of IHL*, in *International Review of the Red Cross*, 96, 2014, p. 1085.

⁵³ S. HERENCIA CARRASCO, *Implementation*, cit., p. 468.

⁵⁴ V. in particolare: Código Orgánico Integral Penal (Ecuador), 28 gennaio 2014, artt. 111-139, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=D6FE6928F486E375C1257E58004B3102&action=openDocument&xp_countrySelected=EC&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state.

ne e diffusione delle misure legislative attuate, secondo l'approccio originariamente previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1929, nonché l'assenza di meccanismi di controllo sull'attuazione delle Convenzioni, confermata dalla recente impossibilità persino di accordarsi sulla realizzazione di riunioni volontarie degli Stati parti, hanno facilitato la possibilità per più Stati di ignorare i loro obblighi di legiferare. Allo stesso modo, gli Stati hanno la possibilità di usufruire del carattere più limitato degli obblighi impliciti di criminalizzazione ricavabili nell'ambito della CPI per rinviare o semplicemente ignorare le potenziali riforme penali volte ad uniformare la normativa nazionale alla disciplina sostanziale dello Statuto.

Nondimeno, al fine di favorire l'adattamento interno, possono registrarsi tentativi di sviluppare blande forme di pressione verso gli Stati, come per le periodiche risoluzioni dell'Assemblea degli Stati parti della CPI che sottolineano come «*the proper functioning of the principle of complementarity entails that States incorporate the crimes set out in Articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute as punishable offences under their national laws...and urges States to do so*»⁵⁵, a cui si affianca il *Plan of action for achieving universality and full implementation of the Rome Statute* del 2006 che prevede anche la predisposizione di questionari informativi sulla normativa nazionale di implementazione, senza però significativi scrutini sulle situazioni effettivamente presenti sul piano interno. Un simile riferimento può essere fatto per i *pledges* in materia di attuazione dello Statuto e crimini di guerra predisposti nelle Conferenze Internazionali della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa da parte di Stati o Società nazionali, volti a fornire assistenza per l'attuazione dello Statuto⁵⁶. Tuttavia, il carattere volontario di tali attività e la minima supervisione rispetto alle misure indicate sono degli evidenti limiti per queste attività.

In questo ambito è quindi evidente come, in diversi contesti, molto sia ancora da realizzare per meglio allineare i sistemi di diritto penale nazionale al diritto internazionale. Queste attività non sono solo rilevanti per l'adempimento degli obblighi espliciti e impliciti di criminalizzazione, ma rappresentano l'attività preliminare e fondamentale per consentire agli Stati di perseguire correttamente i crimi-

⁵⁵ Corte Penale Internazionale, *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties*, risoluzione ICC-ASP/20/Res.5 del 9 dicembre 2021, § 137.

⁵⁶ V. <https://rcrcconference.org/pledge/international-criminal-court/> e <https://rcrcconference.org/pledge-report/tipificacion-de-los-crmenes-de-guerra-en-los-ordenamientos-penales-de-los-estados/>.

ni di guerra, consentendo che tali crimini non rimangano impuniti. Come già sostenuto da Pictet commentando il sistema delle infrazioni gravi, «*the provision which we are now considering is one which should be implemented in peacetime without waiting for the above situations [ovvero dei conflitti armati] to arise*»⁵⁷.

⁵⁷ J. PICTET, *Article 49*, in ICRC, *Commentary: First Geneva Convention*, Ginevra 1952, p. 363 ss.

FULVIO MARIA PALOMBINO*, ANTONIO MARICONDA**

La difficile via per perseguire il crimine di aggressione nel conflitto russo-ucraino: sulla proposta di creare un Tribunale speciale***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ratio della proposta: i limiti della giurisdizione della Corte Penale Internazionale. – 3. La creazione di un Tribunale speciale in seno alle Nazioni Unite. – 4. La creazione di un Tribunale speciale mediante un accordo ad hoc stipulato dall'Ucraina. – 5. La ricerca di un'alternativa: la problematica ipotesi delle corti ucraine. – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

Con l'invasione dell'Ucraina, la Federazione Russa ha lanciato una sfida storica al diritto internazionale¹, mettendone alla prova le categorie e «cambiando il mondo»² delle relazioni internazionali. A

* Professore ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Dottorando in Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

*** Il presente contributo è il frutto del confronto e del lavoro congiunto dei due autori. Tuttavia, è da attribuire a Fulvio Maria Palombino il § 1 e sono da attribuire ad Antonio Mariconda i §§ 2, 3, 4, 5 e 6.

¹ Al punto tale che l'invasione russa dell'Ucraina ha stimolato una riflessione profonda sull'effettività del diritto internazionale nel suo complesso, conducendo alcuni autori, non specialisti della materia, a predicare (prematamente) la morte del diritto internazionale come ordinamento giuridico. In questo senso, v. G. RESTA, *Guerra Russia-Ucraina, debolezza e crisi del diritto internazionale*, in *Voci globali*, 2 marzo 2022. GARCIA RUIZ, *L'invasione dell'Ucraina e l'inutilità del diritto internazionale*, in *L'Indro*, 6 marzo 2022. Per quanto riguarda invece il dibattito scientifico vero e proprio sulla tenuta del diritto internazionale davanti alla recente crisi, si vedano A. BULTRINI, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull'invasione dell'Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 2022, I, p. 28 ss.; N. IRTI, *Il silenzio del diritto mentre la guerra infuria*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 marzo 2022, disponibile su www.ilssole24ore.com; G. DELLA MORTE, «La guerra che verrà/non è la prima». *Il diritto internazionale alla prova della crisi ucraina*, in *Corriere della Sera*, 2022, p. 127 ss.

² Il riferimento è al fascicolo 2/2022 di Limes, intitolato *La Russia cambia il mondo*.

distanza oramai di più di un anno dall'inizio del conflitto, le azioni già adottate o solo auspicate a livello internazionale nell'ottica di agevolare la composizione crescono di giorno in giorno. In questo senso devono leggersi le iniziative prese dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite³, dal Consiglio d'Europa⁴ e dall'Unione Europea⁵ e i procedimenti avviati dinanzi agli organi giudiziari internazionali⁶, che stanno isolando progressivamente le autorità del Cremlino al fine di farle desistere dal proseguire la guerra di aggressione.

Anche il diritto internazionale penale non è rimasto inerte dinanzi

³ L'organo delle Nazioni Unite ha infatti adottato diverse risoluzioni in cui ha condannato l'invasione dell'Ucraina e preso diverse decisioni in merito (Risoluzioni AG UN Doc. A/RES/ES-11/1, A/RES/ES-11/2, A/RES/ES-11/3, A/RES/ES-11/4, A/RES/ES-11/5, NU A/RES/ES-11/6), votate nel contesto dell'undicesima sessione speciale convocata dal Consiglio di Sicurezza il 27 febbraio 2022 (CdS, UN Doc. S/RES/2623 (2022)).

⁴ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha infatti prima sospeso la Russia dall'esercizio dei suoi diritti in seno all'Assemblea Parlamentare e poi, il 16 marzo, ha disposto la sua espulsione. Su questa decisione, si vedano A. SACCUCCI, *Le conseguenze dell'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa sui trattati stipulati nell'ambito dell'organizzazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, II, p. 211 ss.; K. MAGLIVERAS, *The Question of Expelling Recalcitrant Member States. The Termination of the Russian Federation's Membership in the Council of Europe*, in *Volkerrechtsblog*, 3 maggio 2022, disponibile su www.volkerrechtsblog.org; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e gli effetti giuridico-istituzionali della guerra in Ucraina sul sistema convenzionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, II, p. 124 ss.

⁵ L'Unione Europea ha infatti emanato diversi pacchetti di sanzioni nei confronti della Russia, in risposta all'invasione dell'Ucraina, v. A. ALÌ, *Dalle misure restrittive dell'Unione europea alla «guerra economica» nei confronti della Russia e della Bielorussia a seguito dell'invasione dell'Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 2022, I, p. 42 ss.; S. SILINGARDI, *Sulla legittimità delle sanzioni unilaterali nei confronti della Russia a seguito dell'aggressione contro l'Ucraina*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, III, p. 795 ss. e R. RUOPPO, *Sanzioni individuali dell'Unione europea nel conflitto russo-ucraino e diritto fondamentali: luci ed ombre all'indomani delle prime pronunce della Corte di giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 1201 ss.

⁶ Basti rimandare all'ordinanza sulle misure cautelari della CIG nel caso *Accuse di genocidio sulla base della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Ucraina c. Federazione Russa)*, ordinanza del 16 marzo 2022, sulla quale sia consentito rimandare a F.M. PALOMBINO, *In difesa del diritto internazionale. L'effettività del diritto internazionale alla prova della crisi ucraina*, Zanichelli, in corso di pubblicazione, p. 93 ss. e alle ordinanze cautelari pronunciate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ai sensi dell'Art. 39 del suo Regolamento nel contenzioso tra Ucraina e Russia, su cui v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Il contenzioso tra Ucraina e Federazione russa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, II, p. 88 ss.

a questa crisi⁷. Infatti, una Camera predibattimentale della Corte penale internazionale ha emanato due mandati d'arresto per crimini di guerra e la Procura generale sta attualmente svolgendo indagini sul campo per presunti crimini di guerra e contro l'umanità⁸. Tuttavia, per quel che concerne il crimine di aggressione, la giurisdizione della Corte Penale Internazionale incontra delle limitazioni. Infatti, la Corte dell'Aia, teoricamente competente a conoscere di tutti i *core crimes*, per una precisa scelta politica degli Stati ha giurisdizione sul crimine di aggressione soltanto al ricorrere di alcune condizioni, che, come si vedrà, non si sono realizzate nel caso dell'invasione russa dell'Ucraina. Ciò ha condotto una serie di autorevoli studiosi, organizzazioni e politici⁹, tra cui lo stesso Presidente ucraino Zelensky, a proporre di dare vita a un Tribunale speciale per la punizione del crimine di aggressione ai danni dell'Ucraina che possa giudicare i presunti responsabili: ossia coloro i quali, trovandosi in una posizione di controllo dell'azione politica o militare della Federazione Russa, abbiano contribuito all'uso illecito della forza armata internazionale ai danni dell'Ucraina. Tuttavia, la proposta desta della perplessità, sia sul piano strettamente tecnico-giuridico sia sul piano simbolico, rischiando di minare l'efficacia dell'azione della Corte Penale Internazionale e la credibilità del diritto internazionale penale nel suo complesso.

⁷ Sul ruolo che il diritto internazionale penale può avere nella crisi ucraina esiste già una cospicua letteratura, cfr. E. CIMIOTTA, *Può la giustizia penale internazionale davvero contribuire alla pace in Ucraina?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 425 ss.; C. MELONI, *Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 2022, I, p. 36 ss.; E.P. REALE, *La giustizia penale di fronte alla guerra*, in *Giustizia insieme*, 14 marzo 2022, disponibile su www.giustiziainsieme.it; M.G. GIAMMARINARO, *Costruire la pace attraverso il diritto. Il ruolo della Corte Penale Internazionale*, in *Giustizia insieme*, 18 marzo 2022, disponibile su www.giustiziainsieme.it; D. DI IORIO, *Guerra Russia-Ucraina: la possibile competenza della Corte Penale Internazionale*, 31 maggio 2022, disponibile su www.unionedirittiumani.it; I. MARTINKUTE, A. KORYNEVYCH, *Accountability for the Crime of Aggression against Ukraine in International Law*, in *ESIL Newsletter*, 2022, disponibile su www.esil-sedi.eu; C. MCDUGALL, *The Imperative of Prosecuting Crimes of Aggression Committed against Ukraine*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2023, p. 1 ss.

⁸ Per l'attività della Corte nel contesto della crisi ucraina, v. <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

⁹ Oltre la letteratura e la prassi citata nel corso dell'articolo, v. Assemblea Parlamentare COE, *Consequences of the Russian Federation's continued aggression against Ukraine: role and response of the Council of Europe*, Resolution 2433 (2022), 27 aprile 2022; OSCE, *Birmingham Declaration and Resolutions*, AS (22) D E, 2-6 luglio 2022, p. 22 ss. e Assemblea Parlamentare NATO, *Standing with Ukraine*, 111 SESP 22 E rev.1 fin, 30 maggio 2022.

Il presente contributo mira ad affrontare i nodi giuridici sottesi alla proposta di creazione di un tribunale speciale per il crimine di aggressione in Ucraina, evidenziandone gli aspetti critici. A tal fine, la seconda sezione sarà dedicata a chiarire perché la Corte Penale Internazionale non ha giurisdizione sul crimine di aggressione commesso in Ucraina, svelando la *ratio* della proposta; la terza e la quarta analizzeranno le differenti proposte di creazione di un tribunale speciale e i loro possibili inconvenienti; la quinta indagherà le possibili alternative a disposizione della Comunità Internazionale e, infine, la sesta concluderà.

2. *La ratio della proposta: i limiti della giurisdizione della Corte Penale Internazionale*

La proposta di creazione di un tribunale speciale scaturisce dall'impossibilità della Corte Penale Internazionale di perseguire il crimine di aggressione nel contesto della crisi russo-ucraina. Occorre dunque anzitutto chiarire perché questo crimine non rientra, in questo caso, nella giurisdizione dei giudici dell'Aia.

La Corte Penale Internazionale, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto di Roma, è competente a conoscere dei quattro principali crimini internazionali (i c.d. *core crimes*): il genocidio (ossia quell'insieme di condotte realizzate con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso), i crimini contro l'umanità (cioè quell'insieme di atti lesivi della dignità umana, o che comunque comportano una grave umiliazione di uno o più esseri umani, commessi nell'ambito di un attacco esteso o sistematico diretto contro la popolazione civile), i crimini di guerra (da intendersi quali gravi violazioni del diritto internazionale umanitario), e l'aggressione¹⁰. Quest'ultimo crimine è tipizzato dall'art. 8-*bis* dello stesso Statuto, che lo definisce come «la pianificazione, la preparazione, l'inizio o l'esecuzione, da parte di una persona in grado di esercitare effettivamente il controllo o di dirigere l'azione politica o militare di uno Stato, di un atto di aggressione che per carattere, gravità e portata costituisce una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite»¹¹. Dal tenore testuale di questa norma si deduce che l'aggressione è un *leadership crime*, che può cioè essere commesso soltanto da chi si trovi in posizioni gerarchiche tali da esercitare un controllo sull'azione politico-militare di uno Stato.

¹⁰ United Nations General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court* (last amended 2010), 17 Luglio 1998, art. 5.

¹¹ *Ibid.*, art. 8-*bis*, 1

Accedendo allo Statuto, lo Stato che ne diviene parte accetta la competenza della Corte per ciascuno di questi crimini. In alternativa, l'art. 12 par. 3 dello stesso Statuto permette agli Stati non parte di depositare una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte in relazione ad uno o più crimini di cui all'art. 5 asseritamente commessi all'interno del proprio territorio. Proprio questa opzione si è rivelata utile nel contesto dell'invasione russa, perché l'Ucraina, quale Stato non parte dello Statuto di Roma, ha depositato due dichiarazioni ex art. 12 par. 3 nell'aprile del 2014 e nel settembre del 2015, a seguito degli incidenti di piazza Maidan e dell'occupazione della penisola di Crimea da parte delle forze filorusse¹².

Queste regole, che definiscono la giurisdizione *ratione materiae* della Corte, devono però essere lette in combinato disposto con quelle relative alla sua giurisdizione *ratione personae* e *ratione loci*¹³. Per delimitare queste ultime, lo Statuto adotta i due criteri della territorialità e della nazionalità attiva: con il primo si intende la possibilità di punire una determinata condotta criminosa allorquando la stessa si verifichi nel territorio di uno Stato parte (o che abbia depositato una dichiarazione ex art. 12 par. 3) con il secondo si intende la punibilità di tutte le condotte criminose poste in essere da individui che possiedono la nazionalità di uno Stato parte (o che abbia depositato una dichiarazione ex art. 12 par. 3), indipendentemente dal luogo in cui esse sono compiute. Ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità e al genocidio possono alternativamente applicarsi entrambi i criteri. Ciò implica che, nel contesto dell'invasione russa, la giurisdizione della Corte per questi crimini copre da un lato i crimini commessi da cittadini russi in territorio ucraino, dal momento che l'Ucraina ha depositato una dichiarazione di accettazione ex art. 12 par. 3 (criterio della territorialità) e dall'altro quelli commessi da cittadini ucraini in territorio russo, dal momento che, pur non essendo la Russia parte dello Statuto, essi hanno la nazionalità di uno Stato che ha accettato la giurisdizione della Corte (criterio della nazionalità attiva)¹⁴.

Pertanto, per questi crimini il Procuratore generale può avviare le

¹² Ambasciata dell'Ucraina nel Regno dei Paesi Bassi, Dichiarazione del 9 aprile 2014 che copre gli atti commessi tra il 21 novembre 2013 ed il 22 febbraio 2014; Ministro degli Affari Esteri dell'Ucraina M. Dmytro Kuleba, Dichiarazione dell'8 settembre 2015, che copre gli atti commessi dal 20 febbraio 2014 in poi.

¹³ Su questi aspetti si vedano, in generale, W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford 2016 e M. VAGIAS, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge 2014.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, R. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Milano 2021.

indagini *motu proprio* a seguito di autorizzazione della Camera pre-dibattimentale, che valuta se ve ne sia un ragionevole fondamento, o su segnalazione di uno o più Stati parte. Proprio questa seconda ipotesi si è verificata nel contesto della crisi russo-ucraina, in cui, a seguito del *referral* da parte di 39 Stati parte, il Procuratore Generale ha avviato le indagini sul territorio dell'Ucraina¹⁵. Come accennato, ciò ha finora condotto a due mandati d'arresto per crimini di guerra, emessi nei confronti del Presidente Russo Vladimir Putin e del Commissario per i diritti del fanciullo presso l'Ufficio del Presidente della Federazione Russa, Maria Alekseyevna Lvova-Belova¹⁶.

Il quadro giuridico è invece diverso per il crimine di aggressione. Infatti, gli Stati Parte dello Statuto, riuniti alla Conferenza straordinaria di revisione di Kampala nel 2010, hanno inserito, all'art. 15 *bis* para 5, la regola secondo cui alla Corte è precluso l'esercizio della propria giurisdizione qualora l'aggressione sia stata commessa da cittadini di Stati non parte o, viceversa, sul territorio e in danno di Stati che non abbiano ratificato lo Statuto di Roma¹⁷. Questa regola limita molto la giurisdizione della Corte, dal momento che i due criteri della territorialità e della nazionalità attiva si applicano in maniera concorrente, e non alternativa come per gli altri crimini¹⁸. Ciò evidentemente non è casuale, dal momento che il crimine di aggressione è quello dal contenuto più intimamente politico, per il quale gli Stati, che ricorrono ancora all'uso della forza nelle loro relazioni internazionali, sono più restii a riconoscere la giurisdizione della Corte¹⁹.

¹⁵ È appena il caso di osservare che al *referral* collettivo del 2 marzo, ne sono poi seguiti ulteriori: l'11 marzo 2022, infatti, Giappone e Macedonia del Nord hanno segnalato la Situazione in Ucraina al Procuratore; il 21 marzo 2022 è stato poi il turno del Montenegro, che ha informato il Procuratore della sua volontà di unirsi agli Stati che già si erano avvalsi del *referral*; da ultimo, il 1° aprile 2022 anche il Cile si è aggiunto al novero degli Stati, raggiungendo così l'impressionante cifra di 43 Stati. Per questi aspetti, si rimanda su <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

¹⁶ Il relativo comunicato stampa è reperibile sul sito della Corte penale internazionale su www.icc-cpi.int. Per un primo commento, cfr. N. RONZITTI, *Il mandato di arresto contro Putin e le tortuose vie del diritto internazionale*, in *Affari internazionali*, 20 marzo 2023, disponibile su www.affarinternazionali.it e S. VASILIEV, *The International Criminal Court goes all-in: What now?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 20 marzo 2023, disponibile su www.ejiltalk.org.

¹⁷ Conferenza Straordinaria di Revisione di Kampala, Risoluzione RC/Res.6, Adottata al 13esimo *plenary meeting* dell'11 giugno 2010.

¹⁸ R. CRYER, D. ROBINSON e S. VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2019, p. 312 ss.

¹⁹ Inoltre, questa regola rappresenta la ragione per cui molti delle Potenze geopolitiche mondiali, come Stati Uniti, Cina, Russia ed Israele, non sono parte dello

Di conseguenza, questo quadro giuridico implica che la Corte Penale Internazionale non abbia giurisdizione sul crimine di aggressione perpetrato dai vertici russi ai danni dell'Ucraina, dal momento che il criterio della nazionalità attiva non è soddisfatto, non essendo la Federazione Russa parte dello Statuto.

Teoricamente, un'alternativa sarebbe rappresentata dal *referral* da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite²⁰, previsto dall'art. 13, lett. b) dello Statuto. L'organo, nell'esercizio dei poteri vincolanti conferitigli dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, potrebbe adottare, indipendentemente dal realizzarsi delle condizioni di giurisdizione *ratione loci* e *ratione personae*, una risoluzione che attivi la giurisdizione della Corte²¹. Tuttavia, è evidente che nell'ambito della crisi ucraina questa ipotesi non sia praticabile, dal momento che la Federazione Russa è un membro permanente del Consiglio di Sicurezza, dotato quindi del diritto di veto, che con ogni probabilità eserciterebbe nel caso di una proposta di risoluzione di tal fatta.

In conclusione, alla luce del quadro giuridico appena descritto, è indubbio che la Corte Penale Internazionale non abbia giurisdizione sul crimine di aggressione nel contesto dell'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa e ciò ha portato diversi autori a formulare delle proposte per la creazione di un tribunale speciale.

3. La creazione di un Tribunale speciale in seno alle Nazioni Unite

Le modalità attraverso cui in passato si è dato vita a tribunali penali *ad hoc* sono diverse. Di conseguenza, fra gli autori che suggeriscono la creazione di un tribunale speciale per il crimine di aggressione in Ucraina non c'è unanimità di vedute circa gli strumenti giuridici da adoperare a questo fine. Da un lato c'è chi auspica la creazione del tribunale mediante un atto di un organo delle Nazioni Unite, dall'altro c'è chi ritiene che sia più adeguato allo scopo un accordo stipulato dall'Ucraina con un'organizzazione internazionale o con altri Stati. Per valutare criticamente queste proposte, occorre quindi analizzarle singolarmente.

Statuto: ratificarlo vorrebbe infatti dire estendere la giurisdizione della Corte anche al crimine di aggressione. Su questi aspetti, sia consentito rinviare a F.M. PALOMBINO, *In difesa del diritto internazionale*, cit., p. 73.

²⁰ United Nations General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (come emendato nel 2010), 17 luglio 1998, Artt. 13, lett. b) e 15-ter.

²¹ Cfr., A. BUFALINI, *I rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza*, Napoli 2018.

Una prima possibilità è la creazione del tribunale da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. È quanto accaduto con il Tribunale Penale per la Ex-Jugoslavia (ICTY) e con il Tribunale Penale per il Ruanda (ICTR), creati attraverso degli atti vincolanti del Consiglio di Sicurezza²². Questa ipotesi avrebbe indubbi vantaggi, dal momento che, avendo il Consiglio di Sicurezza poteri vincolanti, potrebbe superare il limite dell'immunità e vincolerebbe la Federazione Russa a cooperare²³. Tuttavia, sarebbe politicamente impraticabile, dato il diritto di veto della Russia in seno al Consiglio che neutralizzerebbe ogni proposta di questo tipo²⁴.

Per superare questa difficoltà potrebbe farsi ricorso ai poteri riconosciuti all'Assemblea Generale nella risoluzione 377 (*Uniting for Peace*)²⁵. Quest'ultimo atto, com'è noto, stabilisce che, quando il Consiglio di Sicurezza, a causa della mancata unanimità dei membri permanenti, non riesce ad esercitare la sua responsabilità primaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, l'Assemblea Generale affronta la questione e formula le dovute raccomandazioni agli Stati membri delle Nazioni Unite²⁶. A ciò deve aggiungersi che l'Assemblea ha già creato un Tribunale in passato (*UN Administrative Tribunal*)²⁷, la cui legittimità è stata peraltro esplicitamente riconosciuta anche dalla Corte Internazionale di Giustizia²⁸.

Tuttavia, anche questa ipotesi è problematica. Infatti, se è vero che l'Assemblea ha già creato in passato un Tribunale mediante una propria

²² CdS, S/RES/827 (1993)(ICTY) e CdS, S/RES/955(1994)(ICTR).

²³ O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine - a legal assessment*, dicembre 2022, disponibile su www.europarl.europa.eu, pp. 14-16.

²⁴ Inoltre, la legittimità di questi tribunali è stata lungamente discussa in dottrina, Cfr., *ex multis*, P. PALCHETTI, *Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire Tribunali penali internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 413 ss.; A.P. RUBIN, *An International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia?*, in *Pace International Law Review*, 1994, I, p. 7 ss.; J.E. ALVAREZ, *Judging the Security Council*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 1 ss.

²⁵ AG, UN Doc. A/RES/5/377 (*Uniting For Peace*), 3 Novembre 1950.

²⁶ Vale la pena di notare che alcuni autori hanno ritenuto che questa «sostituzione» abbia ormai generato una regola di diritto consuetudinario, data la prassi costante dalla Guerra di Corea in poi. Cfr. N.D. WHITE, *The Relationship between the UNSC and General Assembly in Matters of International Peace and Security*, in M. WELLER (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, pp. 308-313.

²⁷ AG, UN Doc. A/RES/351(IV)A, 24 Novembre 1949 (*Establishment of a United Nations Administrative Tribunal*).

²⁸ CIG, *Efficacia delle Sentenze del Tribunale Amministrativo delle Nazioni Unite*, Parere Consultivo, ICJ Reports 1954, 13 luglio 1954, p. 47 ss., p. 53.

risoluzione, è altresì vero che lo ha fatto, come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia²⁹, nell'esercizio del potere di gestione del personale delle Nazioni Unite attribuitogli esplicitamente dalla Carta, e, soprattutto, con un atto dalla rilevanza meramente interna all'Organizzazione. Ben diverso è un tribunale penale speciale, il cui ruolo sarebbe quello di giudicare individui cittadini di Stati membri dell'Organizzazione. A tal fine, l'Assemblea Generale dovrebbe essere dotata del potere di vincolare gli Stati Membri con riguardo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, di cui notoriamente non dispone³⁰.

Inoltre, l'Assemblea, ai sensi dell'art. 18 para. 2 della Carta delle Nazioni Unite, può adottare risoluzioni sul mantenimento della pace e della sicurezza internazionale soltanto a maggioranza di due terzi dei membri presenti e votanti, condizione che non è affatto scontato che si verifichi nel caso di una proposta di questo genere. Infatti, sebbene la risoluzione di generica condanna dell'invasione russa sia stata adottata ad amplissima maggioranza³¹, quest'ultima si è considerevolmente assottigliata quando si è votato su una risoluzione che, più specificamente, invitava la Russia a farsi carico di tutte le conseguenze giuridiche derivanti dall'invasione³². Da ciò è ragionevole inferire che una eventuale proposta di creazione di un tribunale speciale, con tutte le conseguenze politiche che essa comporta, raccoglierebbe un consenso ancor più risicato, probabilmente anche al di sotto dei due terzi dei presenti e votanti.

Alla luce di quanto detto, sembra che nel contesto della crisi ucraina la creazione di un tribunale speciale in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite rimanga un'ipotesi di difficile realizzazione.

4. *La creazione di un Tribunale speciale mediante un accordo ad hoc stipulato dall'Ucraina*

Le difficoltà descritte nella sezione precedente hanno condotto la maggior parte degli studiosi³³ e dei politici³⁴ che hanno commentato

²⁹ *Ibid.*, p. 61.

³⁰ Principio stabilito dall'art. 11 Carta delle Nazioni Unite e poi ulteriormente confermato da CIG, *Certe Spese delle Nazioni Unite (Articolo 17, paragrafo 2 della Carta)*, Parere Consultivo, ICJ Reports 1962, 20 luglio 1962, p. 151 ss., p. 164.

³¹ È stata infatti adottata con 141 voti favorevoli, 5 contrari e 35 astensioni. Cfr. AG, *Aggression against Ukraine - Verbatim Record, 11th emergency special session: 5th plenary meeting*, UN Doc. A/ES-11/PV.5, 2 March 2022, pp. 14-15.

³² AG, UN Doc. A/RES/ES-11/L.6 (Draft Resolution on Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine) 7 novembre 2022, votata con 94 voti a favore, 14 contro and 73 astensioni.

³³ V. la letteratura citata in questo paragrafo.

la proposta a prediligere la diversa opzione della creazione del tribunale mediante un accordo *ad hoc* stipulato dall'Ucraina.

In questo senso, un primo gruppo di autori ha auspicato la creazione di un Tribunale mediante un accordo tra l'Ucraina e le Nazioni Unite³⁵, prendendo come modello i precedenti di tribunali creati tramite un accordo tra uno Stato ed il Segretario Generale, su mandato o del Consiglio di Sicurezza (Tribunale Speciale per il Libano e Tribunale Speciale per la Sierra Leone³⁶) o dell'Assemblea Generale

³⁴ Presidente dell'Ucraina, *We must create a Special Tribunal on the crime of aggression against Ukraine*, Discorso del Presidente Volodymyr Zelenskyy ai partecipanti del dibattito pubblico «War and Law», svoltosi a Parigi il 5 Ottobre 2022, disponibile su <https://www.president.gov.ua/en/news/mayemo-stvoriti-specialnij-tribunal-shodo-zlochynu-agresiyi-78285>; Presidente dell'Ucraina, *President's Office presented the project of a special tribunal on the crime of aggression against Ukraine to the ambassadors of 30 countries*, 26 Settembre 2022, disponibile su <https://www.president.gov.ua/en/news/v-ofisi-prezidenta-poslam-30-derzhav-prezentovali-proekt-spe-78025>; United Nations, *Law not War: A Special Tribunal for the Crime of Aggression*, side event organizzato a margine della International Law Week alle Nazioni Unite, 25 Ottobre 2022, disponibile su <https://media.un.org/en/asset/k1q/k1qyewjw26>.

³⁵ O. HATHAWAY, *The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part I), An agreement between the United Nations and Ukraine can pave the way*, in *Just Security*, 20 settembre 2022; D. SCHEFFER, *The Case for Creating a Special Tribunal to prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part IV), Information Sharing, Victim participation, Outreach and More*, in *Just Security*, 28 settembre 2022; L.D. JOHNSON, *United Nations Response Options to Russia's Aggression: Opportunities and Rabbit Holes*, in *Just Security*, 1 marzo 2022; J. TRAHAN, *U.N. General Assembly Should Recommend Creation of Crime of Aggression Tribunal For Ukraine: Nuremberg Is Not The Model*, in *Just Security*, 7 marzo 2022; T. DANNENBAUM, *Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression Against Ukraine*, in *Just Security*, 10 marzo 2022; C. McDUGALL, *Prosecuting Putin for his Crime of Aggression Against Ukraine: Part Two*, in *Oxford Human Rights Hub*, 8 marzo 2022. Cfr. anche Lettera del 12 agosto 2022 dei rappresentanti della Lettonia, del Liechtenstein e dell'Ucraina al Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Chair's summary of an event organized by the permanent missions of Latvia and Liechtenstein to the United Nations in June 2022*, riportato in UN General Assembly - UN Security Council, UN Doc. A/ES-11/7 - S/2022/616, 17 agosto 2022, p. 3.

³⁶ CdS, UN Doc. S/RES/1757 (2007) del 30 maggio 2007 e Special Court for Sierra Leone, Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16 gennaio 2002, UNTS, Vol. 1278, no. 38342. Su questi due tribunali, v. C.C. JALLOH (a cura di), *The Sierra Leone Special Court and its Legacy: the impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge 2013 e B. SAUL, *The Special Tribunal for Lebanon and Terrorism as an International Crime: Reflections on the Judicial Function*, in W. SCHABAS et al. (a cura di), *Ashgate Research Companion*, cit., p. 79 ss.

(Camere Speciali per la Cambogia)³⁷. Nel caso dell'Ucraina, essendo preclusa la possibilità di un coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza, si immagina un accordo sotto l'egida dall'Assemblea Generale³⁸. Tuttavia, nell'unico precedente rilevante, rappresentato dalle Camere Speciali per la Cambogia, era lo Stato di nazionalità dei futuri imputati ad aver richiesto di stipulare un accordo con le Nazioni Unite per dar vita al tribunale speciale, derivando i poteri di quest'ultimo dalla giurisdizione domestica e facendosi promotore della sua creazione³⁹. Tale situazione è dunque totalmente diversa da quella della Federazione Russa oggi, il cui consenso alla creazione di un tribunale è da considerarsi altamente improbabile.

Altra parte della dottrina ritiene che la soluzione più adeguata sia la creazione di un tribunale speciale mediante un accordo tra l'Ucraina ed il Consiglio d'Europa⁴⁰. Un modello per questi autori è rappresentato dalla *Extraordinary African Chamber* (EAC), creata mediante un accordo tra il Senegal e l'Unione Africana per perseguire i crimini di Hissène Habré in Ciad⁴¹. Tuttavia, anche in questo caso

³⁷ Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia, Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea, 6 giugno 2003, UNTS, Vol. 2329, no. 41723.

³⁸ H. CORELL, *A Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression - The Role of the U.N. General Assembly*, in *Just Security*, 14 Febbraio 2023, disponibile su <https://www.justsecurity.org/85116/a-special-tribunal-for-ukraine-on-the-crime-of-aggression-the-role-of-the-u-n-general-assembly/> e Proposal for a Resolution by the United Nations General Assembly and Accompanying Proposal for a Statute of a Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression. Ukraine Task Force of the Global Accountability Network. 7 settembre 2022; O.A. HATHAWAY, M. MILLS, H. ZIMMERMAN, *The Legal Authority to Create a Special Tribunal to Try the Crime of Aggression Upon the Request of the UN General Assembly*, in *Just Security*, 5 maggio 2023, disponibile su <https://www.justsecurity.org/86450/the-legal-authority-to-create-a-special-tribunal-to-try-the-crime-of-aggression-upon-the-request-of-the-un-general-assembly/>.

³⁹ Sulle Camere Speciali, cfr. S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (a cura di), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing their Contribution to International Criminal Law*, L'Aia 2016.

⁴⁰ O. OWISO, *An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe*, in *Opinio Juris*, 30 marzo 2022, disponibile su <http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>.

⁴¹ Agreement on the Establishment of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese Judicial System between the Government of the Republic of Senegal and the African Union and the Statute of the Chambers, Annex: Statute of the Extraordinary African Chambers within the courts of Senegal created to prosecute international crimes committed in Chad between 7 June 1982 and 1 Decem-

si riscontrano delle dirimenti differenze tra il contesto da cui è nata l'EAC e la crisi russo-ucraina⁴². Innanzitutto, il Ciad, Stato di nazionalità dei sospettati, non soltanto era parte dell'Unione Africana, ma aveva anche acconsentito alla creazione del tribunale⁴³. Al contrario, da un lato la Russia non è più parte del Consiglio d'Europa e dall'altro, come già visto, il suo consenso non è da considerarsi un'opzione credibile. Inoltre, mentre il trattato istitutivo dell'Unione Africana permette di includere la creazione di un tribunale tra le competenze dell'Organizzazione⁴⁴, quello del Consiglio d'Europa esclude esplicitamente le questioni di sicurezza⁴⁵. Gli studiosi che propugnano questa tesi superano questo ostacolo sostenendo che, essendosi il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa espresso sulla necessità di perseguire i crimini internazionali commessi in Ucraina⁴⁶, sia possibile un'interpretazione ampia dello Statuto, che permetta di includere la lotta contro l'impunità per i crimini internazionali tra le competenze dell'organizzazione⁴⁷. Questa ipotesi però non convince perché il citato atto del Comitato dei Ministri si limita ad esprimere una condanna molto vaga alle azioni della Russia in Ucraina e sembra eccessivo inferirne una conseguenza di questo tipo⁴⁸.

Questo ostacolo si potrebbe superare se l'accordo per la creazione del tribunale fosse stipulato tra l'Ucraina e l'Unione Europea, dal momento che tale potere rientrerebbe indubbiamente nel quadro della politica estera e di sicurezza europea. Infatti, nell'esercizio di questi poteri l'Unione ha già creato la *Kosovo Specialist Chamber*

ber 1990, 22 agosto 2012, disponibile su <https://unterm.un.org/unterm2/en/view/UNHQ/66a7f28c-7de7-4f4c-927c-3495d753b9c9>.

⁴² Per le caratteristiche delle EAC, cfr. E. CIMIOTTA, *The First Step of the Extraordinary African Chambers*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, p. 177.

⁴³ Ministro della Giustizia della Repubblica del Ciad, Lettera dal Gabinetto del Ministro della Giustizia della Repubblica del Ciad al giudice belga incaricato di investigare sui reati ascritti a Hissène Habré, 7 Ottobre 2002.

⁴⁴ Organization of African Unity, Constitutive act of the African Union, Lomé, 11 luglio 2000, Articolo 6 par. 2 ed Articolo 9, 'Powers and Functions of the Assembly'.

⁴⁵ CoE, Statute of the Council of Europe, European Treaty Series - No. 1, 5.V.1949, Londra, 5 maggio 1949, articolo 1(d).

⁴⁶ CoE, Consequences of the aggression of Russian Federation against Ukraine - Accountability for international crimes, Committee of Ministers, 1442nd meeting, CM/Del/Dec(2022)1442/2.3, 14-15 September 2022.

⁴⁷ O. OWISO, *An Aggression Chamber for Ukraine*, cit.

⁴⁸ O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine*, cit., p. 12.

nel contesto della European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX Kosovo)⁴⁹. Tuttavia, questa scelta ridurrebbe considerevolmente il numero di Stati coinvolti e questa circostanza ha portato lo stesso Parlamento Europeo ad escludere implicitamente la proposta, auspicando che essa si realizzi nell'ambito del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite con una più ampia partecipazione⁵⁰. Inoltre, anche in quel caso la *Specialist Chamber* era parte integrante del sistema giudiziario kosovaro, condizione come già visto incompatibile con la crisi russo ucraina⁵¹.

Infine, la proposta che ha trovato il maggior seguito sia in dottrina⁵² che nelle dichiarazioni di carattere politico⁵³, è quella di un accordo tra l'Ucraina ed altri Stati, sul modello dei Tribunali di Norimberga⁵⁴

⁴⁹ Consiglio dell'UE, Council Joint Action 2008/124/CFSP del 4 febbraio 2008 sulla European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea EU, L. 42/92, 16 febbraio 2008.

⁵⁰ Parlamento Europeo, *The fight against impunity for war crimes in Ukraine*, P9 TA(2022)0218 del 19 maggio 2022, §§ 12-13. Sebbene in modo più ampio e generico, per la creazione di un Tribunale Speciale si è espressa anche la Presidente della Commissione Europea; v. Statement by President von der Leyen on the establishment of the International Centre for the Prosecution of Crimes of Aggression against Ukraine, disponibile su https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/statement-president-von-der-leyen-establishment-international-centre_en?s=232.

⁵¹ S. WILLIAMS, *The Specialist Chamber of Kosovo: The Limits of Internationalization?* in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, p. 25 ss.

⁵² S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes*, in *EJIL:Talk! Blog of European Journal of International Law*, 3 marzo 2022, disponibile su www.ejiltalk.org. G. BROWN, D. ARANDE, et AL., *Statement calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine*, 4 marzo 2022, disponibile su <https://www.euointegration.com.ua/files/a/a/aad78ad-combined-statement-and-declaration-1-.pdf>; P. SANDS, *Why we need a new Nuremberg trial to make Putin pay: From Britain's leading expert on crimes against humanity Philippe Sands, a powerful personal plea for the world to hold a tribunal like the one which condemned Hitler's henchmen*, in *Daily Mail*, 4 Marzo 2022, disponibile su <https://www.dailymail.co.uk/news/ukraine/article-10579137/PHILIPPE-SANDS-need-new-Nuremberg-trial-make-Putin-pay.html>; J.H. ANDERSON, *A Nuremberg for Russia's Crime of Aggression?*, *JusticeInfo.net*, 22 aprile 2002, disponibile su <https://www.justiceinfo.net/en/91135-nuremberg-russia-crime-of-aggression.html>; cfr. anche il discorso del Presidente dell'Ucraina Volodymyr Zelenskyy al Consiglio di Sicurezza - Verbatim Record, UN Doc. S/PV.9011, 5 aprile 2022, p. 9.

⁵³ Dichiarazione del Ministro degli Affari Esteri dell'Ucraina Dmytro Kuleba all'incontro del Consiglio di Sicurezza sull'aggressione della Russia contro l'Ucraina del 22 settembre 2022, disponibile su <https://mfa.gov.ua/en/news/statement-minister-foreign-affairs-ukraine-dmytro-kuleba-united-nations-security-council-meeting-russias-aggression-against-ukraine>.

⁵⁴ Allies of World War II, *Berlin Declaration*, 5 giugno 1945.

e Tokyo⁵⁵. Infatti, dal momento che tutti gli Stati sono dotati di giurisdizione sul crimine di aggressione, ciascuno potrebbe partecipare ad un simile accordo⁵⁶. Il motivo del successo di siffatta proposta è che l'analogia con la situazione ucraina è particolarmente calzante: questi due tribunali, infatti, sono gli unici ad aver giudicato sui crimini contro la pace, come sarebbe chiamato a fare il nuovo tribunale speciale.

Tuttavia, anche questa ipotesi resta problematica. Al di là dei problemi che, come si vedrà fra breve, sono comuni a tutte le ipotesi di accordo *ad hoc*, la creazione di un tribunale speciale mediante un accordo fra Stati rappresenterebbe, nell'attuale contesto geopolitico, un precedente molto pericoloso. Infatti, gli Stati potrebbero reagire, in futuro, mediante la creazione di tribunali *ad hoc* in ogni occasione in cui questo possa giovare al proprio posizionamento nelle relazioni internazionali, di fatto svuotando di ogni autorità le Nazioni Unite e la Corte Penale Internazionale e riducendo il diritto internazionale penale a mero strumento politico. In questo senso, si pensi alle aggressioni illegittime contro l'Iraq e la Jugoslavia da parte di molti Stati del blocco occidentale, per i quali la Federazione Russa potrebbe decidere di creare un proprio tribunale speciale, peraltro inaspredendo le posizioni a conflitto in corso⁵⁷.

Al di là delle incertezze che caratterizzano le singole proposte, le ipotesi di creazione di un tribunale *ad hoc* tramite un accordo stipulato dall'Ucraina hanno alcuni problemi comuni di carattere tecnico-giuridico, pratico e simbolico che vale la pena di evidenziare.

Per quel che riguarda l'aspetto strettamente giuridico, il primo problema che si pone è quello del regime delle immunità personali⁵⁸. Infatti, per poter essere imputato di un crimine di aggressione, un individuo deve «avere il controllo o dirigere l'azione politica e militare di uno Stato» ed è molto probabile, dunque, che chi sia in una tale posizione ricopra ruoli pubblici che implicano le immunità personali⁵⁹ e, essendo l'attacco militare un atto pubblico, anche quelle funzionali⁶⁰. Gli autori che avanzano queste proposte tentano di superare questo ostacolo sostenendo l'esistenza di un'eccezione alle immunità

⁵⁵ U.S. Joint Chiefs of Staff, *Instruments of Japanese Surrender*, 2 settembre 1945.

⁵⁶ S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine*, cit.

⁵⁷ O. CORTEN e V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine*, cit., pp. 36-37.

⁵⁸ G. MINERVINI, *Considerazioni Critiche sulla responsabilità da comando del Presidente Putin*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2022, p. 1132.

⁵⁹ Cfr., M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, Torino 2010.

⁶⁰ Sia consentito rinviare a F.M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Roma-Bari 2021, p. 35 ss.

personali davanti ai tribunali internazionali, che quindi consentirebbe a questi ultimi di esercitare la propria giurisdizione⁶¹. Questa argomentazione troverebbe riscontro nella sentenza nel caso *Affare del Mandato d'Arresto dell'11 aprile 2000* della Corte Internazionale di Giustizia, in cui si afferma che figure coperte da immunità personali possono comunque essere soggette a procedimenti davanti ad alcuni tribunali penali internazionali e si citano come esempi l'ICTY, l'ICTR e la Corte penale internazionale⁶². Ed in effetti non può negarsi che, sin dagli albori del diritto internazionale penale, esista una prassi di diniego delle immunità personali di Capi di Stato o organi apicali degli Stati davanti a tribunali internazionali⁶³. D'altra parte, però, bisogna notare che in ognuno dei casi in cui ciò è accaduto vi era in qualche modo un consenso, espresso o implicito, dello Stato inte-

⁶¹ V. per tutti, A. REISINGER CORACINI, J. TRAHAN, *Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI): On the Non-Applicability of Personal Immunities*, in *Just Security*, 5 maggio 2023 e M. SCHARF, P.R. WILLIAMS, Y. DUTTON, M. STERIO, *The United States' Proposal on Prosecuting Russians for the Crime of Aggression Against Ukraine is a Step in the Right Direction*, in *Just Security*, 6 aprile 2023.

⁶² CIG, *Affare del Mandato d'Arresto dell'11 aprile 2000 (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio)*, Sentenza, ICJ Reports 2002, 14 February 2002, p. 25 ss., par. 61. Sebbene la pronuncia della Corte sia sul punto piuttosto oscura, non chiarendo se la presunta eccezione intenda operare per le immunità personali o per quelle funzionali. Sulla sentenza, v., *ex multis*, B. STERN., *Les dits et le non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique*, in *International Law FORUM du droit international*, 2002, p. 104 ss.

⁶³ In questo senso, deve osservarsi innanzitutto come i trattati istitutivi di questi tribunali escludano le immunità, sia funzionali che personali: MacArthur, General of the US Army, Supreme Commander for the Allied Powers, Special proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 gennaio 1946, articolo 6; Special Court for Sierra Leone, Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone, art. 6 par. 2; Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia, Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia, art. 29 par. 2; Agreement on the Establishment of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese Judicial System between the Government of the Republic of Senegal and the African Union, art. 10 par. 3; Assembly of Republic of Kosovo, Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, 3 agosto 2015, art. 16 par. 1(b). Inoltre, in alcuni casi i tribunali hanno negato esplicitamente ogni forma di immunità nella loro giurisprudenza, cfr. Tribunale Speciale per la Sierra Leone, *Il Procuratore c. Charles Taylor*, Decisione sull'Immunità dalla Giurisdizione, Camera d'Appello, caso No. SCSL-2003-01-I, 31 maggio 2004, pp. 18-25, §§37-54 e International Criminal Court, *Il Procuratore c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Camera d'Appello, caso No ICC-02/05-01/09 OA2, 6 maggio 2019, p. 58, § 113.

ressato ad invocare le immunità⁶⁴. Questo aspetto è stato sottolineato anche dalla Commissione del Diritto Internazionale, la quale ha chiarito che il consenso dello Stato interessato rimane centrale per negare l'immunità a coloro i quali ne abbiano titolo secondo il diritto internazionale⁶⁵. Nel caso della crisi ucraina sembra improbabile che la Federazione Russa possa acconsentire alla rinuncia alle immunità personali delle sue più alte cariche pubbliche e ciò rende pienamente operante la norma sulle immunità. In altre parole, l'invocazione della già di per sé problematica eccezione alla regola sulle immunità davanti ai tribunali internazionali sembra essere resa ancor più ardua dalla circostanza che lo Stato interessato non presterebbe il proprio consenso.

Inoltre, anche volendo immaginare il realizzarsi di un tale scenario, non è affatto pacifico che un tribunale speciale creato mediante un accordo stipulato dall'Ucraina possa essere qualificato come «internazionale». Infatti, se in passato alcune Corti create o tramite accordo fra Stati o fra uno Stato e le Nazioni Unite si sono qualificate come internazionali, definendosi espressione del «volere dell'intera comunità internazionale»⁶⁶, sembra problematico mutuare questo argomento ad un eventuale tribunale speciale per il crimine di aggressione nel contesto russo-ucraino. I poteri di quest'ultimo sarebbero infatti fondati sulla giurisdizione interna ucraina, esercitata sì cooperando con altri Stati o con organizzazioni internazionali, ma pur sempre di promanazione interna. Pertanto, anche ammettendo l'esistenza di un'eccezione generale all'immunità davanti ai tribunali internazionali, è dubbio che un tribunale speciale nato mediante un accordo possa considerarsi pacificamente tale⁶⁷.

⁶⁴ La prassi dimostra, salvo rare eccezioni, che in ognuno dei casi in cui l'immunità è stata negata vi era all'origine o un consenso da parte dello Stato interessato o un atto vincolante del Consiglio di Sicurezza. Per questa prassi, v. O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine*, cit., pp. 26-27.

⁶⁵ Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, Immunità delle cariche dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, Draft Articles adottati dal Drafting Committee in prima lettura con commentario, 73esima sessione, A/CN.4/L.969, 31 maggio 2022, p. 1; Report della Commissione del Diritto Internazionale, 73esima e 77esima sessione, Supplemento No. 10, A/77/10, 18 Aprile - 3 giugno and 4 luglio-5 agosto 2022, p. 203, commentario all'articolo 1, par. 26.

⁶⁶ Corte Penale Internazionale, *Il Procuratore c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, para 115 e Tribunale Speciale per la Sierra Leone, *Il Procuratore c. Charles Taylor*, pp. 19-20, §§ 38-40.

⁶⁷ O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine*, cit. p. 28; per la soluzione positiva, v. A. REISINGER CORACINI, J. TRAHAN, *Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI)*, cit.

Una questione connessa è quella dell'obbligo di cooperazione: se il tribunale venisse creato tramite un accordo stipulato dall'Ucraina, la Federazione Russa sarebbe uno Stato terzo rispetto ad esso, come tale quindi non obbligato a cooperare⁶⁸. Ciò si tradurrebbe nell'impossibilità di celebrare un processo alla presenza degli imputati, quindi *in absentia*, le cui pronunce rimarrebbero probabilmente lettera morta, restituendo una immagine di impotenza del diritto internazionale penale.

Alla luce di quanto detto, le proposte di creazione di un tribunale speciale per l'Ucraina non convincono anzitutto per ragioni di carattere giuridico. Ad esse si aggiungono però motivazioni di carattere pratico e simbolico. Per quel che riguarda la prime, deve osservarsi che la creazione di un tribunale speciale è un'operazione complessa e costosa, che, contrariamente a quanto auspicato dal Presidente Zelensky, è inverosimile che si compia in pochi mesi; al di là dei contributi finanziari da ripartire, infatti, un ostacolo che sembra particolarmente difficile da sormontare è quello di una definizione condivisa di aggressione, che potrebbe bloccare i negoziati in uno stallo⁶⁹.

Infine, per quel che riguarda l'aspetto simbolico, dare vita a un tribunale modellato sui precedenti storici segnerebbe il ritorno a un modello di giustizia penale internazionale «selettiva»⁷⁰, perché all'evidenza ad essere perseguito sarebbe solo ed esclusivamente il crimine di aggressione commesso dalla Russia contro l'Ucraina, e le responsabilità individuali ad esso connesse. Ciò porterebbe ad un tribunale all'origine delegittimato dal comportamento incoerente degli Stati che lo creano. Infatti, come abbiamo visto, gli Stati contraenti dello Statuto di Roma hanno inteso limitare molto la giurisdizione della Corte rispetto al crimine di aggressione rispetto agli altri crimini e gran parte delle Potenze mondiali non sono parti della Statuto proprio per sottrarsi ad un'eventuale prosecuzione del crimine. Creare un tribunale *ad hoc* per perseguire i vertici russi vorrebbe dunque dire usare due pesi e due misure, limitando per sé la possibilità di perseguire il crimine di aggressione e dilatandolo radicalmente per la Federazione Russa. Ciò, di riflesso, sconfesserebbe il lungo e fatico-

⁶⁸ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS, Vol. 1155, 23 May 1969, art. 34.

⁶⁹ Su questi aspetti, sia consentito rinviare a F.M. PALOMBINO, *In difesa del diritto internazionale. L'effettività del diritto internazionale alla prova della crisi ucraina*, Zanichelli, in corso di pubblicazione, p. 80.

⁷⁰ L.M. OCAMPO, *Ending Selective Justice for the International Crime of Aggression*, in *Just Security*, 31 gennaio 2023.

so processo di istituzionalizzazione del diritto internazionale penale e delegittimerebbe le istituzioni che ne sono espressione, *in primis* la Corte Penale Internazionale⁷¹.

In conclusione, a meno di forzare le categorie del diritto internazionale, le proposte di creazione di un Tribunale Speciale incontrano degli ostacoli difficili da superare. Inoltre, anche ammessa la possibilità giuridica di una tale operazione, è discutibile anche la sua auspicabilità in termini di visione complessiva. Infatti, come appena visto, il diritto internazionale penale uscirebbe indubbiamente più debole, frammentato e delegittimato dal ritorno ad una giustizia penale internazionale *à la carte*⁷². È quindi legittimo interrogarsi sulle alternative che esistono per perseguire i crimini di aggressione perpetrati ai danni dell'Ucraina.

5. *La ricerca di un'alternativa: la problematica ipotesi delle corti ucraine*

Alla luce dei problemi sopra evidenziati, alcuni autori hanno sottolineato il ruolo che le Corti interne ucraine potrebbero avere nella repressione dei crimini internazionali asseritamente perpetrati durante l'aggressione russa⁷³. Con specifico riferimento al crimine di aggressione, l'art. 437 del Codice Penale Ucraino criminalizza la «Pianificazione, preparazione e conduzione di una guerra di aggressione» e che ciò permetterebbe di soddisfare le esigenze di legalità.

⁷¹ *Ibid.*, p. 79.

⁷² Per riprendere l'efficace immagine coniata in contesto diverso da P. Fois, *Il parere della CIG sull'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale «à la carte»*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, IV, p. 1131.

⁷³ G. NURIDZHANIAN, *Prosecuting war crimes: are Ukrainian courts fit to do it?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 11 agosto 2022, disponibile su www.ejiltalk.org; I. MARCHUK, *Domestic Accountability Efforts in Response to the Russia-Ukraine War: An Appraisal of the First War Crimes Trials in Ukraine*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, p. 787 ss. Sulla possibilità di creare un tribunale ibrido integrato nel sistema giudiziario ucraino, v. anche la posizione del governo della Gran Bretagna, espressa in *UK joins core group dedicated to achieving accountability for Russia's aggression against Ukraine*, disponibile su <https://www.gov.uk/government/news/ukraine-uk-joins-core-group-dedicated-to-achieving-accountability-for-russias-aggression-against-ukraine> e della Germania, espressa in *Strengthening International Law in Times of Crisis* - Rede von Außenministerin Annalena Baerbock in Den Haag, disponibile al link <https://www.auswaertiges-amt.de/de/newsroom/strengthening-international-law-in-times-of-crisis/2573384>; *contra*, v. J. TRAHAN, *Why a "Hybrid" Ukrainian Tribunal on the Crime of Aggression Is Not the Answer*, in *Just Security*, 6 febbraio 2023.

Inoltre, tenuto conto dei principi dell'universalità della giurisdizione per i crimini internazionali e della complementarità delle Corti internazionali a quelle interne, una scelta di tal fatta sarebbe pienamente coerente con l'attuale architettura del diritto internazionale penale⁷⁴.

Sulla base di queste premesse, le corti ucraine hanno già celebrato e concluso dei processi per crimini di guerra e non è escluso che ad essi seguano ulteriori condanne per altri crimini⁷⁵. A questa attività si è aggiunta quella di alcuni paesi terzi al conflitto, che si sono adoperati per indagare sul campo e perseguire, coadiuvati dalla Procura della Corte Penale Internazionale, i crimini commessi da membri dell'esercito russo⁷⁶.

Ebbene, per quanto queste attività possano essere utili a prevenire l'impunità per i crimini internazionali, la celebrazione di processi per il crimine di aggressione davanti ai tribunali ucraini è tutt'altro che priva di ostacoli.

Innanzitutto, si pongono dei problemi di imparzialità ed indipendenza della magistratura ucraina. Com'è stato sottolineato in dottrina, infatti, i processi già celebrati nei confronti di soldati russi hanno palesato alcuni sbilanciamenti del sistema giudiziario domestico, che hanno condotto a condanne sproporzionate⁷⁷. A ciò deve aggiungersi che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha censurato alcuni aspetti delle interazioni tra la Presidenza ucraina e il potere giudiziario⁷⁸ e che le autorità ucraine hanno fatto trasparire di intendere indagare solo i crimini russi, tralasciando per il momento quelli eventualmente commessi dalle forze ucraine⁷⁹. Al riguardo, infatti, la Procuratrice

⁷⁴ B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto Internazionale*, Napoli 2021, p. 230.

⁷⁵ Per un aggiornamento continuo sui processi celebrati in Ucraina per i crimini commessi nel contesto del conflitto è possibile consultare il sito *Justice Info*, disponibile su <https://www.justiceinfo.net/en/109654-map-of-war-crimes-trials-in-ukraine.html>.

⁷⁶ Si veda, ad esempio, la creazione nel quadro della Convenzione di Mutua Assistenza del 2000 del Joint Investigation Team (JIT), nato dalla cooperazione dell'Ucraina con Lituania e Polonia, v. <https://www.eurojust.europa.eu/news/icc-participates-joint-investigation-team-supported-eurojust-alleged-core-international-crimes>. A questi paesi, si sono poi aggiunte l'Estonia, la Lettonia e la Slovacchia, v. <https://www.eurojust.europa.eu/news/estonia-latvia-and-slovakia-become-members-joint-investigation-team-alleged-core-international>.

⁷⁷ K. AMBOS, *Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 10 giugno 2022, disponibile su www.ejiltalk.org.

⁷⁸ *Pethukov c. Ucraina*, ricorso no. 41216/13, sentenza del 12 marzo 2019, § 169 ss.

⁷⁹ Alcune violazioni dei diritti umani nei territori controllati dall'Ucraina sono state documentate in un report dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Di-

Generale ucraina ha dichiarato che, pur essendo necessario indagare gli eventuali crimini ucraini, ci si concentrerà su di essi soltanto dopo la guerra, procedendo invece immediatamente per i soli crimini russi⁸⁰. Sembra dunque che, in un'ottica di ossequioso rispetto della *Rule of Law*, il sistema domestico ucraino mostri ancora delle falle.

A questo problema si aggiunge quello relativo al regime delle immunità. Come già accennato con riferimento ai tribunali internazionali, le figure di vertice russe, suscettibili di essere incriminate per l'aggressione all'Ucraina, sono coperte sia da immunità funzionali che da immunità personali, che impedirebbero la repressione di tali crimini tramite il sistema giudiziario domestico.

Al riguardo è stato notato che esisterebbe, nel diritto internazionale, un'eccezione all'immunità per i crimini internazionali davanti alle corti interne che permetterebbe a queste ultime di perseguire individui coperti da immunità. Per sostenere questa tesi si fa spesso riferimento ai recentissimi lavori della Commissione del diritto internazionale sul tema, che nel progetto di articolo n. 7 affermano che l'immunità funzionale non opera in casi di «(a) crimine di genocidio; (b) crimini contro l'umanità; (c) crimini di guerra; (d) crimine di apartheid; (e) tortura; (f) sparizioni forzate»⁸¹ e alla risoluzione dell'*Institut de droit international*, in cui si ritiene applicabile l'eccezione a tutti i crimini internazionali⁸². Tuttavia, una serie di circostanze impedisce di considerare questa tesi come risolutiva nel contesto dell'aggressione russa all'Ucraina. La prima è che, per quel che riguarda i lavori della Commissione, il principio inserito nel testo provvisorio è stato severamente criticato da moltissimi Stati, i quali hanno contestato che non esiste nessuna tendenza del diritto internazionale che confermi

ritti Umani, cfr. UN OHCHR, *Update on the human rights situation in Ukraine* del 24 marzo 2023 riguardante il periodo 1 agosto 2022-31 gennaio 2023, p. 26 ss.; sono invece state documentate alcune gravi violazioni del diritto umanitario ad opera delle forze ucraine in UN OHCHR, *Treatment of Prisoners of War and Persons Hors de Combat in the context of the armed attack by the Russian Federation against Ukraine* del 24 marzo 2023, riguardante il periodo 24 febbraio 2022-23 febbraio 2023, p. 25 ss.

⁸⁰ World Stage: Ukraine with Ukraine Prosecutor General Iryna Venediktova, *Washington Post*, 23 maggio 2022, disponibile su <https://www.washingtonpost.com/washington-post-live/2022/05/23/transcript-world-stage-ukraine-with-ukraine-prosecutor-general-iryna-venediktova/>.

⁸¹ Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, *Immunità delle cariche dello Stato dalla giurisdizione penale straniera*, cit., p. 2.

⁸² *Institut de droit international, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of persons Who Act on behalf of the State in case of International Crimes*, Napoli Session, 2009, Articolo III, §§ 1-2.

questa eccezione, mancando una prassi che la corrobora⁸³. La seconda è che, anche ammettendo la corrispondenza al diritto consuetudinario di questa eccezione, essa non intende operare per il crimine di aggressione, escluso dalla lista del progetto di articolo n. 7. Peraltro, l'esclusione non è frutto del caso, avendo la Commissione precisato che essa è dovuta alla «particolare dimensione politica di questo tipo di crimine» in quanto *leadership crime*⁸⁴, che si è tradotta nei limiti alla giurisdizione descritti nel corso del contributo. Infine, è cruciale sottolineare come, sia nei *Draft articles* ad opera della Commissione⁸⁵ che nel report dell'*Institut*⁸⁶, l'eccezione alla regola sull'immunità non intenda operare per le immunità personali dei capi di Stato e di Governo e dei ministri degli esteri, ma soltanto per quelle funzionali⁸⁷. In questo senso si è pronunciata anche la Corte Internazionale di Giustizia nel caso del *Mandato d'Arresto*, affermando molto chiaramente che la prassi non autorizza ad inferire una regola consuetudinaria che escluda le immunità personali dei ministri degli esteri⁸⁸. Ciò implica che, anche ammettendo l'eccezione rispetto alle immunità funzionali, tutti gli organi russi coperti da immunità personali, incluso Putin, non sarebbero processabili davanti alle Corti ucraine.

Alla luce di quanto ora visto, pur rappresentando la repressione dei crimini davanti a Corti interne un'alternativa generalmente valida alle Corti internazionali, essa non può essere la via per perseguire il

⁸³ Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, Provisional summary record del 3378esimo incontro, UN Doc. A/CN.4/SR.3378, 18 agosto 2017, pp. 9-13. United Nations General Assembly, International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-ninth session (2017) - Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-second session, prepared by the Secretariat, UN Doc. A/CN.4/713, 26 February 2018, pp. 10-11, §§ 29-37. Cfr. anche S.D. MURPHY, *Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?*, in *AJIL Unbound*, 2018, p. 4 ss.

⁸⁴ United Nations, Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, UN Doc. A/72/10, 1 May - 2 June and 3 July - 4 August 2017, pp. 185-186, commentario all'art. 7, par. 18.

⁸⁵ Commissione del Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, Immunità delle cariche dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, p. 2, draft articles 3 e 4 par. 1.

⁸⁶ Institut de droit international, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of persons Who Act on behalf of the State in case of International Crimes*, art. III, § 1-2

⁸⁷ R. NIGRO, *Le immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi organi e l'evoluzione della sovranità nel diritto internazionale*, Milano 2018, p. 175 ss e R. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (Immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VII, Milano 2014, p. 735 ss.

⁸⁸ *Affare del Mandato d'Arresto*, cit., § 58.

crimine di aggressione perpetrato in Ucraina. Infatti, se è vero che supererebbe i problemi sistemici che pone la creazione di un tribunale *ad hoc*, inserendosi nella logica del diritto internazionale penale esistente fondato sui principi di sussidiarietà e di universalità della giurisdizione, è altresì vero che troverebbe un ostacolo insuperabile nelle immunità personali delle figure di vertice russe.

6. Conclusione

Alla luce di quanto detto, è evidente che la possibilità di perseguire il crimine di aggressione di coloro i quali «hanno il controllo di un apparato politico o militare statale» sia, nell'ordinamento internazionale, piuttosto limitata. Ciò risponde ad una precisa volontà politica degli Stati, in ossequio alla quale si sono definiti i contorni della giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Questa architettura si è tradotta inevitabilmente in difficoltà insormontabili nella repressione del crimine di aggressione nel contesto della crisi ucraina, spingendo alcuni autori a paventare la creazione di un apposito tribunale speciale. Tuttavia, come si è cercato di dimostrare nel corso del contributo, quest'ipotesi genererebbe più problemi di quanti ne risolverebbe, traducendosi in un possibile arretramento e in una probabile delegittimazione del diritto internazionale penale.

In questo senso, è necessario prendere atto che tale caratterizzazione del crimine di aggressione nell'ordinamento internazionale è espressione di una consolidata visione comune degli Stati e che soltanto il mutamento di quest'ultima, sostanziandosi in un nuovo progetto coerente ed organico, potrebbe cambiarla⁸⁹. Ciò dovrebbe portare a una riflessione prospettica, e cioè evidenziare l'esigenza che lo Statuto di Roma venga nuovamente rivisto in modo tale da rendere effettiva la giurisdizione della Corte anche rispetto a questo crimine. L'eventuale creazione di un tribunale speciale restituirebbe invece l'idea che di una modifica del genere non vi sia bisogno e offrirebbe agli Stati un argomento efficace per rimanere inerti e prediligere, opportunisticamente, l'istituzione di un tribunale *ad hoc* ogniquale volta ve ne sia bisogno; e soprattutto ogniquale volta la presunta responsabilità per la commissione di quel crimine non sia la propria.

⁸⁹ L.M. OCAMPO, *A Pragmatic Legal Approach to End Russia's Aggression*, in *Just Security*, 23 febbraio 2023.

SEZIONE QUARTA

Conflitti armati, condotta delle ostilità
e tutela dei diritti umani

GIUSEPPE NESI*

Personnes disparues et disparitions forcées dans le conflit en Ukraine: de la responsabilité de l'État à la responsabilité individuelle

TABLE DES MATIÈRES: 1. Introduction. – 2. Énoncés définitoires. – 3. Disparitions forcées et conflits armés. – 4. L'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine. – 5. La responsabilité de l'État dans les systèmes de contrôle et surveillance. – 6. Questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées. – 7. Le rôle des commissions d'enquête. – 8. Remarques finales : les États et les individus ne peuvent pas échapper leur responsabilité dans les cas de disparitions forcées dans les conflits armés même en absence de ratification de la Convention de 2007.

1. *Introduction*

Dans cet article, qui est un petit hommage à mon cher ami et collègue Edoardo Greppi, je développerais quelques brèves réflexions que j'ai présentées au cours d'une rencontre à Paris au mois d'octobre 2022, à l'occasion de la célébration du trentième anniversaire de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Comme on le sait, la protection internationale des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal ont toujours été au centre des intérêts scientifiques de Dado, en reflétant sa grande humanité.

Parmi les autres conséquences de l'agression de la Fédération de Russie à l'Ukraine depuis le 24 février 2022, beaucoup de personnes ont disparues en Ukraine. Je me focaliserai premièrement sur les aspects juridiquement significatifs du crime de disparition forcée lors de conflits armés, et sur les informations disponibles à propos des disparitions forcées après l'agression de la Russie, même si des cas de disparitions forcées, surtout dans les régions des Donetsk et de

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Trento.

Louhansk et en Crimée, ont eu lieu dès 2014, en coïncidence avec l'occupation de la Crimée et la diffusion de l'état de tension dans les régions citées¹. En raison de l'adhésion de la seule Ukraine dès le 14 août 2015, et non pas de la Fédération de Russie ni de la Biélorussie – un État qui semble avoir aussi joué un rôle dans les disparitions forcées au cours du conflit – à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007, je soulignerai l'asymétrie – du point de vue juridique – entre l'Ukraine d'un côté et les deux autres États, et comment établir la responsabilité des États et punir, quand cela sera possible, les individus responsables de cet horrible crime.

Plus spécifiquement, dans les pages qui suivent, après quelques considérations de type définitoire dans la matière (paras. 2 et 3), je soulignerai l'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine (para. 4) et la responsabilité de l'État dans le système de contrôle et surveillance (para. 5), avant de me pencher sur la responsabilité de l'individu et la criminalisation de la conduite (para. 6) et sur le rôle des commissions d'enquête (para. 7). Je peux anticiper qu'à mon avis l'asymétrie dont j'ai à peine parlé n'empêche pas de créer les conditions permettant la détermination de la responsabilité tant au niveau de l'État qu'au niveau individuel (para. 8).

2. Énoncés définitoires

Il faut d'abord préciser que «personnes portées disparues»² est une notion différente de celle de «personnes victimes de disparitions forcées»³. Ces dernières font toutes parties de la catégorie des per-

¹ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*. Visite en Ukraine, 9-27 septembre 2019, A/HRC/42/40/Add.2. La visite dont parle le rapport a eu lieu au mois de juin de 2018.

² ICRC, *Missing persons and their families* (31 décembre 2015) <https://www.icrc.org/en/document/missing-persons-and-their-families-factsheet>, p. 1. Bien qu'il n'existe pas de définition juridique de la «personne portée disparue» en droit international, selon le CICR, «on entend (...) une personne dont la famille ignore le lieu où elle se trouve, ou qui, selon des informations fiables, a été portée disparue au regard de la législation nationale, en rapport avec un conflit armé international ou non international, une situation de violence interne ou de troubles intérieurs, une catastrophe naturelle ou toute autre situation qui pourrait exiger l'intervention d'une instance étatique compétente».

³ En revanche, la définition de la «disparition forcée» est reprise dans un certain nombre d'instruments conventionnels et d'autres instruments (Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 1992, Préambule,

sonnes disparues. Toutefois, la cause de la disparition d'un individu peut être différente par rapport à la disparition forcée au sens strict (*stricto sensu*). Les personnes en effet peuvent disparaître à cause de conflits armés, de violations de droits de l'homme, de catastrophes naturelles et de phénomènes migratoires⁴.

Selon l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007,

«... on entend par «disparition forcée» l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi».

En essayant d'indiquer, avec précision mais très brièvement, les éléments constitutifs (les caractères distinctifs) du crime de disparition forcée on peut dire qu'il s'agit des cas dans lesquels la privation de la liberté de l'individu est liée, directement ou indirectement, à une activité de l'État. En plus, il y a la dissimulation du sort ou du lieu où la victime se trouve et, enfin, cette dernière est soustraite à la protection de la loi et est placée dans une sorte de limbe juridique.

Il faut toutefois signaler toute d'abord que la définition de disparition forcée n'est pas uniforme avec référence surtout aux responsables de la commission du crime et au rôle des États. Par exemple, selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, même les acteurs non étatiques peuvent être considérés responsables du crime de disparition forcée (article 7, par. 2-i). Selon l'article 3 de la Convention contre les disparitions forcées de 2007 certains actes qui portent à la disparition forcée peuvent être commis par des individus et par des groupes de personnes qui n'agissent pas avec l'acquiescement ou la tolérance ou le soutien d'un État; toutefois, dans ces cas, l'État a l'obligation d'investiguer et de punir les responsables, comme a été

§ 3; Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes de 1994, art. II; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 7(2)(i); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2007, art. 2). Sur le phénomène des disparitions forcées et sur la Convention de 2007 on ne peut que renvoyer à T. SCOVAZZI ET G. CITRONI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden-Boston 2007.

⁴ ICMP, *Who are The Missing?*, <https://www.icmp.int/the-missing/who-are-the-missing/>.

réitéré récemment par le Comité contre les disparitions forcées, dans une déclaration au sujet de « disparitions forcées et acteurs non étatiques »⁵. Enfin, depuis 2019, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a documenté des cas qui ont été définis comme « enlèvements assimilables à des disparitions forcées commis par des acteurs non étatiques » exerçant un contrôle effectif ou des fonctions de type gouvernemental sur un territoire ou la population⁶.

Quoi-qui-il-en soit de la définition de personnes victimes de disparitions forcées et des analogies et différences avec celle de personnes portées disparues, je voudrai maintenant tracer les éléments essentiels qui recourent en cas de disparitions forcées lors de conflits armés en général, et faire référence à ce que s'est passé à ce propos en Ukraine dans la dernière année et demie.

3. *Disparitions forcées et conflits armés*

a) En général.

Afin d'être synthétique, je vais énoncer une série de points, dont aucuns très élémentaires, à propos du phénomène des disparitions forcées lors de conflits armés qui peuvent toutefois être utiles dans le suivi de cet article. Premièrement on doit souligner que les disparitions forcées peuvent être perpétrés tant en temps de paix qu'en temps de conflits armés, et aucune circonstance peut être invoquée pour les justifier⁷. Il faut aussi noter qu'il n'y a aucune référence aux disparitions forcées en tant que telles dans les traités de droit international humanitaire. La règle 98 de l'étude du Comité internatio-

⁵ Committee on Enforced Disappearances, *Statement on «non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances»*, 31 mars 2023, CED/C/10, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2FC%2F10&Lang=en. Voir, en particulier, les paras. 18-22. Selon le para. 20, «Under article 3 of the Convention, States parties have the obligation to take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or group of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State, and to bring those responsible to justice. As a corollary, States have an obligation to search for disappeared persons in accordance with the Guiding Principles for the Search for Disappeared Persons adopted by the Committee».

⁶ O. DE FROUVILLE, *Criminalizing or Trivializing Enforced Disappearances? The Issue of 'Non-state Actors'*, in O. DE FROUVILLE, P. STURMA (dir.), *La pénalisation des droits de l'homme*, Paris 2021. Voir aussi UN Doc. A/HRC/42/40, para. 94.

⁷ Art. 1, par. 2 de la Convention de 2007. Voir aussi l'article 7 de la Déclaration de 1992.

nal de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier reconnaît néanmoins de manière appropriée que les disparitions forcées sont interdites dans le contexte de conflits armés tant internationaux que non internationaux. L'existence d'une telle norme est justifiée par le fait que les disparitions forcées violent un large éventail de normes de droit international humanitaire (DIH)⁸. En outre, les disparitions forcées lors de conflits armés sont utilisées comme une véritable tactique de guerre vouée à terroriser la population civile et à en démoraliser la résistance⁹. C'est dans ce but que les membres éminents de la société civile sont fréquemment touchés. Il faut aussi tenir compte que le phénomène de disparitions forcées lors de conflits armés concerne tant la population civile que les membres des forces armées capturés par l'ennemi (prisonniers de guerre).

⁸ Étude du Comité International de la Croix Rouge, Règle 98. Disparition forcée. Parmi celles-ci:

- La privation de la liberté (Règle 99, Article 3 (1)(d) commun aux Conventions de Genève, Articles 21 et 118 III Convention de Genève et Articles 42 e 78 quatrième Convention de Genève, Article 75(3) premier Protocol Additionnel, Articles 4-6 deuxième Protocol Additionnel);

- La torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants (Règle 90, Article 13 troisième Convention de Genève de Ginevra, Article 27 quatrième Convention de Genève, Article 75(2)(a)(ii) premier Protocol Additionnel, Article 4(1) deuxième Protocol Additionnel);

- Les atteintes à la vie (Règle 89, Article 3(1)(a) commun aux Conventions de Genève, Article 75(2)(a) premier Protocol Additionnel, Article 4(2)(a) deuxième Protocol Additionnel; l'« homicide volontaire » est considéré comme une violation grave dans les quatre Conventions de Genève);

- L'obligation de rendre compte du sort des personnes disparues (Règle 117, Article 33 premier Protocol Additionnel, Article 8 deuxième Protocol Additionnel). Obligations de prendre un certain nombre de mesures pratiques d'ordre général pour réduire le risque de disparition. Par exemple, adopter des procédures simples pour que chacun puisse obtenir des documents d'identité, enregistrer les décès, etc.

⁹ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, in *The Washington Post* (19 juin 2022) <https://www.washingtonpost.com/world/2022/06/19/people-missing-ukraine-russia-invasion/>; D. WEBBER et K. SHERANI, *Addressing the Continuing Phenomenon of Enforced Disappearances*, in *CSIS* (18 août 2022) <https://www.csis.org/analysis/addressing-continuing-phenomenon-enforced-disappearances> p. 4; A. LA VACCARA, *When the Conflict Ends, While Uncertainty Continues: Accounting for Missing Persons between War and Peace in International Law*, Paris-Oxford 2019. La disparition forcée est utilisée aux fins de « terroriser » le plus grand nombre possible d'individus. Cela implique que même les familiers de l'individu disparu deviennent les victimes des graves violations : G. BARANOWSKA, *Rights of Families of Disappeared Persons - How International Bodies Address the Needs of Families of Disappeared Persons in Europe*, Antwerp 2021.

En ce qui concerne la population civile, les disparitions forcées sont une violation du DIH voué à la protection de la population civile et plus particulièrement des dispositions normatives de la quatrième Convention de Genève (1949) (ou Article 3 commun pour les conflits non internationaux).

Pour les prisonniers de guerre, les disparitions forcées sont une violation du cadre juridique défini surtout par la troisième Convention de Genève (ou Article 3 commun pour les conflits non internationaux), visant à imposer le respect de l'humanité du prisonnier de la part de l'ennemi-geôlier¹⁰. Les disparitions forcées mise en place par la Puissance occupante peuvent former, en outre, une violation du droit de l'occupation. En particulier, on pourrait configurer une violation de l'Article 49 de la quatrième Convention de Genève de 1949, qui tutelle la population civile des territoires sujet à l'occupation militaire et l'intégrité de l'équilibre démographique de ces territoires.

Selon la Règle 117 de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier

« chaque partie au conflit doit prendre toutes les mesures pratiquement possibles pour élucider le sort des personnes portées disparues par suite d'un conflit armé, et doit transmettre aux membres de leur famille toutes les informations dont elle dispose à leur sujet ».

Et cela vaut soit dans les conflit armés internationaux que non internationaux, et soit pour la population civile que pour les prisonniers de guerre.

En outre, il ne faut pas oublier que la disparition forcée constitue un crime qui présente des grandes difficultés probatoires. Elle peut en effet être décrite comme le crime de l'absence, de l'invisibilité. Comme indiqué au para. 1, parmi les éléments constitutifs de ce crime il y a le fait de ne fournir aucune information sur le sort et lieu où la victime se trouve («*fate and whereabouts*») de la personne disparue. Ces difficultés probatoires sont, si possible, encore plus importantes là où la conduite se passe lors d'un conflit armé international à la lumière du scénario fréquent de déplacement des victimes

¹⁰ Voir, à ce propos, Y. ISSAR, *A safety net for prisoners of war: five key-principles of the Third Geneva Convention*, in *Humanitarian Law and Policy Blog* (27 April 2023) <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2023/04/27/safety-net-prisoners-of-war-third-geneva-convention/>. En général, voire les articles 15-17 de la première Convention de Genève, les article 18-19 de la deuxième, les articles 17 et 71 de la troisième, les articles 16, 105-108, 129-131, 136-141 de la quatrième, et les article 33 du premier Protocol additionnel, les articles 5, 8 et 32 du deuxième Protocol additionnel.

à travers des frontières internationales¹¹. Il faut aussi observer que lorsqu'un conflit armé est en cours, il est difficile de définir l'ampleur du phénomène des disparitions forcées. En effet, de nombreuses personnes peuvent disparaître à cause du conflit (par exemple, morts sur le champ de bataille, ou personnes déplacées sans contact avec la famille), mais sans être victimes de disparition forcée. Enfin, à la lumière du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, les disparitions forcées ne représentèrent pas des crimes de guerre, mais plutôt des crimes contre l'humanité qui nécessitent l'intégration des éléments caractéristiques « d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Toutefois, en cas de disparitions forcées il peut s'avérer également certains crimes de guerre comme l'homicide volontaire, la torture, la violation du droit à un juste procès pour les prisonniers de guerre et pour les autres personnes protégées, les déportations, ou des autres transferts illégaux de personnes protégées¹². Pour conclure, il est bien rappeler que à la lumière des règles de droit international humanitaire de la Croix-Rouge, les États ont le 'droit' d'instituer un titre de juridiction universelle pour réprimer les crimes de guerre¹³.

b) Ukraine 2022-23.

Après avoir avancé des considérations de caractère général à propos des disparitions forcées au cours de conflits armés, je donnerais, très brièvement, des points de repère au sujet des disparitions forcées dans le territoire de l'Ukraine après l'agression de la Fédération de Russie. Comme on l'a rappelé, il faut toutefois tenir compte que les informations sont très difficiles à repérer à cause du conflit armé en cours. En tout cas, selon des sources fiables mais non confirmées, il y a au moins 11.000 personnes portées disparues (au mois de mars 2023)¹⁴. Le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de

¹¹ D. WEBBER, K. SHERANI, *Addressing the Continuing Phenomenon of Enforced Disappearances*, cit., p. 4 ss.

¹² Statut de Rome, Art. 8(2)(a)(i)-(iii), (vi); (b)(viii), (xiv), (c)(i)-(ii), (iv). Dans ce sens, voir B. FINUCANE, *Enforced Disappearance as a Crime Under International Law - A Neglected Origin in the Laws of War*, in *Yale Journal of International Law*, 2010, p. 171 ss.

¹³ Règle 157, de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit humanitaire coutumier. En général, sur la juridiction universelle pour les disparitions forcées, voir les articles 9-11 de la Convention de 2007 et l'article 14 de la Déclaration de 1992.

¹⁴ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, cit.

l'homme a documenté dans une première phase, jusqu'au 31 juillet 2022, 407 cas de disparition forcées (359 hommes, 47 femmes, 1 mineur) imputables aux forces armées russes ou aux groupes armés affiliés, à partir de l'agression russe de février 2022¹⁵. Dans la période 1^{er} août 2022 - 31 janvier 2023, il y'a eu 16 cas documentés de disparition forcées (90 hommes, 2 femmes 28 garçons et 18 filles, pour un total de 138 individus)¹⁶. Le plus récent rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires du mai 2023 (et relatif à la période septembre 2022 - février 2023) fait référence à 469 cas de victimes du crime, dont les noms ont été transmis aux autorités de la Fédération de Russie¹⁷. Ces disparitions forcées concernent surtout les représentants des autorités locales, journalistes, militants de la société civile ou autres civiles, mais aussi – comme on le verra – des garçons et des filles qui ont été enlevé et transféré en Russie, et aussi des prisonniers de guerre. D'après les estimations du Procureur ukrainien pour les violations de droit de l'homme, déjà en avril 2022, les victimes ukrainiennes de disparition forcée étaient 765¹⁸. Les disparitions forcées imputables aux forces russes semblent être utilisés comme tactique de guerre vouée intentionnellement à terroriser la population civile et à en affaiblir la résistance. Cette pratique pourrait en outre servir pour modifier la composition démographique des régions occupées pour les récents, et non reconnue, re-

¹⁵ U.N., Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, *Report on the human rights situation in Ukraine* (1 February - 31 July 2022) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-en.pdf>, p. 5 ss.; U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Thirtieth anniversary of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances A/HRC/51/31* (31 août 2022) www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc5131-report-working-group-enforced-or-involuntary-disappearances, §§ 68-71.

¹⁶ U.N., Office of the High Commissioner for Human Rights, *Report on the human rights situation in Ukraine (1 August 2022-31 January 2023)*, 24 March 2023, p. 17 ss. Voir aussi le document du Groupe de travail contre les disparitions forcées ou involontaires du mois de mai 2022, concernant la Fédération de Russie qui a été récemment publié et est disponible à l'adresse : www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/disappearances/allegations/2022-11-18/General-allegation-Russia-127.pdf.

¹⁷ U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Communications transmitted, cases examined, observations made and other activities conducted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances A/HRC/WGEID/129/1* (1 mai 2023), surtout le § 77.

¹⁸ P. VILLEGAS, R. THEBAULT, *All over Ukraine, people are missing, forcing families to become detectives*, cit.

ferendum populaire d'annexion à la Fédération de Russie. En outre, est-ce que on peut qualifier les cas des mineurs qui ont été porté en Russie par les forces armées russes comme des cas de disparitions forcées ? Certains compte-rendu illustrent le schéma d'après lequel ces crimes sont commis : les victimes sont d'abord enlevées, portées dans ce que les Nations Unies (Human Rights Monitoring Mission in Ukraine) appelle «*filtration camp*» dans le territoire ukrainien occupé, et enfin transféré dans les territoires de la Fédération de Russie ou en Crimée, ou, surtout au début des hostilités, en Biélorussie¹⁹. Le Haut-commissariat des Nations Unies aux droit de l'homme a en outre documenté 91 cas qui pourraient faire l'objet de disparition forcée imputable aux autorités ukrainiennes. Ces cas concernent les individus accusés de fournir un support aux forces armées russes ou à des groupes armés affiliés²⁰.

4. *L'asymétrie dans le cas de l'agression à l'Ukraine*

La circonstance dans laquelle l'Ukraine fasse partie de la Convention contre les disparitions forcées à partir de 2015, tandis que la Fédération de Russie (et la Biélorussie, qui comme on a dit est suspecté d'être aussi responsable) ne l'a ni signé ni ratifié crée une asymétrie entre ces États.

Comment remédier à cet état de choses ? Comment faire que la Fédération de Russie (et éventuellement aussi la Biélorussie) soit appelée à répondre aux cas des disparitions forcées qui lui sont attribués bien qu'elle ne fait pas partie de la Convention de 2007 ?

C'est à ces interrogations que je vais essayer de répondre en me basant essentiellement sur deux éléments : a) les contraintes de la Puissance occupante, et b) la circonstance que les disparitions forcées soient un concept récapitulatif, du moment que cette expression – comment on l'a rappelé – assemble différents crimes internationaux, qui sont punis de façon autonome. Les disparitions forcées sont en effet à un carrefour de différentes branches du droit international

¹⁹ *Ibid.* Dans le même sens: Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Missing persons during the conflict in Ukraine* (8 juin 2015) <https://pace.coe.int/en/files/21795>, p. 8; U.N., Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Thirtieth anniversary of the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, cit., §§ 68-71.

²⁰ U.N., Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, *Report on the human rights situation in Ukraine*, 1 February - 31 July 2022, cit., p. 5 ss.

(droit de l'homme, DIH, droit pénal international, droit de la responsabilité des États pour des actes illicites...).

a) Les contraintes de la Puissance occupante.

Partons de la constatation, avant tout, que les disparitions forcées ont lieu surtout dans le territoire ukrainien occupé militairement par la Fédération de Russie. En plus de toutes les garanties offertes par la quatrième Convention de Genève à la population du territoire occupé et notamment l'obligation de préserver l'équilibre démographique du territoire, il faut noter que, sur la base de l'Article 43 de la Convention de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, l'occupant

« prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

Il n'y a pas de doute que parmi les normes en vigueur en Ukraine il y a aussi la Convention contre les disparitions forcées de 2007 à laquelle le Pays a adhéré comme il a été dit en 2015 ; il est tout aussi évident qu'aucun « empêchement absolu » puisse être invoqué par la Fédération de Russie afin de ne pas assurer l'ordre et la vie public qui dérivent de l'application de la Convention sur les disparitions forcées de 2007. En tant que puissance occupante, en vertu du droit de l'occupation, la Fédération de Russie assume également l'obligation de respecter, dans le territoire ukrainien occupé, les obligations qui découlent de la Convention de 2007 à laquelle le souverain territorial a adhéré.

b) Nature récapitulative des disparitions forcées et remèdes.

La gravité des comportements qui ont également été supposés par rapport au conflit en Ukraine porte inévitablement l'interprète et l'opinion publique à s'interroger sur le profil des remèdes. De ce point de vue, il est essentiel de rappeler que le concept de « disparition forcée » englobe et indique un ensemble de violations graves des droits de l'homme qui sont interdites de manière autonome par les normes primaires et criminalisées par certaines normes secondaires.

Cela implique que la base juridique conventionnelle contenue dans la Convention de 2007 n'est pas le seul paramètre juridique utile pour affirmer la responsabilité des États et des individus pour les crimes dont nous parlons.

Cet élément indique que le fait que la Fédération de Russie n'a pas ratifié la Convention de 2007 n'est pas déterminant, n'affecte pas

la disponibilité de toute une série de recours contre les disparitions forcées au sein d'autres systèmes conventionnels de protection des droits de l'homme ou de droit pénal.

Mais procédons par ordre.

5. *La responsabilité de l'État dans les systèmes de contrôle et surveillance*

Nous nous référons tout d'abord à toutes les procédures disponibles pour affirmer la responsabilité de l'État qui peut être portée à l'attention des institutions internationales soit par une pétition individuelle, soit par une action interétatique.

a) Recours ou communications individuelles.

– Convention européenne de droit de l'homme (CEDH): compétence de la Cour face à une violation continue des droits de l'homme ayant débuté avant le retrait de la Fédération de Russie de la Convention de Rome, le 16 septembre 2022 ; en plus, on pourrait faire référence aux précédentes de la CEDH, y inclus la question tchéchène²¹. À propos de la Biélorussie, elle n'est toujours partie de la Convention de Rome et donc elle n'est pas assujetties aux recours prévus par cette Convention.

– Pacte international relatif aux droits civils et politiques : selon l'Observation générale n. 36 du Comité des droits de l'homme, la disparition forcée constitue «une violation du droit à la vie ainsi qu'une violation d'autres droits reconnus par le Pacte, en particulier par l'article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), l'article 9 (liberté et sécurité de la personne) et l'article 16 (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique)». Les États parties ont donc des obligation positives de prévenir la commission du crime, de criminaliser les conduites, de les réprimer et de conduire une enquête efficace « en vue de déterminer le sort réservé à toute personne pouvant avoir été victime de disparition forcée ainsi que le lieu où elle se trouve ». La Fédération de Russie a ratifié le Pacte et le Protocol facultatif sur les recours

²¹ Pour des considérations de caractère général à propos du Conseil de l'Europe et les disparitions forcées, voir Council of Europe, *Issue Paper on Missing Persons and Victims of Enforced Disappearance in Europe*, 2016; O. CHERNISHOVA, C. RADNIC, *Enforced Disappearances in the Practice of the European Court of Human Rights: Seeing the Trees and the Forest*, in *Human Rights Law Journal*, 2018, p. 13 ss.

individuels, contrairement à ce qui se passe pour d'autres traités pertinents au cas des disparitions forcées comme la Convention contre la torture (ratifiée, mais en l'absence de ratification du Protocole sur les recours individuels). Il faut noter que l'8 novembre 2022 la Biélorussie, qui est aussi partie du Pacte, a dénoncé le Protocole facultatif relatif à la compétence sur les recours individuels du Comité des droits de l'homme.

– Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CERD). S'il est possible de lier les disparitions forcées à des formes de discrimination raciale, cette Convention permettrait également d'activer la procédure de communication individuelle (en plus, comme on le verra, de celui des recours interétatiques avec compétence, en l'occurrence, de la Cour internationale de Justice).

D'autres systèmes conventionnels semblent moins directement pertinents pour les cas en question. Cependant, on peut noter qu'il est possible de soulever la question de la responsabilité de la Fédération de Russie (et éventuellement aussi de la Biélorussie) pour des disparitions forcées en Ukraine même en l'absence de ratification de la Convention de 2007.

b) Recours inter-étatiques.

De ce point de vue, il faudrait d'abord citer la Convention des Nations Unies contre le génocide. Bien que les disparitions forcées soient un cas moins complexe, du point de vue du dol spécifique, par rapport au génocide, il est parfaitement possible que les disparitions elles-mêmes constituent l'élément matériel du génocide. La liste des comportements pertinents pour le cas complexe de génocide comprend également des comportements tels que le meurtre et l'imposition de conditions de vie visant à détruire, complètement ou en partie, un groupe pertinent qui sont abstraitement compatibles avec le concept de disparitions forcées. Il est bien connu que la Convention contre le génocide permet à l'article 9 de saisir la Cour internationale de Justice pour toute question d'interprétation et d'application relative à la Convention elle-même. En ce qui concerne ces obligations conventionnelles, la Fédération de Russie succède à l'Union soviétique, qu'a ratifiée la Convention dès 1954. Cependant, dans le tout récent recours introduit devant la Cour internationale de Justice par l'Ukraine, il n'y a aucune référence à des disparitions forcées qui aurait été pleinement pertinente dans le cadre d'une allégation visant à démontrer que, loin d'avoir commis un génocide, l'Ukraine pourrait, dans le cas échéant, en être victime. De plus, les développements factuels les plus inquiétants seraient survenus dans une période ul-

térieure en ce qui concerne le dépôt du recours qui a eu lieu le 27 février 2022. Il faut aussi rappeler que la Biélorussie est partie de la Convention dès l'11 août 1954.

– Le recours inter-étatique est également possible en vertu de l'article 41 du Pacte international sur le droit civils et politiques pour lequel il existe une déclaration d'acceptation de l'URSS sous condition de réciprocité de 1991 à laquelle succède la Fédération de Russie qui à son tour est complétée par la déclaration ukrainienne correspondante (non conditionnée) de 1992.

– Il est également concevable que le système des recours interétatiques devant la CEDH reste opérationnel compte tenu du caractère continu des violations alléguées qui auraient commencé avant le retrait de la Fédération de Russie.

– Pour compléter la revue des mécanismes de recours interétatique pour des crimes qui sont liés à la disparition forcée, il faut rappeler la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (CÉRD) qui le prévoit à l'article 11 en tant que compétence du Comité sans qu'il soit nécessaire que les États parties l'acceptent expressément; et la Convention contre la torture (CAT) qui fait le même à l'article 21, mais à condition que les États l'aient acceptée. Dans ce dernier cas, il faut souligner que si la Russie est liée par la déclaration d'acceptation des communications interétatiques faite par l'Union soviétique en vertu de l'article 21, l'Ukraine n'a jamais adopté une telle déclaration. Il n'est donc pas possible pour l'Ukraine de faire usage de cet instrument, qui n'a d'ailleurs jamais été utilisé jusqu'à présent.

c) Responsabilité inter-étatique dans les traités de paix.

Par ailleurs, il ne peut pas être exclu que la question des disparitions forcées, en raison de leur pertinence éthique et politique, ainsi que compensatoire soit également évoquée dans les négociations d'un futur traité de paix. En fait, la pratique récente montre que les accords inter-étatiques peuvent difficilement être séparés d'une prise en compte adéquate des droits individuels et des demandes d'indemnisation. C'est la racine d'un débat très actuel sur la relation entre droits individuels et souveraineté des États dans les traités de paix, comme en témoignent les différends inter-étatiques touchant la Grèce, la Pologne, l'Italie d'une part, et l'Allemagne, d'autre part²².

²² A. LA VACCARA, *When the Conflict Ends, While Uncertainty Continues*, cit.

6. Questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées

Examinons maintenant brièvement les questions relatives à la responsabilité pénale pour les crimes liés aux disparitions forcées²³. Les disparitions forcées sont, comme on le sait, classées comme crime contre l'humanité par le Statut de Rome. En présence des trois éléments pertinentes (attaque généralisée ou systématique; contre la population civile; dans le cadre d'une politique étatique), qui en l'espèce semblent *prima facie* exister, il est donc possible d'intégrer l'un des comportements relevant de la compétence matérielle de la Cour pénale internationale. Cependant, il ne faut pas oublier que depuis l'époque des procès de Nuremberg, les comportements imputables à la disparition forcée ont également été diversement qualifiés de crimes de guerre. À cet égard, le Statut de Rome criminalise des comportements tels que la torture, les traitements inhumains, le meurtre et la déportation de la population d'un territoire occupé jusqu'à la prise d'otages. Dans le cas des crimes de guerre, les exigences d'une attaque généralisée ou systématique ne sont pas requises, même si la Cour est tenue de connaître de crimes commis dans le cadre d'un plan ou d'un dessein politique ou dans le cadre d'une série de crimes similaires.

Le fait que la Fédération de Russie (et la Biélorussie) n'a pas ratifié le Statut n'empêche pas la Cour d'exercer sa compétence sur les crimes commis sur le territoire ukrainien et contre la population civile ukrainienne grâce aux déclarations d'acceptation de juridiction faites par l'Ukraine en 2014 et 2015. Cela est confirmé par les investigations menées par le Procureur de la Cour pénale internationale sur le terrain et pour les mandats d'arrêt qui ont été émis à l'encontre de Vladimir Poutine, Président de la Fédération de Russie, et de Maria Lvova-Belova, Commissaire aux droits de l'enfant au sein du Cabinet du Président de la Fédération de Russie, pour l'enlèvement de mineurs en Ukraine, même si ce crime n'ait été qualifié comme disparition forcée par la Cour²⁴.

²³ À ce propos, en général, voir *Study on Best Practices on Enforced Disappearances in Domestic Criminal Legislation*, UN Doc. A/HRC/16/48/Add.3; *Study on Standards and Policies on Investigation of Enforced Disappearances*, UN Doc. A/HRC/45/13/Add.3.

²⁴ La Chambre préliminaire II de la Cour a estimé qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la responsabilité de chacun des suspects est engagée à raison du crime de guerre de déportation illégale de population et du crime de guerre de transfert illégal de population depuis certaines zones occupées de l'Ukraine vers la Fédération de Russie, ces crimes ayant été commis à l'encontre d'enfants ukrainiens.

Enfin, il ne peut être exclu que les tribunaux de pays tiers exercent leur compétence sur les crimes pertinents en vertu du principe de juridiction universelle²⁵.

7. *Le rôle des commissions d'enquête*

Troisièmement, enfin, il est possible que des disparitions forcées fassent l'objet de l'attention de commissions d'enquête créées ad hoc par les organes des Nations Unies ou par d'autres organisations internationales. Les commissions d'enquête peuvent être constituées par une pluralité d'organes dont le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale, le Secrétaire général, le Conseil des droits de l'homme. Même en présence, pour des raisons évidentes, de la paralysie du Conseil de sécurité, il est possible que, face à des comportements qui paraissent d'une gravité sans précédent, le consensus se consolide au sein du Conseil des droits de l'homme ou de l'Assemblée générale nécessaire pour la création d'une commission d'enquête. Le cas de la Commission d'enquête sur la situation des droits de l'homme en Ukraine à la suite de l'agression russe, créée par le Conseil des droits de l'homme le 4 mars 2022 en est une bonne illustration. Le large mandat reçu par la Commission, qui évoque à la fois les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, peut évidemment aussi inclure l'enquête sur les disparitions forcées et les comportements connexes en vue de déterminer qui sont les individus responsables de ces actes²⁶. Outre la fonction traditionnelle d'établissement des

²⁵ Voir, à ce propos, les Articles 9 et 10 de la Convention de 2007, et l'Article 14 de la Déclaration de 1992. Plus récemment il y a eu des exemples de juridiction universelle dans des cas de disparition forcée commis dans des situations de conflit armé (Syrie): <https://voelkerrechtsblog.org/enforced-disappearances-in-syria-and-the-al-khatib-trial-in-germany/>.

²⁶ Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 4 mars 2022, par. 11: « a) Enquêter sur toutes les allégations de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, et de violations du droit international humanitaire, ainsi que sur les crimes connexes commis dans le contexte de l'agression de l'Ukraine par la Fédération de Russie, et établir les faits, les circonstances et les causes profondes de ces violations et atteintes; b) Recueillir, rassembler et analyser les éléments de preuve attestant de telles violations et atteintes, y compris sous l'angle du genre, et enregistrer et conserver systématiquement tous les renseignements, documents et éléments de preuve, y compris les entretiens, les témoignages et les indices médico-légaux, conformément aux normes du droit international, en vue de toute procédure judiciaire future; c) Recueillir et vérifier les informations et les éléments de preuve pertinents, y compris en travaillant sur le terrain, et coopérer avec les organes

faits, les commissions d'enquête jouent de plus en plus un rôle dans la pratique contemporaine visant à faciliter, par la collecte en temps utile des preuves, l'exercice ultérieur de la juridiction par la Cour pénale internationale ou par les tribunaux nationaux. Significatifs à ce propos sont aussi les rapports des missions des experts nommés selon le Mécanisme de Moscou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)²⁷.

8. *Remarques finales : les États et les individus ne peuvent pas échapper leur responsabilité dans les cas de disparitions forcées dans les conflits armés même en absence de ratification de la Convention de 2007*

En conclusion, malgré l'absence de ratification de la Convention sur les disparitions forcées par la Fédération de Russie (et la Biélorussie) et aussi indépendamment de la discussion sur le caractère coutumier de l'interdiction des disparitions forcées et sur la portée de *jus cogens* du crime²⁸, les traités relatifs aux droits de l'homme, les traités de droit international humanitaire les traités de droit pénal international et les systèmes de surveillance correspondants offrent de nombreuses occasions de faciliter l'évaluation de la responsabilité

judiciaires et d'autres entités, selon qu'il conviendra ; d) Identifier, dans la mesure du possible, les personnes et entités responsables de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits, de violations du droit international humanitaire ou d'autres crimes connexes commis en Ukraine, afin qu'elles aient à répondre de leurs actes ; e) Formuler des recommandations, notamment sur les mesures de responsabilisation qui pourraient être prises, en vue de faire cesser l'impunité et de garantir l'établissement des responsabilités, notamment des responsabilités pénales individuelles, et l'accès des victimes à la justice ; f) Lui présenter, à sa cinquante et unième session, un compte rendu oral, qui sera suivi d'un dialogue, lui soumettre un rapport écrit complet à sa cinquante-deuxième session, qui sera également suivi d'un dialogue, et soumettre un rapport à l'Assemblée générale à sa soixante-dix-septième session ».

²⁷ OSCE Moscow's Mechanism Mission of Experts, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022* (13 avril 2022) www.osce.org/odihhr/515868 et *Report on Violations Of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 April - 25 June 2022)* (14 Juillet 2022), www.osce.org/odihhr/5226.

²⁸ J. SARKIN, *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained the Status of Jus Cogens in International Law?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, p. 537 ss. Voir aussi, à ce propos, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dès le cas Goiburù et autres c. Paraguay, rappelé par le Groupe de travail sue les disparitions forcées ou involontaires (A/HRC/51/31/Add.4).

aux niveaux interétatique et individuel. Il est donc prévisible que les disparitions forcées qui semblent s'être produites dans le cadre du conflit en cours ne peuvent être facilement ignorées au moment, tant souhaité, du début de négociations sérieuses entre les parties. La présence de recours individuels et la criminalisation des conduites soustrairaient le développement de ces événements au contrôle des États et garantissent la participation d'une pluralité d'acteurs à la gestion de la surveillance. Les disparitions forcées, affaire qui touche sans aucun doute à la conscience de l'humanité, échappent donc, et c'est peut-être juste, au plein contrôle des autorités gouvernementales et ne peuvent pas faire l'objet de transactions politiques.

MARCO PEDRAZZI*

Le deportazioni di civili nel conflitto armato in Ucraina alla luce del diritto internazionale penale

SOMMARIO: 1. Schema dell'indagine e ricognizione dei fatti. – 2. I trasferimenti di civili dall'Ucraina attuati dalla Federazione Russa e loro inquadramento giuridico. – 3. I trasferimenti di minori: i molteplici profili di illiceità. – 4. La configurabilità del crimine di guerra di deportazione o trasferimento forzato. – 5. La configurabilità eventuale del crimine contro l'umanità di deportazione o trasferimento forzato. – 6. L'ipotesi del genocidio.

1. *Schema dell'indagine e ricognizione dei fatti*

Il 17 marzo 2023 la Corte penale internazionale (CPI) e il Procuratore Karim Khan annunciavano l'emissione da parte della seconda Camera preliminare della Corte, presieduta dal giudice Rosario Aitala, su istanza del Procuratore del 22 febbraio precedente, di mandati d'arresto per il presidente della Federazione Russa Vladimir Putin e per la Commissaria per i diritti dell'infanzia Maria Lvova-Belova, per i crimini di guerra di illecita deportazione di popolazione e illecito trasferimento di popolazione, con riferimento ai minori che sarebbero stati trasferiti dai territori occupati dalla Russia nel territorio della Federazione. I mandati rimangono segreti al fine di proteggere le vittime e i testimoni e di salvaguardare le indagini, tuttavia la Camera preliminare valutava opportuno che la notizia dell'emissione dei mandati fosse resa pubblica, ritenendo che tale pubblicità avrebbe potuto contribuire a prevenire la continuazione della perpetrazione dei crimini in questione¹.

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Cfr. il comunicato stampa della Corte (<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>) e la dichiarazione del Procuratore Karim A.A. Khan (<https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>).

La tempistica scelta dalla Corte, a fronte di un conflitto armato in pieno svolgimento, appare discutibile. La misura, comunque, non costituisce l'oggetto del presente contributo². Quest'ultimo, partendo da una succinta ricognizione di quanto risulta, a maggio 2023, dei trasferimenti di cittadini ucraini, e in particolare di minori, da parte della Federazione Russa, dopo avere brevemente evidenziato i numerosi profili di illiceità di tali condotte in base al diritto internazionale umanitario e alle norme internazionali applicabili in tema di tutela dei diritti umani, intende procedere ad un inquadramento delle stesse alla luce del diritto internazionale penale. Più precisamente, mi propongo di verificare se siano configurabili crimini di guerra e, eventualmente, crimini contro l'umanità e genocidio, con specifico riguardo allo Statuto della Corte penale internazionale. Anche questa analisi si soffermerà in modo particolare, nell'ambito dei trasferimenti attuati dalla Federazione Russa, su quelli riguardanti la popolazione minorile. Non approfondirò i profili ulteriori di illiceità di condotte diverse dal trasferimento delle persone, ma ad esso associate, se non in quanto incidano sulla qualificazione del trasferimento secondo il diritto internazionale penale.

Partiamo dai fatti: dalle indagini svolte da missioni delle Nazioni Unite e dell'OSCE, da organizzazioni non governative e da centri di ricerca indipendenti, ma anche da dati ufficiali, pur nettamente divergenti, forniti dalle due parti, risulta che, dal 24 febbraio 2022, data di inizio dell'invasione su vasta scala dell'Ucraina da parte della Russia, varie migliaia, probabilmente varie decine se non centinaia di migliaia di cittadini ucraini, inclusi numerosi minori, si siano allontanati dalle loro zone di residenza a seguito dell'occupazione del loro territorio da parte dei russi, per dirigersi verso altre zone di occupazione russa, in particolare le cosiddette repubbliche di Donetsk e Lugansk o la Crimea, e in vari casi successivamente, o talvolta direttamente verso il territorio della Federazione Russa³. Naturalmente si considera qui

² Per una riflessione su varie implicazioni di questa vicenda cfr., per tutti, M. GIUFFRÈ, L. PROSPERI, *Alea Iacta Est: The ICC Issues Arrest Warrants Against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, p. 394 ss. Più in generale, sui rapporti fra giustizia penale internazionale e mantenimento della pace, cfr. E. CIMIOTTA, *Può la giustizia penale internazionale davvero contribuire alla pace in Ucraina?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, 16, p. 425 ss.

³ Si vedano, in particolare, W. BENEDEK, V. BILKOVÁ, M. SASSÒLI, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, ODIHR.GAL/26/22/Rev.

territorio della Federazione Russa quello che originariamente le appartiene e le è riconosciuto dalla comunità internazionale, mentre è considerato territorio occupato tutto quello sottoposto all'effettivo controllo russo dal 2014 in poi, senza tenere conto delle successive illecite annessioni attuate dalla Russia⁴.

Il fenomeno, nel suo complesso, non risulta facilmente inquadrabile, in considerazione di due fattori: in primo luogo, è impossibile, ad oggi, ricostruire la scala dello stesso, visto che, da un lato, le cifre fornite dalle due parti sono, come si è ricordato, fortemente divergenti; dall'altro, tra le indagini ad oggi effettuate, quelle che si sono basate su testimonianze dirette hanno avuto accesso ad un numero limitato di testimoni, anche per l'impossibilità di accedere al territorio della Federazione Russa o alle zone da questa controllate⁵. In secondo luogo, il fenomeno è estremamente composito, considerando che tra gli adulti allontanatisi, con o senza minori al seguito, alcuni risultano essersi recati in Russia, o in altro territorio occupato, di loro spontanea iniziativa, mentre i più paiono essersi spostati, in

1, 13 aprile 2022; UNOHCHR, *Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation, 24 February-15 May 2022*, 29 giugno 2022; V. BILKOVÁ, L. GUERCIO, V. SANCIN, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, OSCE, ODIHR, ODIHR.GAL/36/22/Corr. 1, 14 luglio 2022; Human Rights Watch (HRW), «*We Had No Choice*». «*Filtration*» and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia, settembre 2022; Amnesty International (AI), «*Like a Prison Convoy*». *Russia's Unlawful Transfer and Abuse of Civilians in Ukraine during 'Filtration'*, novembre 2022; Yale School of Public Health, Humanitarian Research Lab, *Russia's Systematic Program for the Re-education & Adoption of Ukraine's Children. A Conflict Observatory Report*, 14 febbraio 2023; Commissario per i diritti umani del CoE, *Urgent Action Needed to Reunite Ukrainian Children Transferred to Russia and Russian-Occupied Territories with Their Families*, 6 marzo 2023, <https://www.coe.int/it/web/commissioner/-/urgent-action-needed-to-reunite-ukrainian-children-transferred-to-russia-and-russian-occupied-territories-with-their-families>; Human Rights Council (HRC), *Report of the Independent International Commission of Inquiry [d'ora in poi, IICI] on Ukraine*, UN Doc. A/HRC/52/62, 15 marzo 2023; UNOHCHR, *Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 August 2022 to 31 January 2023*, 24 marzo 2023; V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report on Violations and Abuses of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity, Related to the Forcible Transfer and/or Deportation of Ukrainian Children to the Russian Federation*, OSCE, ODIHR, ODIHR.GAL/37/23/Rev. 1/Corr. 1, 4 maggio 2023.

⁴ Cfr. AG, UN Doc. Res. ES-11/4 del 12 ottobre 2022. Cfr. anche V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., p. 25 ss.

⁵ Cfr. per tutti il rapporto UNOHCHR del 24 marzo 2023, cit., pp. 17-18.

molti casi su autobus forniti dai russi, per mancanza di alternative, cioè nell'impossibilità o a fronte dell'elevata rischiosità di un viaggio verso il territorio sotto il controllo ucraino⁶. Molti tra gli ucraini che si sono spostati, vuoi in direzione dei territori sotto controllo ucraino, vuoi in direzione della Russia, sono stati oltretutto sottoposti, soprattutto se uomini in età militare, alla cosiddetta «filtrazione», cioè una verifica ufficialmente effettuata per intercettare persone direttamente collegate con le forze armate ucraine, ma verosimilmente con obiettivi ben più ampi, a seguito della quale un certo numero di persone sono state prelevate e portate in detenzione; in vari casi si sono perse le loro tracce. In conseguenza di ciò, i familiari al seguito, compresi minori non accompagnati, sono sovente rimasti in luoghi di destinazione sotto il controllo russo. La complessità riguarda anche l'esito dell'allontanamento. In vari casi le persone che hanno raggiunto una destinazione in Russia sono riuscite, in modo più o meno rocambolesco, a ritornare nelle loro residenze, quando queste si trovassero in aree riprese dagli ucraini, o comunque a raggiungere il territorio controllato da questi ultimi o quello di un altro paese di loro scelta: ci sono riuscite non con il supporto della Federazione Russa, bensì con mezzi economici in loro possesso o grazie all'aiuto di persone o associazioni russe di buona volontà. In altri casi il loro ritorno è stato reso difficile dalle condizioni economiche, dall'età, o dalla lontananza della località dove i russi le hanno destinate⁷.

Va considerata separatamente, e risulta in qualche modo, ahimè, più chiara, la sorte dei minori non accompagnati, su cui si è concentrata, ad oggi, la Corte penale internazionale. Oltre a coloro che si sono ritrovati separati dai genitori all'esito della filtrazione, e la cui sorte non è chiara, molti minori sono stati condotti, con il consenso, non si sa quanto libero, dei genitori, in centri di vacanza o ricreazione gestiti da istituzioni russe: solo che un certo numero di loro non è più tornato, vuoi perché i centri in questione accampano scuse, vuoi perché i minori sono stati nel frattempo portati altrove. In taluni casi di loro si sono perse le tracce. Sono state in vari casi tagliate le comunicazioni con i parenti mentre solo con grande fatica alcuni di questi sono riusciti a recarsi in Russia per riprendersi i propri figli. Molti altri minori, istituzionalizzati, ma non sempre orfani, sono stati spostati verso istituzioni situate in Russia o in altre aree sotto

⁶ Cfr. rapporto UNOHCHR del 29 giugno 2022, cit., pp. 15, 25; rapporto UNOHCHR del 24 marzo 2023, cit., pp. 17-18.

⁷ Cfr. HRW, «*We Had No Choice*», cit., pp. 22 ss., 62 ss.; UNOHCHR, *Situation*, cit., p. 26.

il controllo russo, venendo poi spesso collocati in affido o dati in adozione a famiglie russe, compresa quella della Commissaria Maria Lvova-Belova, senza che, apparentemente, sia stato fatto alcunché per rintracciare gli eventuali familiari o i tutori ancora presenti in territorio controllato dagli ucraini e per ottenere le debite autorizzazioni, mentre lo Stato russo si adopera per concedere loro la sua cittadinanza. Gli uni e gli altri, cioè i minori nei centri ricreativi e quelli istituzionalizzati, vengono poi sottoposti a programmi di rieducazione (quale che sia la denominazione ufficiale degli stessi), cioè vengono indottrinati all'utilizzo della lingua ed ai valori della patria russa e in certi casi pure addestrati all'uso delle armi⁸.

La situazione dei minori orfani o comunque separati dalle loro famiglie risulta in qualche modo più semplice per gli investigatori, perché le condotte attuate dalle autorità russe, in questi casi, sono ufficialmente rivendicate, anzi pubblicizzate dalle stesse, come se si trattasse di meritevoli misure di carattere umanitario, e supportate da provvedimenti legislativi e da programmi decisi ai più alti livelli di governo, cioè dal presidente Putin in persona: ciò spiega, probabilmente, al di là di possibili altri motivi di carattere *lato sensu* «politico», perché la Corte penale internazionale abbia deciso di concentrarsi inizialmente su questo fenomeno e in relazione ad esso abbia emesso i primi mandati d'arresto.

2. *I trasferimenti di civili dall'Ucraina attuati dalla Federazione Russa e loro inquadramento giuridico*

Nel conflitto internazionale russo-ucraino risultano applicabili, dal momento che vincolano le due parti, sia le quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, sia il I Protocollo aggiuntivo alle stesse Convenzioni dell'8 giugno 1977⁹. Ai sensi dell'art. 147 della IV Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra, sono inclusi tra le «infrazioni gravi» della Convenzione le deportazioni e i trasferimenti illeciti di persone protette, cioè di civili. In aggiunta, è infrazione grave, ai

⁸ Il resoconto più completo è nel rapporto della Yale School of Public Health, cit. Cfr. altresì rapporto dell'IICI dello HRC, cit., p. 14 ss.; V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., p. 12 ss.

⁹ Lo stato delle ratifiche delle Convenzioni e del Protocollo sono consultabili alla pagina web <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/treaties-and-states-parties>.

sensi dell'art. 85(4)(a) del I Protocollo, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato entro o al di fuori di quest'ultimo. Un'ulteriore infrazione grave prevista dal I Protocollo è l'ingiustificato ritardo nel rimpatrio di civili (art. 85(4)(b)). La previsione di deportazioni e trasferimenti illeciti di persone protette tra i crimini di guerra è riprodotta nell'art. 8(2)(a) (vii) dello Statuto di Roma della CPI del 17 luglio 1998, così come l'art. 8(2)(b)(viii) prevede il crimine di deportazione o trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o al di fuori di questo.

L'illiceità della deportazione o del trasferimento discende, in territorio occupato¹⁰, dalla violazione dell'art. 49 della IV Convenzione. La norma stabilisce un chiaro divieto sia di trasferimento forzato e di deportazione di singole persone protette, sia del trasferimento forzato o della deportazione di massa, quali che siano i motivi di tale spostamento¹¹. L'articolo non fornisce una definizione né della deportazione né del trasferimento forzato, ma la giurisprudenza internazionale, in particolare quella del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, ha chiarito innanzitutto che si tratta di due crimini distinti, per quanto simili; in secondo luogo, che la deportazione comporta lo spostamento delle persone protette oltre frontiera, mentre il trasferimento forzato è inteso come spostamento interno al territorio occupato¹². Una conferma degli elementi essenziali viene dalla giurisprudenza della CPI¹³. Ulteriore elemento che caratterizza entrambe le condotte è la coercizione, che va intesa in senso ampio:

¹⁰ A favore di un'applicazione della norma anche in fase di invasione si pronunciano W. BENEDEK, V. BILKOVÁ, M. SASSÒLI, *Report*, cit., pp. 7-8. In merito all'identificazione delle aree soggette ad occupazione russa nelle prime fasi dell'«operazione militare speciale» cfr. F. FAVUZZA, *Is Russia Occupying Ukraine?*, in *SIDIBlog*, 4 marzo 2022.

¹¹ Cfr. J.M. HENCKAERTS, *Deportation and Transfer of Civilians in Time of War*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, 26, pp. 469 ss., 471.

¹² La frontiera è talora intesa anche quale frontiera *de facto*. Ad ogni modo, il trasferimento fuori del territorio occupato è considerato deportazione. Cfr. ICTY, 2 agosto 2001, IT-98-33-T, *Procuratore c. Krstić*, § 521; 22 marzo 2006 (appello), IT-97-24-A, *Procuratore c. Stakić*, § 300.

¹³ Tale giurisprudenza, a dire il vero, ha riguardato sinora i crimini contro l'umanità di deportazione e trasferimento forzato e il crimine di guerra consistente nell'«ordinare il trasferimento della popolazione civile» di cui all'art. 8(2)(e)(viii) dello Statuto, relativo ai conflitti armati non internazionali. In dottrina cfr. V. COLVIN, P. ORCHARD, *A Forgotten History: Forcible Transfers and Deportations in International Criminal Law*, in *Criminal Law Forum*, 2021, 32, pp. 51 ss., 84 ss.

è forzato non solo un trasferimento che viene attuato con l'uso della forza fisica, ma anche con l'intimidazione¹⁴. Risulta comunque da tale elemento quanto un allontanamento volontario non consenta di configurare un trasferimento illecito o una deportazione illecita né, conseguentemente, un crimine di guerra.

L'art. 49 contiene peraltro un'eccezione rilevante: quella secondo cui la potenza occupante può procedere all'evacuazione totale o parziale di una determinata area per ragioni di sicurezza della popolazione o in virtù di una necessità militare imperativa. Non mi soffermerò sulla necessità militare, perché non mi pare sia stata addotta da parte russa, né mi pare vi fossero motivi per invocarla. Ricorderò solo che dovrebbe trattarsi, in ogni caso, di una necessità veramente ultimativa, tale da mettere a rischio le sorti dell'intera operazione militare¹⁵. La norma precisa ancora che le evacuazioni non possono indirizzarsi fuori del territorio occupato, a meno che ragioni materiali non impongano una diversa soluzione, e che le evacuazioni devono essere organizzate in modo da fornire adeguato sostegno, in termini di condizioni igieniche, sanitarie, di sicurezza e in modo che siano garantiti agli evacuati cibo e alloggio adeguati e che i membri della stessa famiglia non siano separati. Infine, un'evacuazione è per definizione temporanea e la parte che l'organizza deve dunque procedere ad agevolare il ritorno degli evacuati nelle loro case non appena le ostilità nell'area siano cessate.

Quanto alla sicurezza della popolazione, mi pare evidente che i civili ucraini che si sono allontanati lo abbiano fatto, per lo più, a tutela della propria sicurezza. Tralasciando quelle persone che si sono dirette verso la Russia o altre zone controllate dai russi per propria scelta, rimane il fatto che molti dei civili evacuati si siano diretti o siano stati trasportati verso altre aree a controllo russo o verso la Russia stessa in circostanze coartanti la loro libera volontà: nella maggior

¹⁴ Si vedano gli *Elements of crimes* della CPI, p. 4, nota 12 (in relazione al crimine contro l'umanità di deportazione e trasferimento forzato): «*The term "forcibly" is not restricted to physical force, but may include threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment*». Tale previsione recepisce la giurisprudenza dell'ICTY, su cui V. CHÉTAIL, *Is There any Blood on my Hands? Deportation as a Crime of International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, 29, p. 917 ss., 924.

¹⁵ Cfr. E. BRANDON, *Grave Breaches and Justifications: The War Crime of Forcible Transfer or Deportation of Civilians and the Exception for Evacuations for Imperative Military Reasons*, in *Oslo Law Review*, 2019, 6, p. 107 ss., p. 111 ss.

parte dei casi non perché i russi li abbiano prelevati con la forza¹⁶, ma perché sono stati dissuasi o hanno avuto timore di fuggire verso le aree sotto il controllo ucraino e dunque è stata concessa loro un'unica opzione¹⁷. Chiarisce inoltre la giurisprudenza internazionale che i motivi di sicurezza che determinano la necessità dell'evacuazione non devono essere determinati da crimini attribuibili alla stessa parte che li invoca¹⁸: laddove dunque gli ucraini hanno accettato il trasporto predisposto dai russi per timore delle vessazioni cui avrebbero potuto essere sottoposti se intercettati nel tentativo di varcare la linea del fronte in direzione del territorio controllato dall'Ucraina (parliamo della «filtrazione» e, in certi casi, di maltrattamenti, torture, detenzioni arbitrarie, sparizioni forzate, associati o meno all'esito della filtrazione¹⁹), l'eccezione dell'evacuazione per motivi di sicurezza non risulta invocabile. Per quanto i crimini di deportazione o trasferimento forzato non richiedano necessariamente che la misura abbia carattere di permanenza, il fatto che l'allontanamento dalle nuove destinazioni degli ucraini trasferiti, vuoi per ritornare nelle loro abitazioni rientrate sotto il controllo ucraino, vuoi per raggiungere altre destinazioni di loro scelta, sia risultato in certi casi irto di ostacoli aumenta i dubbi sulla liceità delle operazioni di trasferimento orchestrate dalla Russia²⁰. Per quanto riguarda la separazione delle famiglie, la prenderemo in considerazione nei prossimi paragrafi con riferimento al caso, massimamente inquietante, dei minori.

Ad oggi non si possono trarre conclusioni certe in merito al complesso delle operazioni di trasferimento degli adulti o delle famiglie ucraine agevolate o organizzate dalla Russia. Indagini approfondite dovranno essere condotte. Sulla base degli elementi che abbiamo a disposizione, pare però di poter concludere che una componente, verosimilmente minoritaria, degli ucraini si sia allontanata verso altre zone controllate dai russi o verso la Russia stessa di propria scelta;

¹⁶ Sono peraltro anche attestati vari casi di trasferimenti con la forza, in particolare nei confronti di persone istituzionalizzate o detenute: cfr. UNOHCHR, *Report*, cit., pp. 17-18.

¹⁷ Cfr. sul punto W. BENEDEK, V. BILKOVÁ, M. SASSÒLI, *Report* cit., p. 24.

¹⁸ Cfr. ICTY, 22 marzo 2006, *Procuratore c. Stakić*, cit., § 287; E. BRANDON, *Grave Breaches*, cit., p. 113.

¹⁹ Sull'illiceità della pratica della «filtrazione» alla luce delle norme sull'internamento dei civili della IV Conv. di Ginevra cfr. N. KALANDARISHVILI-MUELLER, *Civilians are Protected under GC IV 1949: The Illegality of Russian Filtration Camps under IHL*, in *Ejiltalk*, 30 novembre 2022.

²⁰ Cfr. ancora E. BRANDON, *Grave Breaches*, cit., p. 114 nonché CPI, 8 luglio 2019, ICC-01/04-02/06, *Procuratore c. Bosco Ntaganda*, §§ 1061 e 1067.

non si può escludere che una parte dei trasferimenti possa rientrare nella definizione di evacuazione lecita, per motivi di sicurezza della popolazione, e che anche una parte delle ricollocazioni nel territorio russo sia stata prevista per esigenze materiali. A quanto è dato sapere, il quadro delle modalità di evacuazione appare variegato, laddove in certi casi il sostegno agli evacuandi risulta essere stato adeguato, mentre in altri casi il trasferimento è avvenuto in condizioni non adeguate o è stato accompagnato da violazioni incompatibili con una evacuazione conforme al diritto²¹.

3. *I trasferimenti di minori: i molteplici profili di illiceità*

Per quanto concerne i trasferimenti dei minori, anche grazie alla pubblicità che è stata data dalle autorità russe, disponiamo di maggiori elementi, benché, anche in questo caso, l'entità del fenomeno sia tutta da definire. Tra le varie circostanze che sono all'origine del transito di minori, mi soffermerò su due situazioni: quella dei minori sottratti alle famiglie per una collocazione temporanea in centri vacanza e quella dei minori istituzionalizzati ricollocati presso istituzioni russe o sotto il controllo russo. Ebbene, in entrambi i casi, talune delle condotte delle autorità russe paiono comportare un cumulo di violazioni gravi sia di norme di diritto internazionale umanitario, sia di norme internazionali a tutela dei diritti umani e di ulteriori obblighi internazionali.

Non è necessario soffermarsi sulla, ampia, corrispondenza dei vari obblighi alla consuetudine internazionale²², perché entrambi i paesi coinvolti sono parte dei trattati maggiormente rilevanti in relazione alle condotte perpetrate dalla parte russa. Partendo dal diritto umanitario²³, è evidente quanto almeno una parte dei trasferimenti dei

²¹ Cfr. UNOHCHR, *Report*, cit., p. 18 nonché E. BRANDON, *Grave Breaches*, cit., p. 114.

²² Per quanto riguarda le norme del diritto umanitario, cfr. J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 1, *Rules*, Cambridge 2009 (reprinted with corrections), in particolare capitoli 32, 36, 38, 39, e la corrispondente banca dati del CICR (<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl>).

²³ Per un quadro delle norme del diritto internazionale umanitario a protezione dei minori cfr. R.K. DIXIT, *Special Protection of Children during Armed Conflicts under the Geneva Conventions Regime*, in *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 2001, 1, p. 12 ss. Le convenzioni non fissano un'età massima generale per la minore età, prevedendo invece limiti specifici in determinate norme. Si può però intendere, anche alla luce della Conv. sui diritti del fanciullo (v.

minori sul suolo russo o verso territori occupati dai russi si configuri quale deportazione o trasferimento illecito ai sensi dell'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra. Dell'art. 49 va ricordata, in particolare, la norma secondo cui le evacuazioni devono avvenire in modo da garantire, per quanto possibile, che i membri della stessa famiglia non vengano separati. Tale previsione non fa altro che applicare nella materia dei trasferimenti il criterio del mantenimento dell'unità familiare, che è considerato essenziale nell'ambito dei testi convenzionali: si vedano tra gli altri l'art. 82 della IV CG in tema di internamento e l'art. 74 del I Protocollo, secondo cui le parti devono facilitare in ogni modo il ricongiungimento delle famiglie disperse dal conflitto. In una situazione di guerra la famiglia è la prima e più importante rete di protezione per l'individuo, tantopiù se minore. D'altro canto, l'art. 78 del I Protocollo consente l'evacuazione temporanea di minori verso il territorio di un altro Stato solo per impellenti esigenze di carattere medico oppure per esigenze di sicurezza, ma questa seconda eccezione non si applica al territorio occupato. L'evacuazione, inoltre, deve avvenire sulla base del consenso scritto dei genitori o tutori legali, o, nel caso essi non siano rintracciabili, delle autorità responsabili per la tutela dell'infanzia. Essa deve essere supervisionata dalla potenza protettrice (il ruolo di questa, se è assente, dovrà essere svolto dal CICR²⁴). Una serie di informazioni concernenti ogni minore evacuato devono poi essere fornite all'Agenzia centrale di tracciamento del CICR. Grande rilevanza è data al tema dell'identificazione dei minori, che deve essere curata dall'Ufficio di informazione che ogni parte in conflitto è tenuta ad istituire in base all'art. 50 della IV Convenzione²⁵.

Un ulteriore diritto che deve essere garantito a tutti i familiari, inclusi i minori, è quello di comunicazione, previsto dall'art. 25 della IV Convenzione. Appare chiaro come nessuna persona, *in primis* nessun minore, possa sparire; come debba essere sempre rintracciabile e sempre raggiungibile.

Per quanto riguarda il trattamento del minore evacuato o trasferito per qualsiasi motivo, le norme ci dicono che l'identità del minore deve essere pienamente rispettata: è dunque vietato modificare il suo

infra) che il limite generale, fatti salvi regimi specifici, sia di diciotto anni: cfr. R.K. DIXIT, *op. cit.*, pp. 29-30.

²⁴ Cfr. art. 11 della IV Conv. di Ginevra e art. 5 del I Protocollo aggiuntivo.

²⁵ V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., pp. 30-31, rilevano come l'Ucraina abbia stabilito il proprio Ufficio nazionale di informazione, ai sensi della III e della IV CG, mentre non risulta che la Russia abbia fatto altrettanto.

stato personale (art. 50 della IV Convenzione) e, di conseguenza, alterarne il nome, la nazionalità, l'etnia, la fede religiosa, lo stato familiare²⁶. Deve essere altresì garantita la continuità nell'educazione del minore, che deve avvenire, per quanto possibile, da parte di persone con simile tradizione culturale (art. 24 della IV Convenzione; si veda anche l'art. 78, par. 2, del I Protocollo). È pertanto evidentemente esclusa qualunque propaganda religiosa o politica o «etnica» tesa ad estirpare il minore dal suo ambiente naturale²⁷.

È chiaro come tutte queste norme siano state e siano violate in molte circostanze dalla parte russa. Laddove vi è stato il consenso dei genitori al trasferimento temporaneo dei minori in centri di vacanza, da un lato occorrerebbe verificare se esso possa ritenersi genuino, o non piuttosto ottenuto con coercizione. Ma anche ove si concludesse per l'autenticità di tale consenso, esso sarebbe stato in tantissimi casi violato con la mancata riconsegna dei minori alle famiglie, oltre che a ragione del trattamento cui i minori sono stati sottoposti²⁸.

Le misure adottate dalla Federazione Russa nei riguardi dei minori ucraini comportano anche molteplici lesioni dei diritti umani di tali minori e dei loro familiari²⁹. Per quanto riguarda i minori rilevano, in particolare, i diritti garantiti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, applicabile nei rapporti fra Ucraina e Russia³⁰: diritti che sono chiamati a svolgere una funzione complementare rispetto alle norme di diritto internazionale umanitario sopra ricordate, tantopiù laddove essi non entrano in conflitto con le norme di quest'ultimo, ma casomai ne rafforzano la protezione³¹. In specifico, va ricordato l'art. 8 della Convenzione, secondo il quale gli

²⁶ Cfr. J.S. PICTET (ed.), *IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: commentary*, ICRC, Genève, 1958, commento all'art. 50; R.K. DIXIT, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ Cfr. R.K. DIXIT, *op. cit.*, p. 21.

²⁸ Cfr. il rapporto della Yale School of Public Health, cit., p. 5. Secondo V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., p. 34, il trasferimento dei minori nei campi di ricreazione non costituiva, nella maggior parte dei casi, un trasferimento forzato o una deportazione, ma il prolungamento non consensuale del loro soggiorno ha reso la situazione simile a quella di un trasferimento forzato o di una deportazione.

²⁹ Cfr., tra gli altri, Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Urgent Action*, cit.; V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *op. cit.*, p. 48 ss.

³⁰ Per lo stato delle ratifiche di questo e dei successivi trattati menzionati, cfr. il sito del servizio dei trattati delle Nazioni Unite (<https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=en>).

³¹ Si vedano in proposito le considerazioni di E. GREPPI, in *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino 2012, p. 39 ss.

Stati parte si impegnano a rispettare il diritto dei minori a preservare la loro identità, inclusi la nazionalità, il nome e le relazioni familiari. Occorre anche ricordare il criterio del *best interest of the child* (art. 3), che deve presiedere a qualunque misura adottata nei confronti del medesimo, in particolare laddove si renda necessaria una separazione dai genitori, in virtù dell'art. 9. L'art. 11 della Convenzione impegna gli Stati parte a contrastare qualsiasi trasferimento illecito di minori all'estero così come il loro mancato rimpatrio: il pronto rimpatrio dei minori illegalmente trasferiti in un altro Stato è, d'altra parte, oggetto di obblighi precisi posti dalla Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la quale pure è applicabile nei rapporti fra i due Stati interessati³².

Dal momento che di numerosi minori trasferiti in Russia o in territori controllati dai russi risultano perse le tracce, occorre infine rilevare che tali situazioni possono dare luogo a casi di sparizione forzata. Sebbene non sia applicabile la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 20 dicembre 2006, che non è stata ratificata dalla Russia, va ricordato che tali condotte si qualificano, alla luce di una rilevante prassi e giurisprudenza, quali gravi violazioni di alcune norme fondamentali, dal diritto alla libertà personale al divieto di detenzione arbitraria, dal divieto di tortura al diritto alla vita al diritto ad un rimedio effettivo, contenute sia nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, che vincola i due paesi, sia nella Convenzione europea dei diritti umani del 4 novembre 1950, di cui è parte l'Ucraina e di cui è stata parte la Federazione Russa fino al 16 settembre 2022³³, oltre che nella Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, da cui pure entrambi gli Stati sono vincolati³⁴.

³² Cfr. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

³³ In merito alla cessazione della partecipazione della Federazione Russa alla CEDU a seguito della sua espulsione dal Consiglio d'Europa, cfr. A. SACCUCCI, *Le conseguenze dell'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa sui trattati stipulati nell'ambito dell'organizzazione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, 16, pp. 211 ss., 219 ss.

³⁴ In dottrina, cfr. N. KYRIAKOU, *The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Renditions*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2012, 13, pp. 1 ss., 10 ss.; H. KELLER, C. HÉRI, *Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights. A 'Wall of Silence', Fact-Finding Difficulties and States as 'Subversive Objectors'*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 12, p. 735 ss.

4. *La configurabilità del crimine di guerra di deportazione o trasferimento forzato*

Occorre a questo punto verificare se e in che limiti le condotte individuate sopra, sia nei confronti degli adulti o comunque di famiglie indivise, sia nei confronti di minori non accompagnati, possano dare luogo a crimini internazionali soggetti alla giurisdizione della Corte penale internazionale. Non vi è da stupirsi se la Corte penale internazionale si è concentrata, ad oggi, per quanto è dato sapere, sulle ipotesi del crimine di guerra di deportazione e di trasferimento forzato, ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 8(2)(a)(vii) e 8(2)(b)(viii) dello Statuto. Alla luce dell'indagine condotta sinora, pare infatti di poter individuare con relativa sicurezza la commissione del crimine di guerra di deportazione in relazione almeno ad una parte dei trasferimenti messi in opera nei confronti dei minori trasferiti in Russia o in Bielorussia e del crimine di trasferimento forzato con riferimento almeno ad una parte dei minori trasferiti in altre aree dei territori occupati dalla Federazione Russa³⁵. Considerazione analoga vale per una parte dei trasferimenti di adulti o famiglie messi in atto con le stesse destinazioni³⁶. Si ravvisano infatti le condizioni del trasferimento al di fuori o entro le frontiere del territorio occupato; della mancanza del consenso dei soggetti legittimati a prestarlo; dell'assenza di configurabilità dell'eccezione prevista per i casi di evacuazione per motivi di necessità militare e di quella predisposta per motivi di salvaguardia della sicurezza della popolazione: contrastano infatti con tale ultima esigenza, in particolare per quanto riguarda i minori, gli ostacoli posti al ritorno dei soggetti trasferiti, la ricollocazione permanente decisa per una parte di loro tramite procedura di adozione, le misure messe in atto ai fini di alterare componenti essenziali dell'identità, della cultura, del modo di pensare degli stessi. Il nesso delle condotte con il conflitto armato in corso non necessita di essere dimostrato.

Naturalmente, per quanto riguarda gli accusati di questi crimini, occorrerà provare da un lato la loro partecipazione alle condotte in questione e dall'altro l'elemento del dolo: tale prova potrà risultare più semplice per la deportazione e il trasferimento di minori, in particolare, ma non solo, per i due soggetti al momento ricercati dalla Corte penale internazionale, dati gli elementi di pubblicità e di riven-

³⁵ Così, tra gli altri, il rapporto dell'IICI dello HRC cit., p. 15 nonché V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., pp. 6, 31 ss.

³⁶ Cfr., tra gli altri, rapporto UNOHCHR del 24 marzo 2023, cit., pp. 17-18.

dicazione, sopra ricordati, che hanno caratterizzato il loro ruolo in questa vicenda³⁷.

5. *La configurabilità eventuale del crimine contro l'umanità di deportazione o trasferimento forzato*

A mio parere, se per quanto riguarda il trasferimento degli adulti occorre fermarsi, per il momento, alla formulazione dell'ipotesi del crimine di guerra, eventualmente associato ad altre condotte criminose, per il trasferimento di minori vi sono elementi che consentono di ipotizzare anche il crimine contro l'umanità di deportazione o trasferimento forzato di popolazione, ai sensi dell'art. 7(1)(d) dello Statuto³⁸.

L'art. 7(2)(d) precisa che per «deportazione o trasferimento forzato di popolazione» si intende l'allontanamento forzato delle persone in questione tramite espulsione o altri atti coercitivi dall'area in cui sono legalmente presenti, in assenza di motivi che lo consentano in base al diritto internazionale³⁹. Abbiamo già accertato che l'allontanamento è stato senz'altro coercitivo per una parte dei minori interessati; d'altro canto, anche laddove vi sia stato un valido consenso iniziale dei genitori, si può ritenere che in molti casi esso sia stato ottenuto con l'inganno o comunque sia stato successivamente tradito con la mancata restituzione dei minori trasferiti⁴⁰. Se anche non si potesse in questi casi ravvisare una deportazione o un trasferimento forzato, per mancanza dell'elemento della coercizione, rimarrebbero comunque i numerosi trasferimenti di minori istituzionalizzati avvenuti, come risulta, in assenza del consenso dei tutori o rappresentanti legali.

Non è il caso di soffermarsi sul requisito della presenza legale dei

³⁷ Sul fondamento della responsabilità penale, individuato dalla Corte, per Vladimir Putin, nell'art. 25(3)(a) dello Statuto, a titolo di *co-perpetration* diretta e indiretta, per aver commesso il fatto direttamente, in concorso con altri, e/o tramite altri e, a titolo accessorio, nell'art. 28(b) dello Statuto (responsabilità del superiore); per Maria Lvova-Belova, solo a titolo di *co-perpetration* diretta e indiretta (art. 25(3)(a)), cfr. il comunicato stampa della Corte del 17 marzo 2023, cit. In dottrina, A. SROVIN CORALLI, C. GABRIELE, «*Failure to Act*» of Mr Putin: *Liability by Omission*, in *Ejiltalk*, 10 maggio 2023.

³⁸ Così anche V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., p. 67.

³⁹ La definizione è ripresa all'art. 2(1)(d) e 2(2)(d) dei *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity* adottati dalla Comm. dir. int. (*Report of the International Law Commission*, settantunesima sessione (29 aprile-7 giugno e 8 luglio-9 agosto 2019), UN Doc. A/74/10, p. 11 ss.).

⁴⁰ Cfr. CPI, 8 luglio 2019, *Procuratore c. Bosco Ntaganda*, cit., § 1061.

minori nel territorio da cui sono stati allontanati, trattandosi, quantomeno nella stragrande maggioranza dei casi, di cittadini ucraini⁴¹. Quanto ai motivi legittimanti, abbiamo verificato l'assenza delle condizioni per una evacuazione lecita poste dal diritto internazionale umanitario: pertanto il trasferimento è avvenuto in violazione del diritto internazionale.

Il trasferimento può considerarsi allontanamento di «popolazione», trattandosi di molteplici individui⁴². Rimane dunque da considerare la presenza degli elementi di contesto che permettono di ravvisare un crimine contro l'umanità: l'attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile, in conformità di o in attuazione di un preciso programma politico dello Stato⁴³. Non vi è ad oggi certezza in merito all'estensione dell'attacco, ma pare evidente la sistematicità con cui i trasferimenti sono avvenuti. Le vittime si qualificano indubbiamente quali civili⁴⁴. Numerosi elementi sembrano infine attestare che il programma dei trasferimenti sia stato attuato, anche a livello locale, sulla base di precise direttive politiche provenienti dai vertici dello Stato russo⁴⁵.

Per ciò che attiene all'elemento soggettivo del crimine, dovrà naturalmente essere dimostrato, nel caso, in sede processuale, per ogni singolo imputato, dovendosi accertare tanto il dolo quanto la consapevolezza che la propria condotta si collocasse nel quadro di un attacco sistematico contro la popolazione civile ucraina.

Aggiungo solo, senza approfondire la questione, che accanto al crimine contro l'umanità di deportazione o trasferimento forzato di popolazione potrebbe essere ipotizzabile il crimine contro l'umanità di sparizione forzata di persone, ai sensi dell'art. 7, § 1(i) dello Statuto di Roma, laddove si dovessero ravvisare gli elementi propri di tale crimine nelle situazioni ove le tracce dei minori trasferiti sono andate

⁴¹ La CPI ha comunque messo in rilievo che il requisito della «presenza legale» copre «*individuals who, for whatever reason, have come to live in a community, including internally displaced persons ...*» (*ivi*, § 1069).

⁴² Cfr. ICTY, 7 maggio 1997, *Procuratore c. Tadić*, IT-94-1-T, § 644 e Comm. dir. int., commento al progetto di articoli sui crimini contro l'umanità, *Report*, cit., p. 22 ss., 36.

⁴³ Come è noto, la corrispondenza del requisito della «*policy*», introdotto dallo Statuto di Roma, alla consuetudine internazionale è stata negata dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*. L'elemento è stato peraltro mantenuto nel progetto della Comm. dir. int. Cfr. il relativo commento, cit., p. 37 ss. Nel caso che ci occupa tale requisito non suscita problemi.

⁴⁴ Cfr. V. BILKOVÁ, C. HELLESTVEIT, E. ŠTEINERTE, *Report*, cit., p. 27.

⁴⁵ Cfr. rapporto della Yale School of Public Health, cit., p. 17 ss.

perse⁴⁶. Naturalmente, laddove si ravvisasse la presenza di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile ucraina, qualunque condotta rientrante nelle definizioni di cui all'art. 7 dello Statuto, se commessa nell'ambito di tale attacco e con la consapevolezza dello stesso, verrebbe a qualificarsi quale crimine contro l'umanità⁴⁷.

6. *L'ipotesi del genocidio*

La questione più complessa che si pone rispetto alle condotte criminose di cui ci si occupa è quella relativa alla configurabilità di un'ipotesi di genocidio, ai sensi tanto della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 9 dicembre 1948 quanto dell'art. 6 dello Statuto della CPI. Come è noto, nell'elenco delle condotte che possono costituire genocidio, se attuate con l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale, ve n'è una che non è idonea a determinare di per sé l'estinzione fisica, totale o parziale, del gruppo, ma pare piuttosto contigua ad una ipotesi di genocidio culturale⁴⁸: è quella prevista alla lettera *e* dell'art. 6 dello Statuto e consiste nel trasferimento forzato di minori appartenenti al gruppo protetto ad un altro gruppo. Azione che può determinare la completa assimilazione dei minori, e dunque delle nuove generazioni, in un altro gruppo, causando così il venir meno della lingua, delle tradizioni culturali e della stessa memoria del gruppo protetto. Va peraltro evidenziato che anche tale condotta deve essere caratterizzata dal dolo specifico, che è interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza internazionale: sia i tribunali *ad hoc* sia la Corte internazionale di giustizia hanno infatti insistito sul fatto che la «distruzione» debba essere intesa quale annientamento fisico o biologico del gruppo in questione, escluden-

⁴⁶ Secondo W. BENEDEK, V. BILKOVÁ, M. SASSÒLI, *Report*, cit., p. 93, è verosimile che possa ravvisarsi un attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile in «*some patterns of violent acts violating IHRL, which have been repeatedly documented in the course of the conflict, such as targeted killing, enforced disappearance or abductions of civilians...*». La tesi è ribadita da V. BILKOVÁ, L. GUERCIO, V. SANCIN, *Report*, cit., p. 115.

⁴⁷ Cfr. W. BENEDEK, V. BILKOVÁ, M. SASSÒLI, *op. cit.* e V. BILKOVÁ, L. GUERCIO, V. SANCIN *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. C. KRESS, *The Crime of Genocide under International Law*, in *International Criminal Law Review*, 2006, 6, p. 461 ss., p. 484; F. JESSBERGER, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention - A Commentary*, Oxford 2009, pp. 87 ss., 102 ss.

do l'appartenenza del genocidio culturale alla nozione di genocidio codificata nella Convenzione del 1948 e negli strumenti successivi, incluso lo Statuto della CPI⁴⁹. La questione, a mio avviso, non può dirsi del tutto risolta, poiché la giurisprudenza internazionale non ha mai esaminato un caso di genocidio specificatamente consistente nel trasferimento di minori da un gruppo ad un altro⁵⁰. D'altra parte, se l'intento che accompagna il trasferimento di minori è quello di prevenire la possibilità che il gruppo continui a riprodursi, per quanto ci si collochi chiaramente ai confini con il genocidio culturale, potremmo dire di essere in presenza di un intento di eliminazione biologica del gruppo⁵¹.

Ciò che possiamo rilevare è che le condotte poste in essere nei confronti di molti minori paiono essere state poste in essere con l'obiettivo di una loro «russificazione», tesa ad assimilarli pienamente alla nazione russa, imbevendoli anzi di idee nazionaliste e bellicose, eliminando in loro i tratti, le componenti, la memoria delle loro origini ucraine. Il gruppo protetto sarebbe identificato quantomeno dalla nazionalità ucraina, eventualmente in associazione con ulteriori componenti etniche o religiose⁵².

Gli Elementi dei crimini della CPI prevedono che la condotta debba inserirsi in una serie di condotte analoghe dirette contro il gruppo preso di mira ovvero debba essere essa stessa idonea a pro-

⁴⁹ Cfr., in particolare, ICTY, 2 agosto 2001, *Procuratore c. Krstić*, cit., § 580; CIG, 26 febbraio 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sent., in Reports 2007, p. 43, § 344; CIG, 3 febbraio 2015, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, sent., in Reports 2015, p. 3, § 390. Per una lettura particolarmente restrittiva, e critica sulla possibilità di individuare un genocidio in Ucraina, cfr. W.A. SCHABAS, *Genocide and Ukraine. Do Words Mean What We Choose them to Mean?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, pp. 843 ss., 848 ss.

⁵⁰ Per una ipotesi di genocidio relativa a condotte multiple, includenti anche il trasferimento di minori, perpetrate dall'ISIS contro il gruppo degli yazidi, cfr. il rapporto della Commissione internazionale indipendente di inchiesta sulla Repubblica araba siriana, nominata dal Consiglio dei diritti umani, «*They came to destroy*»: *ISIS Crimes Against the Yazidis*, UN Doc. A/HRC/32/CRP.2 del 15 giugno 2016, p. 20 ss. Chiaramente a favore del perseguimento del crimine di genocidio nel caso ucraino, in chiave di genocidio culturale, ma nella prospettiva della giurisdizione interna tedesca, è T. STUDT, *The Necessity of a Structural Investigation into the Cultural Genocide in Ukraine*, in *Voelkerrechtsblog*, 15 febbraio 2023.

⁵¹ Cfr. C. KRESS, *The Crime*, cit., p. 487; F. JESSBERGER, *The Definition*, cit., p. 107 s.

⁵² Cfr. N. QUÉNIVET, *The Conflict in Ukraine and Genocide*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2022, 25, p. 141 ss., pp. 148-149.

durre la distruzione⁵³. La previsione, che pare finalizzata non a restringere la definizione del genocidio, bensì a circoscrivere l'esercizio da parte della Corte della sua giurisdizione⁵⁴, non pone problemi nel caso di specie, visto che ci troviamo di fronte ad una serie di condotte analoghe. Anzi, tali condotte, come si è avuto modo di evidenziare, paiono collegarsi ad un'azione concertata sul piano politico, la quale non è comunque richiesta per il verificarsi del crimine, benché possa essere utile alla sua rilevazione⁵⁵.

Al fine di provare la sussistenza di un genocidio, tuttavia, potrebbe risultare particolarmente insidiosa la prova della sussistenza del dolo specifico (inteso secondo quanto si è chiarito sopra) in capo agli eventuali imputati⁵⁶.

Laddove le basi fossero presenti, escluderei che tale intento si possa caratterizzare come diretto alla eliminazione totale della nazione ucraina: se dunque vi fosse genocidio, esso sarebbe caratterizzato da un intento di distruzione parziale. La giurisprudenza internazionale ha chiarito come la distruzione parziale debba riguardare una parte sostanziale del gruppo protetto, o in termini numerici, oppure per l'importanza, anche in termini simbolici, che tale porzione del gruppo, identificata vuoi in termini di classe sociale o di altre caratteristiche, vuoi sulla base della sua collocazione geografica, possa rivestire per il gruppo nel suo insieme⁵⁷. Nel caso di cui ci stiamo occupando, pare che le vittime siano state identificate casualmente, in ragione del loro trovarsi in una determinata zona in un dato momento, e non sulla base di caratteristiche specifiche. Sembra dunque che l'unica considerazione che possa portare all'identificazione della parte come sostanziale sia eventualmente in questo caso quella numerica. Come ricordato, non abbiamo al momento elementi sufficienti per quantificare le vittime e dunque per misurare la rilevanza quantitativa della popolazione che ha subito le condotte criminose. Ma va tenuto presente che ciò che rileva, alla fine dei conti, non è l'entità

⁵³ ICC, *Elements of Crimes*, sub art. 6(e).

⁵⁴ Cfr. F. JESSBERGER, *The Definition*, cit., p. 95.

⁵⁵ Secondo A. CASSESE, *Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?*, in P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention* cit., pp. 128 ss., 134 ss., tale requisito è presupposto per tre delle condotte costituenti genocidio, tra le quali il trasferimento di minori da un gruppo ad un altro.

⁵⁶ N. QUÉNIVET, *The Conflict*, cit., p. 153, rileva che «*so far, no dolus specialis, i.e., the intent to destroy Ukrainians as a national or ethnical group as such, can be identified*», ma sottolinea che la situazione potrebbe modificarsi con il passare del tempo.

⁵⁷ Cfr. F. JESSBERGER, *The Definition*, cit., p. 108 ss.

delle vittime effettive: se anche dovessimo concludere che il loro numero non sia sufficientemente significativo, è quello potenziale, cioè corrispondente alle intenzioni di coloro che hanno pianificato e/o contribuito ad attuare la campagna di trasferimenti e tutto ciò che vi consegue, che potrebbe portare ad incriminazioni per genocidio. Le condizioni per indagini serie e approfondite anche sull'eventuale crimine di genocidio sono presenti⁵⁸, ma molti elementi rilevanti richiedono di essere verificati.

I crimini qui brevemente indagati rappresentano, purtroppo, solo una porzione dei crimini internazionali che hanno caratterizzato il conflitto russo-ucraino sin dalle origini: una porzione, tuttavia, particolarmente aberrante, dato che le prime vittime dei crimini che abbiamo considerato sono i minori. Non si può che auspicare che la giustizia penale, *in primis* quella internazionale, attraverso la CPI, ed eventualmente quella nazionale, possano contribuire a far luce, e giustizia, almeno su una parte di questi crimini e per una parte dei responsabili.

⁵⁸ Cfr. anche A. BISSET, *Ukraine Symposium - Russia's Forcible Transfer of Children*, in *Lieber Institute West Point*, 5 ottobre 2022.

ILARIA VIARENGO*

Giornalisti e conflitti armati: quale protezione?

SOMMARIO: 1. La questione della protezione dei giornalisti nei conflitti armati. – 2. Le garanzie del diritto umanitario. – 3. Il ruolo dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani. – 4. Segue: la tutela del diritto alla vita e della libertà di informazione. – 5. Considerazioni conclusive

1. *La questione della protezione dei giornalisti nei conflitti armati*

La presenza dei giornalisti nei conflitti armati, come drammaticamente evidente nel contesto della guerra in corso in Ucraina ove dall'inizio dell'aggressione militare russa nel febbraio 2022 risulta che almeno dodici giornalisti siano stati uccisi e molti altri feriti, li espone a costanti pericoli e condizioni di vulnerabilità. Il ruolo da essi svolto è indubbiamente di fondamentale interesse pubblico¹, non solo perché essenziale al fine di fornire informazioni di prima mano sul conflitto, nel pieno esercizio della libertà di espressione che ricomprende, come costantemente ribadito negli atti internazionali e nella prassi, il diritto sia di cercare e diffondere, sia di ricevere informazioni attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere; consente altresì la raccolta e la documentazione di elementi fattuali che riguardano potenziali violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, che potrebbero rivelarsi utili in successive procedure, anche dinanzi a tribunali internazionali, volte all'accertamento delle responsabilità per tali violazioni.

La questione della loro protezione è da tempo oggetto di attenzione internazionale, sia nell'ambito delle Nazioni Unite, sia a livello regionale. Basti ricordare che nel 2006, il Consiglio di sicu-

* Professoressa ordinaria, Università degli Studi di Milano.

¹ M. CASTELLANETA, *Conflitti armati e protezione dei giornalisti*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, II, Torino 2011, p. 159 ss.

rezza delle Nazioni Unite ha adottato la Risoluzione 1738 (2006)², che ha stabilito un approccio coerente e orientato all'azione per la sicurezza dei giornalisti nei conflitti armati, ricordando che gli attacchi intenzionalmente diretti contro i civili, compresi i giornalisti, costituiscono crimini di guerra, e richiamando gli Stati all'obbligo di porre fine all'impunità per tali crimini. Nel 2012 è stato adottato il Piano d'azione delle Nazioni Unite sulla sicurezza dei giornalisti e la questione dell'impunità³, cui sono seguite molteplici iniziative e diverse risoluzioni⁴, tra le quali di primario rilievo è la Risoluzione del Consiglio di sicurezza 2222 (2015)⁵ che, esprimendo profonda preoccupazione per «the frequency of acts of violence in many parts of the world against journalists, media professionals, and associated personnel in armed conflict, in particular deliberate attacks in violation of international humanitarian law», richiama gli Stati alle loro responsabilità in base al diritto umanitario e alle norme internazionali sui diritti umani, ribadendo l'urgenza di adottare misure adeguate per assicurare alla giustizia gli autori delle violazioni di tali norme e ottenere la liberazione dei giornalisti e dei professionisti dell'informazione tenuti sotto sequestro.

Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1738 (2006) e 2222 (2015) vengono richiamate nella decisione n. 3/2018 dell'OSCE *Safety of Journalists*, nella quale gli Stati OSCE si impegnano «a condannare pubblicamente e inequivocabilmente tutti gli attacchi e le violenze

² United Nations Security Council, Resolution 1738 (2006), adottata il 23 dicembre 2006.

³ Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *UN Plan of Action on the Safety of Journalists and the Issue of Impunity*, disponibile su: <http://bit.ly/3l8n2mK>.

⁴ Cfr., *inter alia*, la Risoluzione 21/12 *Safety of Journalists*, adottata dallo Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite il 9 ottobre 2012 e la Risoluzione *Safety of Journalists and issue of impunity* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 18 dicembre 2013. Mette conto altresì di segnalare: *The safety of journalists and the issue of impunity. Report of the Secretary-General* del 16 agosto 2019, nel quale si denuncia l'aumento «of attacks against the physical safety of journalists and media workers, as well as of incidents affecting their ability to exercise freedom of expression, including threats of prosecution, arrest, imprisonment, denial of journalistic access and failure to investigate and prosecute crimes against them» (<https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a74314-report-safety-journalists-and-issue-impunity>); Intergovernmental Council of the International Programme for the Development of Communication, *Director-General's Report on the Safety of Journalists and the Danger of Impunity*, CI-22/COUNCIL.33/6, adottata l'8 novembre 2022, disponibile su: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383595>. Per ulteriori riferimenti si rinvia a W. HORSLEY, in *Safety of Journalists Guidebook*, 3rd Edition, OSCE, Vienna, 2018.

⁵ CdS, UN DOC. S/RES/2222 del 27 maggio 2015.

contro i giornalisti». In essa, *inter alia*, si pone l'accento sui rischi specifici che le giornaliste affrontano in relazione al loro lavoro, quali «le molestie sessuali, gli abusi, le intimidazioni, le minacce e la violenza, perpetrati anche attraverso le tecnologie digitali»⁶. Così come nelle risoluzioni citate, gli Stati sono esortati a «adottare misure efficaci per porre fine all'impunità per i reati commessi nei confronti di giornalisti, garantendo l'accertamento delle responsabilità come elemento chiave per prevenire futuri attacchi, assicurando inoltre che le agenzie delle forze dell'ordine svolgano indagini rapide, efficaci e imparziali su atti di violenza e su minacce nei confronti di giornalisti, al fine di assicurarne i responsabili alla giustizia e garantire che le vittime abbiano accesso a rimedi adeguati»⁷.

Per quanto concerne il Consiglio d'Europa, è attiva dal 2015 una piattaforma digitale per promuovere la tutela del giornalismo e la sicurezza dei giornalisti⁸ e nell'aprile 2022 è stato pubblicato un rap-

⁶ La situazione delle giornaliste è particolarmente preoccupante perché esposte a ulteriori rischi e pericoli. Sull'esigenza di rafforzare la tutela nei loro confronti si vedano altresì la Consiglio sui Diritti Umani, UN Doc. A/HRC/RES/33/2, *The Safety of Journalists* del 6 ottobre 2016, che contiene disposizioni specifiche, e la raccomandazione del Consiglio d'Europa, CoE, *Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors*, adottata il 16 aprile 2016, che esorta a un approccio sistematico *ad hoc* precisando che «Journalists and other media actors are often specifically targeted on account of their gender, gender identity, sexual orientation, ethnic identity, membership of a minority group, religion, or other particular characteristics which may expose them to discrimination and dangers in the course of their work. Female journalists and other female media actors face specific gender-related dangers, including sexist, misogynist and degrading abuse; threats; intimidation; harassment and sexual aggression and violence. These violations are increasingly taking place online. There is a need for urgent, resolute and systemic responses» (§ 2). Si veda anche il rapporto annuale 2021 dell'OSCE Special Representative on Gender Issues, *Violence against women journalists and politicians: a growing crisis*, disponibile su <https://www.oscepa.org/en/documents/special-representatives/gender-issues/report-17/4247-2021-report-by-the-special-representative-on-gender-issues-violence-against-women-journalists-and-politicians-a-growing-crisis/file>.

⁷ Si veda OSCE, Decision No. 3/2018, *Safety of Journalists*, adottata il 7 dicembre 2018, reperibile anche nella traduzione italiana sul sito: <https://www.osce.org/chairmanship/406538>. Nell'ambito dell'OSCE, molto intensa è l'attività dell'OSCE Representative on Freedom of the Media (RfOM), con sede a Vienna, che peraltro ha di recente (febbraio 2023) tenuto una *roundtable* specifica sul tema «Safety of journalists in conflict situations». Il relativo rapporto è disponibile sul sito: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/5/538527.pdf>.

⁸ Cfr. *Platform to promote the protection of journalism and safety of journalists*, disponibile su <https://fom.coe.int/en/accueil>, che riporta le minacce gravi alla sicu-

porto intitolato *Freedom of Expression in 2021* sul rispetto della libertà di espressione negli Stati membri, avvalendosi della prassi della Corte europea dei diritti umani e degli altri meccanismi di monitoraggio del Consiglio d'Europa⁹.

2. Le garanzie del diritto umanitario

Come è ben noto, il diritto internazionale umanitario stabilisce due diversi *status* per i giornalisti in situazioni di conflitto armato internazionale: i «corrispondenti di guerra», che sono autorizzati dalle forze armate pur senza farne parte, e gli altri giornalisti¹⁰. In estrema sintesi si ricorda che i corrispondenti di guerra catturati nell'esercizio delle loro funzioni in un'area di conflitto sono considerati prigionieri di guerra. Ciò li pone sotto la protezione della III Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra¹¹. Quanto alle altre categorie di giornalisti che pur non accreditati presso le forze armate sono impegnati in missioni professionali pericolose in aree di conflitto armato, l'art. 79 del I Protocollo addi-

rezza dei giornalisti e alla libertà dei media in Europa, al fine di rafforzare la risposta del Consiglio d'Europa e individuare la responsabilità degli Stati membri. Si veda anche la relazione annuale 2022 delle organizzazioni partner della piattaforma del Consiglio d'Europa: J. MARTHOZ (a cura di), *Defending Press Freedom in Times of Tension and Conflict*, Council of Europe, 2022, disponibile su <https://rm.coe.int/platform-protection-of-journalists-annual-report-2022/1680a64fe1>. Con finalità analoghe la prima piattaforma digitale sulla sicurezza dei giornalisti è stata lanciata in Africa nel gennaio 2021, disponibile su <https://safetyofjournalistsinafrica.africa>.

⁹ *Freedom of Expression in 2021*, Council of Europe, 2022, reperibile sul sito <https://rm.coe.int/freedom-of-expression-2021-en/1680a6525e>.

¹⁰ Si vedano A. BALGUY-GALLOIS, *Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé*, in *International Review of the Red Cross*, 2004, 86, p. 37 ss.; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016, p. 199 ss.; D.J. HESSEL, *The Pen and the Sword: International Humanitarian Law Protections for Journalism*, in *Yale Int. L.J.*, 2016, 41, p. 415 ss.; A. ANNONI, F. SALERNO, *La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati*, Bari 2019, p. 166 s.

¹¹ L'art. 4, A, § 4 della III Convenzione di Ginevra stabilisce che sono prigionieri di guerra «le persone che seguono le forze armate senza farne direttamente parte, come i membri civili di equipaggi di aeromobili militari, corrispondenti di guerra, fornitori, membri di unità di lavoro o di servizi incaricati del benessere delle forze armate, a condizione che ne abbiano ricevuto l'autorizzazione dalle forze armate che accompagnano. Queste sono tenute a rilasciar loro, a tale scopo, una tessera d'identità analoga al modulo allegato». Il testo in italiano è in E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino 2012, p. 39 ss.

zionale del 1977, espressamente dedicato alla loro protezione, li qualifica come civili¹². Tale disposizione, di consolidato valore consuetudinario¹³, precisa cioè che un giornalista, il quale è indubbiamente un civile, non perde il suo *status* perché svolge la sua missione professionale entrando in una zona di conflitto, anche se accompagna le forze armate e si avvantaggia dal punto di vista logistico del loro supporto¹⁴. Nonostante l'assenza di una definizione di cosa si intenda per giornalista, indicazioni verso una interpretazione assai ampia sono fornite dal Commentario all'art. 79 del I Protocollo addizionale del Comitato internazionale della Croce Rossa (ICRC)¹⁵.

Essi godono quindi del trattamento garantito ai civili dal diritto umanitario, e come tali non possono essere oggetto della violenza bellica. Tuttavia, come tutti i civili, i giornalisti conservano tale protezione «a condizione che si astengano da qualsiasi azione che pregiudichi il loro statuto di persone civili, e senza pregiudizio del diritto dei corrispondenti di guerra accreditati presso le forze armate, di beneficiare dello statuto previsto dall'articolo 4 A. 4) della III Convenzione». Profili di incertezza sulla definizione di «partecipazione diretta» alle ostilità, con riferimento a attività compiute dai giornalisti sono stati evidenziati in dottrina, laddove si ritiene comunemente che la mera propaganda, anche volta a sostenere lo sforzo bellico, non debba fare venire meno tale protezione¹⁶.

¹² In E. GREPPI, G. VENTURINI, *Codice*, cit. p. 171.

¹³ Come tale applicabile sia nei conflitti armati internazionali, sia in quelli interni. V. J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Study on International Customary Humanitarian Law by the International Committee of the Red Cross (ICRC)*, I, Cambridge 2009, p. 115 ss. Disponibile su: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.

¹⁴ *CRC Database, Treaties, States Parties and Commentaries, Treaties and States Parties* (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/treaties-and-states-parties>), § 3257.

¹⁵ Il Commentario richiama la definizione contenuta nell'Art. 2(a) del progetto di Convenzione ONU *Protection of Journalists engaged in Dangerous Missions in Areas of Armed Conflict*, approvato nel 1972 (28° sessione) dalla Commissione dei diritti umani della Nazioni Unite. Utile ai fini dell'interpretazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 79 del I Protocollo addizionale è il UNHRC, *General Comment No. 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression*, adottato il 12 settembre 2011, che definisce la categoria professionale in termini molto ampi.

¹⁶ Si vedano, fra tutti, M. CASTELLANETA, *Conflitti armati*, cit., p. 164 ss.; I. DÜSTERHÖFT, *The Protection of Journalists in Armed Conflicts: How Can They Be Better Safeguarded?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, p. 4 ss., spec. p. 12 s.

3. *Il ruolo dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani*

La protezione dei giornalisti nei conflitti armati non riguarda solo il diritto internazionale umanitario, ma anche quella parte del diritto internazionale dedicata alla tutela dei diritti umani, intesi come diritti della persona, volti a ogni individuo in modo uguale e indifferenziato.

I due sistemi sono strettamente correlati¹⁷, come ribadito anche di recente dagli organi internazionali di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani. Basti ricordare il caso *Georgia c. Russia*, del 21 gennaio 2021, in cui la Corte europea dei diritti umani ha accertato la violazione da parte della Federazione Russa di diversi articoli della Convenzione europea e dei suoi protocolli, partendo dall'esame della «interrelation between the two legal regimes with regard to each aspect of the case and each Convention Article alleged to have been breached»¹⁸, dopo avere respinto le eccezioni della Russia secondo la quale la Convenzione non era applicabile perché era in corso un conflitto armato internazionale che imponeva la valutazione dei fatti allegati secondo il diritto internazionale umanitario e non sulla base della Convenzione stessa. Il 25 gennaio 2023 la Grande Camera della stessa Corte nel caso *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, nel dichiarare parzialmente ammissibili i ricorsi presentati dai Paesi Bassi e dall'Ucraina per l'abbattimento del volo MH17 della Malaysia Airlines nel 2014, ha stabilito che la Federazione russa aveva la giurisdizione sul territorio dell'Ucraina orientale in mano ai separatisti dall'11 maggio 2014 e, richiamando la sua giuri-

¹⁷ Del tema relativo all'interazione tra diritto internazionale umanitario e norme internazionali a tutela dei diritti umani molto si è occupato lo Studioso che qui si onora. Cfr. E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *La Comunità Internazionale*, 1996, p. 473 ss.; ID., *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano 2006, p. 801 ss.; ID., *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino 2012, p. 15 ss. In dottrina si vedano altresì G. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell'uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *Riv. it. dir. uomo*, 2001, p. 49 ss.; A. ANNONI, F. SALERNO, *La tutela internazionale*, cit., p. 75 ss.; P. KEMPEES *“Hard Power” and the European Convention on Human Rights*, Leiden 2021.

¹⁸ Corte EDU, 21 gennaio 2021 (G.C.), ricorso n. 38263/08, *Georgia c. Russia (II)*, §§ 194-222; 234-256; 266-281; 290-301; 310-14; 323-327. In termini analoghi si è pronunciato anche il Comitato dei diritti umani in tre *General Comments*: UNHRC, General Comment No. 29, *States of Emergencies (Art. 4)*, adottato il 24 luglio 2001, § 3; UNHRC, General Comment No. 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, adottato il 29 marzo 2004, § 11; UNHRC, General Comment No. 36, *Article 6. Right to life*, adottato l'8 ottobre 2018, § 64.

sprudenza precedente, ha altresì ribadito che le norme convenzionali continuano ad applicarsi nei conflitti armati internazionali, in conformità alle norme di diritto internazionale umanitario¹⁹.

Pur vero che non ci sono convenzioni internazionali specifiche sulla sicurezza dei giornalisti, molteplici sono le norme e i trattati sui diritti umani che si applicano in situazioni in cui la sicurezza dei giornalisti in zone di guerra è a rischio. Vengono in linea di conto in particolare le norme internazionali che tutelano il diritto alla vita²⁰ e la libertà di espressione. Esse trovano applicazione in caso di conflitto armato²¹, anche laddove sia prevista la facoltà di deroga, ovvero la facoltà concessa agli Stati in alcuni strumenti internazionali di sospendere la garanzia dei diritti in essi previsti, ad eccezione di alcuni, quando ciò si dimostri necessario per far fronte a situazioni di particolare difficoltà per lo Stato²². Come è noto, essa è prevista dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 15 della Convenzione europea e dall'art. 17 della Convenzione americana sui diritti umani, ove ciò si dimostri necessario per fronteggiare situazioni che la Convenzione europea e quella americana identificano

¹⁹ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (C.G.), ricorso n. 8019/16, n. 43800/14 e n. 28525/20, Ucraina e Paesi Bassi c. Russia, §§ 718-721.

²⁰ Sul livello di protezione offerto al diritto alla vita dalle norme a tutela dei diritti umani e dal diritto umanitario si veda M. PEDRAZZI, *La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e tutela internazionale dei diritti umani*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA, *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli 2012, p. 79 ss. Sulla prassi degli organi di controllo dei trattati internazionali sui diritti umani con riferimento ai giornalisti si rinvia a S. CASEY-MASLEN, *The Right to Life under International Law*, Cambridge 2021, p. 565 ss.

²¹ L'applicabilità delle norme sui diritti umani nel corso dei conflitti armati è da ritenersi consolidata ed è stata confermata in numerose occasioni non solo dagli organi internazionali di controllo per la tutela dei diritti umani ma anche dalla Corte Internazionale di Giustizia, la quale nel suo celebre parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati ha ricordato che «the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation». Cfr. Corte Internazionale di Giustizia, *Legal Consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo, 9 luglio 2004, § 106, riprodotto in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 1069 ss. Sul punto si veda E. GREPPI, *I crimini*, cit., p. 41 ss. La Corte europea, dal canto suo, nella sentenza Corte EDU, 16 settembre 2014 (G.C.), ricorso n. 29750/09, Hassan c. Regno Unito, cui si sono ispirate sentenze successive, ha chiarito che «the Convention must be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part... This applies no less to international humanitarian law». (§ 102).

²² Sul tema delle deroghe cfr. G. CATALDI, *Le deroghe dai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale*, cit., p. 752 ss.

nella guerra e in ogni «public emergency threatening the life of the nation» laddove nel Patto manca il riferimento alla guerra. Tuttavia, questa omissione, dovuta alla preoccupazione dell'Assemblea generale di non sembrare di riconoscerne la legittimità negata dalla Carta della Nazioni Unite, non va intesa nel senso di escludere il conflitto armato dall'ambito di applicazione dell'art. 4, purché esso sia tale per dimensioni e caratteristiche da minacciare la vita del paese.

Si consideri inoltre che le convenzioni adottate a livello sia universale sia regionale non si limitano alla enunciazione precisa di diritti dell'individuo e dell'obbligo internazionale degli Stati di rispettarli e di promuoverli, ma comportano anche la previsione di meccanismi internazionali di controllo del rispetto puntuale da parte degli Stati degli obblighi convenzionalmente assunti, attraverso l'istituzione di organismi internazionali che possono essere rappresentati da un comitato di esperti o da organi con carattere giudiziario come la Corte europea. Tali meccanismi, in particolare laddove sia prevista la procedura dei ricorsi individuali, vale a dire il diritto del singolo di proporre ricorso contro uno Stato inadempiente²³, si rivelano più incisivi ed efficaci dei meccanismi di controllo stabiliti nell'ambito del diritto umanitario²⁴.

4. Segue: *la tutela del diritto alla vita e della libertà di informazione*

Il diritto alla vita, in tutti gli strumenti indicati, è espressamente qualificato come inderogabile, stante l'inoperatività nei suoi confronti della facoltà di deroga²⁵. È spesso definito come diritto supre-

²³ Molto frequente è la presentazione dei ricorsi individuali, che si conta nel numero di migliaia ai sensi di ogni convenzione che la permette, e che ha dato luogo ad un'abbondante giurisprudenza degli organi di controllo, talora assai nota, come quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, talaltra meno nota ma non per questo meno rilevante, come quella del Comitato dei diritti umani istituito nell'ambito del Patto internazionale sui diritti civili e politici. In entrambi i casi, al di là dell'effetto prodotto sul caso singolo sottoposto all'organo di controllo, tale giurisprudenza ha avuto il merito di fornire un'interpretazione dei parametri di protezione offerti dalle singole convenzioni, e di far progredire in modo evolutivo la normativa internazionale in materia, con riferimento all'adeguatezza delle misure adottate dallo Stato nel suo ordinamento e alla conformità al diritto internazionale di livelli di protezione da questo forniti.

²⁴ V. sul punto E. GREPPI, *Tutela dei diritti umani*, cit., p. 818. Come rileva N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 2021, p. 174 «L'individuo non ha un rimedio davanti ad una giurisdizione internazionale per la violazione del diritto umanitario; al contrario mezzi di tutela sono previsti dalle convenzioni in materia dei diritti dell'uomo».

²⁵ Art. 4(2), del Patto e art. 15(2), della Convenzione.

mo, presupposto fondamentale della garanzia di tutti gli altri diritti contemplati dallo strumento convenzionale²⁶. È previsto, fra l'altro, nell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 2 della Convenzione europea. Non suscettibile di un'interpretazione restrittiva – come sottolineato dallo stesso Comitato nel *General comment No. 6*²⁷ – esso va inteso non solo nella sua componente negativa comportante l'obbligo per gli Stati di astenersi dal compiere azioni che possono privare in maniera illegittima o arbitraria della vita l'individuo, ma anche riguardo all'obbligo di adottare misure che offrano a tale diritto una adeguata protezione. Ciò vale in particolare nei confronti di coloro «whose lives are at particular risk», tra i quali lo stesso Comitato espressamente indica i giornalisti²⁸.

L'obbligo degli Stati di porre in essere un sistema che garantisca l'effettività di tale protezione comporta altresì che siano resi disponibili procedure e mezzi di ricorso efficaci per perseguire i responsabili della violazione. Costante è l'affermazione, nella prassi degli organi internazionali di controllo, dei c.d. «obblighi positivi degli Stati», cioè obblighi di adottare misure positive di protezione dei diritti umani volte a prevenire e perseguire penalmente la violazione, al fine di combattere l'impunità²⁹.

²⁶ Si veda UNHRC, *General Comment No. 6: The right to life (Art. 6)* adottato il 30 aprile 1982, § 1. La Corte europea a sua volta nella sentenza Corte EDU, 22 marzo 2001 (G.C.), ricorso n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, § 94, ha definito il diritto alla vita quale «supreme value in the hierarchy of human rights».

²⁷ *General Comment No. 6*, § 5.

²⁸ *Ibid.* § 23.

²⁹ Nella vasta giurisprudenza sul punto, basti ricordare la nota sentenza della Corte EDU, 24 marzo 2011 (G.C.), ricorso n. 23458/02, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, nella quale la Corte dopo avere ricordato che «l'articolo 2 può imporre alle autorità l'obbligo positivo di adottare in via preventiva misure di ordine pratico per tutelare l'individuo in pericolo di vita a causa del comportamento criminoso altrui» (§ 244) e che «l'obbligo per lo Stato di condurre un'inchiesta effettiva è considerato nella giurisprudenza della Corte come un obbligo inerente all'articolo 2, che esige in particolare che il diritto alla vita sia tutelato dalla legge» (§ 299), conclude poi, nella fattispecie, per la non violazione dell'articolo 2 della Convenzione per i fatti accaduti durante il G8 di Genova, anche sotto il profilo procedurale, perché l'inchiesta condotta dall'Italia è considerata effettiva e sufficientemente efficace per permettere di determinare che il ricorso alla forza fu giustificato e che l'organizzazione e la pianificazione delle operazioni di polizia furono conformi all'obbligo che incombe sullo Stato di tutelare la vita delle persone presenti sul suo territorio. Il richiamo agli obblighi positivi dello Stato è costante nella giurisprudenza della Corte relativa ai casi di violenza domestica sin dal caso Corte EDU, 9 giugno 2009 (G.C.), ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*.

La maggior parte degli attacchi contro i giornalisti infatti non vengono perseguiti o sanzionati. Significativo, nella giurisprudenza della Corte europea, è il caso *Mazepa and Others c. Russia*³⁰, riguardante l'assassinio della giornalista Anna Politkovskaya. La Corte, dopo avere ribadito che la protezione del diritto alla vita di cui all'art. 2 comporta l'obbligo di garantire che si effettui un'indagine indipendente e imparziale su ogni decesso, sia esso imputabile a pubblici ufficiali o a privati individui, osserva con riferimento specifico ai giornalisti che «the pivotal issue in the present case is the respondent State's compliance with its obligation to carry out an effective investigation into the contract killing of an investigative journalist», e che «in cases where the victim of a killing is a journalist, it is of utmost importance to check a possible connection of the crime to the journalist's professional activity». A questo riguardo richiama quindi la *Recommendation CM/Rec (2016) 4 on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors*, nella quale il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa raccomanda «that the conclusions of an investigation must be based on a thorough, objective and impartial analysis of all the relevant elements, including the establishment of whether there is a connection between the threats and violence against journalists and other media actors and the exercise of journalistic activities or contributing in similar ways to public debate»³¹.

La libertà di espressione, pur non figurando nel novero delle disposizioni inderogabili, può subire restrizioni solo nel rispetto delle condizioni previste nelle stesse clausole di deroga, tra cui in primo luogo il principio di proporzionalità e necessità, la cui applicazione va intesa in maniera restrittiva. Le misure adottate dal governo devono essere proporzionate alla gravità della situazione e necessarie al fine di salvaguardare la vita dello Stato. Soprattutto nella prassi del Comitato dei diritti umani frequenti sono i richiami agli Stati che non prestano adeguata attenzione al principio di proporzionalità³². Il rigore con cui il Comitato insiste sull'obbligo di fornire informa-

³⁰ Corte EDU, 17 luglio 2018 (G.C.), ricorso n. 15086/07, *Mazepa and Others v. Russia*.

³¹ *Ibid.* § 73.

³² Esempio è il caso dell'Uruguay che in adempimento agli obblighi di notifica di cui all'art. 4(3), si limitò a indicare che l'emergenza nel paese era «a matter of universal knowledge». Il Comitato nel commento conclusivo al rapporto dello Stato (UN DOC. A/37/40, § 270) ne affermò l'incompatibilità con il Patto e ribadì la sua posizione in alcune constatazioni relative a ricorsi individuali. Sul punto v. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 955 ss.

zioni dettagliate circa le ragioni e le condizioni sia della situazione eccezionale, sia dei provvedimenti adottati, serve a contrastare l'interpretazione che sembra presupposta da quegli Stati che si limitano ad invocare genericamente lo stato di emergenza: che tale stato di per sé autorizzerebbe ogni sospensione dei diritti derogabili. Ora, in molti casi tali diritti non dovrebbero essere totalmente eliminati durante l'emergenza, neanche fosse questa determinata da un conflitto armato³³. La gravità della situazione non legittima *per se* qualsiasi misura derogatoria, a meno che lo Stato non dimostri l'impossibilità di fronteggiare la situazione con misure meno severe³⁴.

Inoltre, quale ulteriore limite alla facoltà di deroga risulta il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale. Questa espressione significa che gli Stati non possono avvalersi del Patto o della Convenzione europea per sottrarsi al rispetto ad essi imposto da norme di diritto internazionale più rigorose e così accrescere i propri poteri eccezionali. Tra le norme che devono intendersi richiamate attraverso il rinvio agli obblighi di diritto internazionale particolare interesse rivestono le norme di diritto internazionale umanitario, che, come è noto, prevedono l'inderogabilità di certe garanzie modulandola diversamente a seconda del carattere internazionale o non del conflitto e della categoria delle persone protette, nonché quelle norme consuetudinarie che qualificano certe violazioni dei diritti umani come crimini contro l'umanità. I diritti fondamentali protetti da queste ultime, come è facile intuire, non possono essere derogati neppure in situazioni di emergenza poiché se una certa condotta è ritenuta suscettibile di determinare la responsabilità penale dell'individuo che ne è l'autore, non può la medesima condotta essere giustificata dallo Stato cui essa è riconducibile avvalendosi della gravità della situazione³⁵.

Quanto al contenuto della libertà di espressione, mette conto solo di ricordare che essa, prevista pressoché negli stessi termini all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti umani, all'art. 10 della Convenzione europea e all'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici è stata intesa in senso molto ampio da parte della Corte europea e del Comitato e garantita quale libertà fondamentale

³³ Cfr. sul punto F. POCAR, *Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights and Armed Conflicts*, in L.C. VOHRAH *et al.* (a cura di) *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague-London-New York 2003, p. 732.

³⁴ Si veda il commento conclusivo sulla Gran Bretagna del 29 ottobre 2001 (CCPR/C/UK/99/519).

³⁵ *General Comment No. 29*, § 12.

di ogni società democratica. La libertà di espressione è di particolare importanza per la stampa. La funzione della stampa, che secondo tali organi consiste nel diffondere informazioni o idee su questioni di interesse pubblico alla quale corrisponde il diritto della collettività di riceverle, è ritenuta fondamentale per il mantenimento e lo sviluppo di un sistema democratico³⁶.

In conclusione, quindi, anche in assenza, come si è detto, di convenzioni specifiche sulla libertà di informazione e sui diritti dei giornalisti, la prassi degli organi di controllo istituiti nell'ambito dei sistemi sia universali sia regionali di tutela dei diritti umani fornisce indicazioni interpretative e modelli per le leggi nazionali in materia³⁷.

5. Considerazioni conclusive

Sul piano internazionale, come si è cercato di evidenziare, i giornalisti che svolgono la loro attività durante i conflitti risultano beneficiari di diverse norme di diritto internazionale, sia relative alla tutela dei diritti umani, sia di diritto umanitario, la cui applicazione ha dato luogo a una prassi interessante che offre quantomeno indicazioni e linee guida per gli Stati. Si aggiungono i numerosi atti e risoluzioni con raccomandazioni e moniti rivolti agli Stati nel tentativo costante di trovare strumenti che in concreto rendano effettiva la protezione prevista dal diritto internazionale³⁸. Varie proposte a tal fine sono state poi avanzate in dottrina³⁹.

³⁶ In argomento si veda M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari 2012.

³⁷ Un contributo importante al riguardo è dato anche dalla giurisprudenza di altri organi internazionali. Si prenda ad esempio il caso *Randal* (Trib. pen. int. per l'ex-Jugoslavia, Camera d'appello, 11 dicembre 2002, IT-99-36-AR73.9, *Procuratore c. Brdjanin*), sulla questione del diritto a non testimoniare in tribunale. La Camera d'appello del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, dopo aver riconosciuto che un corrispondente di guerra dovrebbe essere considerato come un osservatore indipendente piuttosto che come un testimone potenziale per la procura, ha stabilito che egli «may be forced to testify only where two cumulative conditions exist: firstly, the information sought must be crucial to the case; secondly, it cannot reasonably be acquired by other means». Sulla decisione si veda, in senso critico, M. CASTELLANETA, *Conflitti armati*, cit., p. 172 ss.

³⁸ Oltre agli atti già citati *supra*, § 1 del presente contributo, si vedano di recente le Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea sulla protezione e la sicurezza dei giornalisti e degli altri professionisti dei media (2022/C 245/04), in *Gazz. Uff. UE*, 28 giugno 2022, C 245/5.

³⁹ Per una sintesi si rinvia a I. DÜSTERHÖFT, *The Protection of Journalists*, cit., p. 17 ss.

Per quanto tale tutela possa essere ritenuta carente e presenti senz'altro profili di incertezza, sembra piuttosto evidente che il perdurare e l'aggravarsi degli attacchi e delle violenze siano non tanto il risultato di inadeguate previsioni legislative, quanto la conseguenza di una insufficiente loro attuazione. In particolare, la protezione dei giornalisti è pregiudicata dall'assenza, nella maggior parte dei casi, di indagini effettive e di punizioni per i responsabili⁴⁰. Come più volte ribadito in sede internazionale, cruciale al fine di contrastare le violenze e gli attacchi è combatterne l'impunità.

Al fine che gli Stati acquisiscano piena consapevolezza degli obblighi già esistenti nonché dell'urgenza della protezione dei giornalisti in situazioni di conflitto, una norma che sul piano internazionale qualifichi espressamente gli attacchi contro i giornalisti come crimini, prevedendo una fattispecie autonoma, potrebbe essere un utile contributo. È vero che attacchi intenzionali contro civili che non prendono direttamente parte alle ostilità sono già considerati dall'art. 8, § 2, lett. b, i) dello Statuto della Corte penale internazionale come crimini internazionali, ma un emendamento dell'art. 8, con l'inserimento di una nuova previsione che esplicitamente definisca come crimini di guerra certe condotte contro la sicurezza dei giornalisti rafforzerebbe la visibilità della gravità e illegittimità di esse⁴¹. Potrebbe, cioè, da un lato fungere da deterrente all'inerzia degli Stati restii a perseguire i responsabili, e dall'altro avere una sorta di effetto pedagogico per rafforzare la consapevolezza della loro gravità e forse indurre gli Stati a prevedere disposizioni specifiche che criminalizzino tali condotte nei loro sistemi penali.

Si prenda l'esempio dei crimini sessuali. Come è ben noto, la repressione di tali crimini ha avuto un importante riconoscimento con la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Rwanda⁴². In linea teorica, sin dal processo di Norimberga, pur in assenza di fattispecie criminose autonome, tali violenze avrebbero potuto essere perseguite sulla base di norme più generali di diritto internazionale, quali forme di tortura o trattamento crudele, inumano e degradante. Tuttavia, ciò non è accaduto.

⁴⁰ Secondo l'*UNESCO Observatory of Killed Journalists* nel 2022 «the rate of impunity for journalist killings remains shockingly high at 86%», si veda <https://www.unesco.org/en/articles/unesco-killings-journalists-50-2022-half-targeted-dut>.

⁴¹ In dottrina si veda I. DÜSTERHÖFT, *The Protection of Journalists*, cit., p. 20.

⁴² Si veda, *inter alios*, L. POLI, *la tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 396 ss.

È solo con lo Statuto di Roma che viene introdotta una precisa enumerazione delle diverse manifestazioni di violenza qualificabili come crimini sessuali, tra cui i crimini alla salute riproduttiva, come la gravidanza forzata, non previsti invece negli Statuti dei tribunali penali *ad hoc*⁴³. L'ampia previsione normativa di cui all'art. 8⁴⁴ «costituisce finalmente un riconoscimento della gravità del problema della violenza sessuale nei conflitti armati»⁴⁵.

Non è un caso quindi che la prima sentenza tra gli organi giudiziari internazionali riguardante la gravidanza forzata si debba alla Corte penale internazionale nel caso *Ongwen*⁴⁶. Per concludere, mutuando le parole della *Trial Chamber* della Corte⁴⁷, laddove ribadisce che non è sufficiente punire tale condotta meramente come una combinazione di altri crimini, vale a dire lo stupro e l'illegittima detenzione, o riconducendola alla generica categoria di «ogni altra forma di violenza sessuale», «*calling the crime by its true name, is part of the justice sought by the victims*».

⁴³ In argomento si veda T. ALTUNJAN, *Reproductive Violence in International Criminal Law*, The Hague 2021.

⁴⁴ Art. 8(2)(b)(xxii) con riferimento ai conflitti internazionali; art. 8(2)(e)(vi) rispetto a quelli interni.

⁴⁵ E. GREPPI, *I crimini*, cit., p. 230.

⁴⁶ Corte penale int., sentenza n. ICC-02/04-01/15-1762-Red, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 4 febbraio 2021. Il 15 dicembre 2022 la decisione è stata confermata dall'Camera d'appello della Corte.

⁴⁷ *Ibid.* § 2722.

MARINA CASTELLANETA*

La disinformazione nel conflitto in Ucraina: tra *ius in bello* e diritto alla libertà di espressione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La qualificazione della disinformazione: elementi convergenti. – 3. L'assenza di norme *ad hoc* nello *ius in bello*. – 4. L'applicazione di limiti derivanti dalle regole a tutela dei diritti umani. – 5. Un esempio di risposta alla disinformazione durante la guerra in Ucraina: le misure restrittive dell'Unione europea e la (in)compatibilità con il diritto alla libertà di espressione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'aggressione sferrata dalla Russia il 24 febbraio 2022 contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica dell'Ucraina, secondo modalità convenzionali proprie dell'uso classico della forza nelle relazioni internazionali, utilizzata per l'annessione territoriale di uno Stato sovrano, è stata affiancata dall'impiego di altri strumenti che, seppure non nuovi e già utilizzati in altri conflitti da sempre caratterizzati da «inquinamento informativo» e dall'utilizzo del «racconto» come parte della battaglia, hanno mostrato caratteristiche innovative per le modalità con le quali sono stati impiegati¹. Ci riferiamo, in particolare, nel contesto della guerra ibrida² contraddistinto da una

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ Cfr. R. GEISS e H. LAHMANN, *Protecting the global information space in times of armed conflict*, Geneva 2021; S. MULLANEY, *Everything Flows: Russian Information Warfare Forms and Tactics in Ukraine and the US Between 2014 and 2020*, in *The Cyber Defense Review*, 2022, 7, p. 193 ss.

² Per un approfondimento su questa forma di guerra cfr. M. ROSCINI, *Cyber operations and the use of force in international law*, Oxford, 2014; G.A. CROWTER, *NATO and hybrid warfare: Seeking a concept to describe the challenge from Russia*, in M. WEISSMANN, N. NILSSON, P. THUNHOLM, B. PALMERTZ (a cura di), *Hybrid Warfare, Security and Asymmetric Conflict in International Relations*, London-New York-Oxford-New Delhi-Sydney 2021, p. 21 ss.; N. NILSSON, *De-hybridization*

combinazione di tecniche militari e non militari, all'utilizzo della disinformazione ossia di quella tecnica di diffusione di opinioni e informazioni false che, con particolari strategie di comunicazione, mira a distorcere la realtà e a influenzare l'opinione pubblica, con l'intento, in aggiunta rispetto alla propaganda, di provocare danni a determinati beni e influire sui processi elettorali, sulla salute pubblica, sui conflitti armati, sui diritti delle minoranze e sugli interventi a tutela dell'ambiente con riguardo ai cambiamenti climatici.

Nei conflitti, interni e internazionali, l'informazione diventa un teatro di guerra nel quale attori statali e non statali, di frequente su incarico di Governi, utilizzano in particolare i *social media* per «*weaponize information to sow confusion, feed hate, incite violence and prolong conflict*»³.

Nel conflitto in Ucraina, la Russia, finanche prima dell'aggressione stessa convincendo l'opinione pubblica mondiale che non vi sarebbe stato alcun attacco armato nonostante l'allarme lanciato dal Presidente statunitense Joe Biden e dai servizi segreti Usa⁴, è intervenuta sull'informazione con due modalità: da un lato, sul piano interno, ha

and conflict narration: Ukraine's defence against Russian hybrid warfare, *ivi*, p. 214 ss.; M.C. VITUCCI, *Le ciberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino*, in *La Comunità internazionale*, 2023, p. 7 ss., in specie p. 10.

³ Così la Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e la protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione, Irene Khan, nel rapporto su «*Disinformation and freedom of opinion and expression during armed conflicts*», presentato il 12 agosto 2022 (A/77/288).

⁴ Sulla disinformazione prima dell'aggressione, si rinvia a «*Twelve Myths about Russia's War in Ukraine exposed*», 20 febbraio 2023, nel sito <https://euvsdisinfo.eu>; S. HARRIS e P. SONNE, *Russia planning massive military offensive against Ukraine involving 1750.000 troops, U.S. intelligence warns*, in *The Washington Post*, 3 dicembre 2021. Si segnala, altresì, il rapporto del Parlamento europeo del 15 maggio 2023 (A9-0187/2023) «*on foreign interference in all democratic processes in the European Union, including disinformation*», in cui si sottolinea che la guerra di aggressione perpetrata dalla Russia «*started as a carefully planned and aggressively executed information war followed by a full-scale military invasion on 24 February 2022*» (lett. E). Inoltre, nel primo rapporto del Servizio europeo per l'azione esterna (EEAS) su «*Foreign Information Manipulation and Interference Threats*» del febbraio 2023 (reperibile nel sito <https://www.eeas.europa.eu>) sono state evidenziate le attività di disinformazione contro la NATO e gli Stati Uniti. Si veda anche il documento dell'*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Disinformation and Russia's war of aggression against Ukraine*, 3 novembre 2022, nel sito <https://oecd.org>, nonché il documento del Dipartimento di Stato Usa, *Fact-vs. Fiction: Russian Disinformation on Ukraine*, 2022, in <https://www.state.gov/fact-vs-fiction-russian-disinformation-on-ukraine/>.

vietato (più del solito) ogni forma di libertà di espressione, proibendo addirittura, con annesse sanzioni privative della libertà personale, l'utilizzo della parola guerra, sostituito da «operazione militare speciale», nonché l'utilizzo di specifiche piattaforme come Twitter e Facebook e siti (divieti di frequenti aggirati attraverso i sistemi VPN, ossia *Virtual Private Network*), dall'altro lato ha diffuso, in modo strategico, direttamente o tramite aziende private (*troll farms*) che operano sotto il controllo del Governo o pagate dalla stessa Russia, informazioni false nel proprio Paese, con l'obiettivo, in taluni casi, di incitare l'odio nei confronti degli ucraini e coalizzare l'opinione pubblica russa contro l'Ucraina e a supporto dei leader russi⁵. Oltre al piano interno, la campagna di disinformazione russa ha riguardato il piano esterno, con azioni sistematiche indirizzate verso la popolazione ucraina, anche per incidere sulla tenuta psichica di un Paese colpito duramente dai bombardamenti e sull'opinione pubblica di altri Paesi⁶. Le due strade – piano interno e piano esterno – sono andate avanti di pari passo, con una precisa strategia finalizzata alla valorizzazione massima degli effetti della disinformazione che raggiunge il suo più alto risultato laddove fallisce l'informazione, in questo caso perché impedita anche con divieti di accesso a internet. Non va dimenticato, inoltre, che la Russia utilizza da anni la disinformazione anche per influenzare le libere elezioni in Paesi democratici come avvenuto, tra gli altri casi, durante le elezioni del 2016 del Presidente statunitense Trump (secondo uno schema che in realtà era una riproduzione di quanto avvenuto l'anno prima durante le elezioni presidenziali in Ucraina) e nel Regno Unito durante la Brexit⁷.

Se la disinformazione in tempo di pace ha in sé rischi sulla democrazia e presenta pericoli per la società, nel caso di guerra risulta ancora più pericolosa perché in grado di incidere e causare conse-

⁵ Cfr. J.D. OHLIN, *Genocide: Atrocity as Pretext and Disinformation*, in *Virginia Journal of International Law*, 2023, 63, p. 101 ss.

⁶ Su entrambi gli aspetti si rinvia al rapporto annuale della Piattaforma sulla sicurezza dei giornalisti, operativa all'interno del Consiglio d'Europa, intitolato «*War in Europe and the Fight*», 2023, in particolare p. 15. Cfr. il rapporto dell'UNESCO, *Journalism, Fake News & Disinformation*, 2018.

⁷ Di recente, alcuni parlamentari inglesi hanno presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (ricorso n. 15653/22, *Bradshaw e altri contro Regno Unito*, comunicato il 20 dicembre 2022) perché, a seguito della diffusione di un rapporto su «*Disinformation and fake news*» che illustrava l'influenza russa sul referendum in Scozia nel 2014, nel 2016 nella Brexit e nelle elezioni politiche 2019, l'allora Primo Ministro non aveva acconsentito all'apertura di un'indagine indipendente violando, per i ricorrenti, l'art. 3 del Protocollo n. 1 sull'organizzazione di libere elezioni.

guenze negative sui civili che, a causa di massicce opere di disinformazione, possono essere un bersaglio delle forze nemiche, in particolare quando la disinformazione è accompagnata da incitamento all'odio, al centro di rappresaglie o subire conseguenze psicologiche e sul morale. La disinformazione, inoltre può costituire un ostacolo alle trattative di pace e, in generale, incidere negativamente sulle relazioni internazionali tra Stati. Al tempo stesso, però, può essere utilizzata per conseguire vantaggi sul campo di battaglia e condizionare lo svolgimento delle attività militari, anche influenzando il morale di coloro che partecipano alle ostilità e di altre parti.

Come è noto, la disinformazione va di pari passo con la propaganda⁸ in tempo di guerra che è una costante di ogni conflitto e che ha trovato una precisa organizzazione durante il nazismo e il fascismo⁹. Se forme di propaganda e di disinformazione in tempo di guerra presentano sicure analogie con il passato, in ragione degli strumenti utilizzati attualmente (soprattutto per via di internet), tra i quali i *social media* e la messagistica istantanea (*Whatsapp* e soprattutto *Telegram*), che portano a risultati su larga scala, arrivando ovunque nel mondo, c'è da chiedersi se le regole attualmente esistenti siano adeguate a fronteggiare i nuovi scenari di guerra.

Nel presente scritto, dedicato al Professore e Amico Edoardo Greppi, che ha ispirato e guidato attraverso i Suoi scritti mie ricerche in tema di diritto internazionale umanitario e di tutela dei diritti umani, intendiamo verificare se esistano regole di diritto internazionale bellico che vietino la disinformazione (con riferimento unicamente ai conflitti armati internazionali)¹⁰, che ruolo abbia il diritto alla libertà

⁸ La bibliografia sul punto è sterminata. Si veda, per tutti, M.G. KEARNEY, *Propaganda of War, Prohibition of*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2009; E. DE BRABANDERE, *Propaganda*, *ivi*, 2019; S.L. OCHS, *Propaganda Warfare on the International Criminal Court*, in *Michigan Journal of International Law*, 2021, 42, p. 580 ss.

⁹ La propaganda è stata utilizzata come strumento di guerra e notizie false sono state diffuse per giustificare l'invasione polacca del 1939 sostenendo la necessità dell'invasione per le atrocità commesse dai polacchi nei confronti di cittadini tedeschi che vivevano in quel Paese. Cfr. M. CONNELLY, J. FOX, S. GOEBEL e U. SCHMIDT, «*Power and Persuasion*»: *Propaganda into the twenty-first century*, in *Propaganda and Conflict, War Media and Shaping the Twentieth Century*, London, New York-Oxford-New Delhi-Sidney 2019, p. 1 ss.; D. STEPHENS, *Influence Operations & International Law*, in *Journal of Information Warfare*, 2020, 19, p. 1 ss.

¹⁰ Non ci occuperemo dei profili della responsabilità penale individuale. Si veda sul punto, M. HOLVOET, *International Criminal Liability for Spreading Disinformation in the Context of Mass Atrocity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, 20, p. 223 ss.

di espressione e quali reazioni di Stati e di organizzazioni internazionali siano consentite. L'analisi non includerà l'esame delle questioni collegate all'*hate speech* che, in diversi casi, connota le campagne di disinformazione¹¹, come attestato dal ricorso alla Corte internazionale di giustizia presentato dall'Azerbaijan contro l'Armenia, accusata di una campagna di disinformazione contraddistinta dall'*hate speech* contro i cittadini dell'Azerbaijan, che ha portato Twitter, il 21 febbraio 2021, a bloccare gli *accounts* riferibili al Governo armeno¹².

2. La qualificazione della disinformazione: elementi convergenti

Per affrontare la questione della disinformazione con specifico riferimento alla guerra in Ucraina che vede la Russia utilizzare teorie cospirative in una lunga e continua campagna di disinformazione contro Kiev, realizzata con i servizi segreti (in particolare i GRU che dipendono dallo Stato Maggiore delle Forze armate), con le cosiddette *web-brigades*, con «eserciti di troll» e con società private con sede in altri Stati (specie nell'Est Europa), da anni attive nell'organizzazione di campagne di disinformazione, è opportuno, in primo luogo, precisare la nozione di disinformazione (senza distinzione tra tempo di pace e di guerra), che è differente dalla cattiva informazione¹³. Ci sembra che la definizione scelta dalla Commissione europea nella Comunicazione «Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo» del 26 aprile 2018 sia quella che abbia trovato maggiore riscontro anche in altri atti. In particolare, la Commissione ha

¹¹ È ciò che è avvenuto nel Myanmar con la diffusione di disinformazione e propaganda accompagnata da incitamento al genocidio, compiuta dai militari che hanno supportato una campagna di pulizia etnica nei confronti dei Rohingya. Si vedano i rapporti della Missione di esperti indipendenti istituita dal Consiglio per i diritti umani dell'ONU nel 2017 nel sito <https://ohchr.org>.

¹² Si veda il ricorso presentato il 23 settembre 2021 relativo alla richiesta di misure provvisorie, reperibile nel sito <https://icj-cij.org>. L'Armenia ha contestato ogni coinvolgimento in operazioni di disinformazione online. La Corte ha accordato talune misure provvisorie ordinando all'Armenia di adottare le misure per prevenire ogni forma di incitamento all'odio razziale. La Corte non ha affrontato direttamente la questione della disinformazione perché ha disposto le misure in relazione all'art. 4 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 che vieta ogni forma di propaganda.

¹³ La cattiva informazione, che include le *fake news*, è costituita da contenuti falsi o fuorvianti condivisi senza intenzione fraudolenta, anche se gli effetti possono comunque essere dannosi, ad esempio quando le persone condividono informazioni false con amici e familiari in buona fede.

definito la disinformazione come «un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE. La disinformazione non include gli errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte»¹⁴. Questa nozione coincide con quella presente nel Codice di buone pratiche dell'Ue sulla disinformazione del 2018 che esclude anch'essa «notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte» e nel Codice rafforzato del 2022¹⁵ ed è analoga a quella contenuta nello *Strategic Concept* della Nato adottato nel Summit di Madrid del 30 giugno 2022¹⁶. La nozione indicata è presente anche in atti di *soft law*¹⁷ di altre organizzazioni internazionali con particolare riferimento alle Nazioni Unite che, tra gli altri atti, nella risoluzione dell'Assemblea generale del 24 dicembre 2021 intitolata «*Countering disinformation for the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms*», ha evidenziato la presenza dell'elemento dell'intenzionalità e l'esistenza di un pregiudizio che

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 26 aprile 2018, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM (2018)236. Sulla convergenza verso questa nozione, si veda W.L. BENNETT e S. LIVINGSTON, *The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions*, in *European Journal of Communication*, 2018, 33, p. 117 ss.

¹⁵ Il Codice mira a conseguire gli obiettivi della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 26 maggio 2021, *Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, COM(2021)262. La Commissione europea, nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 3 dicembre 2020, *Piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 ha riaffermato che l'Unione europea si basa sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali e ha annunciato un rafforzamento della lotta alla disinformazione. L'importanza di combattere la disinformazione è stata segnalata anche nel regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del consiglio, 19 ottobre 2022, relativo al mercato unico dei servizi digitali.

¹⁶ Reperibile nel sito <https://nato.int>. Si veda J. PAMMENT, *A Capability Definition and Assessment Framework for Countering Disinformation, Information Influence, and Foreign Influence*, Riga, 2022, nel sito <https://stratcomcoe.org>.

¹⁷ Sono numerosi anche gli atti adottati da organizzazioni e istituzioni scientifiche. Si ricordi, a titolo di esempio, l'*Oxford Statement on International Law Protection in Cyberspace*, reperibile nel sito <https://www.elac.ox.ac.uk/>.

può essere costituito da discriminazione e violenza, anche durante i conflitti¹⁸. L'UNESCO ha individuato gli stessi elementi costitutivi¹⁹ e così il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite nella risoluzione del 30 marzo 2022 sul ruolo degli Stati nel contrasto agli effetti negativi della disinformazione sul godimento e sulla realizzazione dei diritti umani²⁰. Nella stessa direzione, il Consiglio d'Europa ha fornito una nozione in diverse risoluzioni dell'Assemblea generale, tra le quali la n. 2217 del 26 aprile 2018 relativa alle sfide giuridiche della guerra ibrida e gli obblighi derivanti dai diritti umani²¹.

La disinformazione, quindi, presenta elementi costitutivi quali l'intenzionalità, una motivazione economica, politica o ideologica (con la presenza di un pregiudizio) e la diffusione in maniera massiva, che diventa virale tramite i *social media*, attraverso i *bot* ossia *account* automatici che agiscono istantaneamente su internet, con azioni simili a quelle condotte da umani o da *troll* ossia individui (talvolta organizzati in società che svolgono quest'attività) che si adoperano per intimidire determinate persone o per disturbare le interazioni tra gli utenti, polemizzando e infiammando il dibattito²². Essa va distinta, così, dalle *fake news*, costituite da contenuti falsi o fuorvianti condivisi senza intenzione fraudolenta o pregiudizievole, anche se gli effetti possono comunque essere dannosi e dalla propaganda che è funzionale unicamente a condizionare/manipolare l'opinione pubblica.

3. *L'assenza di norme ad hoc* nello *ius in bello*

Individuati gli elementi costitutivi della disinformazione che appaiono comuni sia in tempo di pace sia in tempo di guerra, occorre chiedersi quali strumenti sia possibile utilizzare per fronteggiare la

¹⁸ AG, UN Doc. A/RES/76/227 del 10 gennaio 2022. Nella risoluzione si evidenzia la proliferazione della disinformazione durante la pandemia da Covid-19 ed è stato previsto che il Segretario generale presenti un rapporto annuale. Per una ricostruzione della nozione si veda la posizione dell'*International Telecommunication Union* e dell'UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*) (AG, UN Doc. A/HRC/49/L.31 del 30 marzo 2022).

¹⁹ Cfr. il documento «*Broadband Commission research report on Freedom of Expression and Addressing Disinformation on the Internet*», settembre 2020, nel sito <https://broadbandcommission.org>.

²⁰ AG, UN Doc. A/HRC/49/L.31 del 30 marzo 2022.

²¹ Reperibile nel sito <https://coe.int>.

²² In taluni casi, la viralità del messaggio può avvenire anche inconsapevolmente da utenti che lo condividono finanche senza leggerlo.

disinformazione, con specifico riguardo ai conflitti, con la lente delle regole dello *ius in bello* e dei diritti dell'uomo²³.

Le norme di diritto internazionale umanitario relative ai conflitti armati internazionali non vietano la disinformazione che può rientrare tra gli strumenti utilizzati dalle parti in conflitto anche per perseguire un vantaggio militare. Tuttavia, come affermato, tra l'altro, dall'art. 35 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, i belligeranti non dispongono di un diritto illimitato per quanto riguarda la scelta dei mezzi per nuocere al nemico e in ogni caso, le parti in conflitto devono rispettare i principi di distinzione, di necessità e di proporzionalità che sono stati considerati dalla Corte internazionale di giustizia, nel parere dell'8 luglio 1996, *sulla liceità della minaccia o dell'impiego delle armi nucleari da parte di uno Stato in un conflitto armato*, principi «*intransgressibles*», applicabili «a tutte le forme di guerre e a tutte le armi, quelle del passato, quelle del presente e del futuro» (§ 86). In ogni caso, ci sembra che la disinformazione, allo stato attuale, pur tenendo conto dei cambiamenti dovuti al massiccio impiego della tecnologia, nell'ottica delle regole applicabili ai conflitti armati, sia assimilabile alla propaganda e che, pertanto, vada applicato l'art. 37, n. 2 del I Protocollo, il quale afferma che gli stratagemmi di guerra non sono vietati (e tra questi, a titolo esemplificativo, sono indicate anche le false informazioni), mentre lo sono gli atti di perfidia tra i quali non ci sembra possa rientrare la disinformazione (salvo in casi del tutto residuali e eccezionali) tenendo conto che il divieto della perfidia di cui all'art. 37 è collegato al «divieto di uccidere, ferire o catturare un avversario»²⁴. Ed invero, come chiarito dal

²³ Non ci occuperemo, invece, della possibilità di includere la disinformazione nell'ambito del divieto dell'uso della forza o degli effetti sulla sovranità statale o sul divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato. Cfr. per alcuni di questi aspetti, M. MILANOVIC, M.N. SCHMITT, *Cyber Attacks and Cyber (mis)Information Operations during Pandemic*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2020, 11, p. 247 ss.; I. OSSOFF, *Hacking the Domaine Reserve: The Rule of Non-Intervention and Political Interference in Cyberspace*, in *Harvard International Law Journal*, 2021, 62, p. 295 ss.

²⁴ Il Commentario al I Protocollo è nel sito <https://www.icrc.org>. Lo studio chiarisce che non è proibita la perfidia in sé, ma determinati atti che producono il risultato di cui all'art. 37, 1° comma. Si veda Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987; K.J. KELLER, *Disguising a Military Object as a Civilian Object: Prohibited Perfidy or Permissible Ruse of War?*, in *International Law Studies*, 2015, p. 517 ss.; I. HENDERSON, J. DEN DULK, A. LEWIS, *Emerging Technology and Perfidy in Armed Conflict*, *ivi*, 2015, p. 469 ss.

Commentario al I Protocollo, non è vietata ogni forma di perfidia, ma solo quelle forme indicate espressamente nella norma, in linea con il regolamento dell'Aja relativo alle leggi e agli usi della guerra terrestre del 1907 (art. 24) il quale considera leciti gli stratagemmi di guerra e l'impiego dei mezzi necessari per procurarsi informazioni sul nemico e sul terreno. Lo stesso 2° comma dell'art. 37, come detto, considera leciti gli stratagemmi di guerra e a titolo meramente esemplificativo – tanto più che, come chiarito nel Commentario, «*the imagination of man is too inventive for one to think that everything it could come up with can be covered in a list*» (§ 1522)²⁵ – indica «mascheramenti, inganni, operazioni simulate e false informazioni».

Tale lettura ci sembra confermata dal Manuale di Tallin 2.0 sul diritto internazionale applicabile alle *Cyber Operations*²⁶ il quale chiarisce, nel precisare la regola n. 93 sul principio di distinzione, che «...*psychological operations such as dropping leaflets or making propaganda broadcasts are not prohibited even if civilians are the intended audience*» e che «...*trasmittendo email messages to the enemy population urging capitulation would likewise comport with the law of armed conflict*»²⁷.

Certo, non va negata l'incidenza psicologica della disinformazione sulle parti nel conflitto – che, però, è connessa al raggiungimento di un obiettivo militare – e sulla stessa popolazione civile²⁸, così come non va negato il cambiamento degli scenari di guerra²⁹, ma almeno per le modalità con le quali finora si è realizzata, finanche nel conflitto in Ucraina (ad eccezione, come vedremo, di specifici casi), non sembra che possa essere equiparata a un'arma o a un mezzo di guerra o costituire un mezzo sproporzionato per conseguire un vantaggio militare, salvo nei casi in cui, attraverso tecniche di disinformazio-

²⁵ Nel Commentario si precisa: «*A ruse of war is not prohibited as long as there is no intention to deceive the adversary by inviting his confidence that the rules will be duly respected and that they will afford protection, provided that the adversary is entitled to have such confidence, and provided that the ruse does not infringe any rule of obligatory conduct*» (§ 1525).

²⁶ Il Manuale è stato redatto dal Gruppo internazionale di esperti su invito della NATO *Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*. Il testo, pubblicato dalla Cambridge University Press, 2017, è a cura di M.N. SCHMITT. Si veda, in particolare, p. 421 ss.

²⁷ Cfr. E. KATZ, *Liar's war: Protecting civilians from disinformation during armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 2020, p. 659 ss.

²⁸ In generale, K. CHAINOGLOU, *Psychological Warfare*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2016.

²⁹ Cfr., per tutti, W.A. QURESHI, *Information Warfare, International Law, and the changing battlefield*, in *Fordham International Law Journal*, 2020, p. 901 ss.

ne, si commettano atti di sabotaggio o si riesca a spostare (solo per fare un esempio) la popolazione civile e poi compiere atti contrari in sé alle regole del diritto internazionale umanitario³⁰. Proprio con riguardo all'Ucraina, si può ricordare la campagna di disinformazione russa nei confronti della popolazione ucraina per arrivare a spingere i genitori a separarsi dai propri figli, condotti in Russia per «vacanza» o per ragioni di sicurezza e di fatto deportati³¹. In questi casi, è evidente la violazione del diritto internazionale umanitario, che vede la disinformazione come strumento di preparazione alla violazione.

In via generale, in ogni caso, ci sembra che la disinformazione possa rientrare tra gli stratagemmi di guerra (non se include l'*hate speech*) di cui all'art. 37, n. 2 tanto più che il Commentario al I Protocollo ha precisato che tra gli stratagemmi vi è anche «*transmitting misleading messages by radio or in the press*», nonché «*using the enemy wavelengths password and wireless code*» per diffondere false informazioni.

In ultimo, al fine di valutare se le misure limitative della libertà di espressione utilizzate per combattere la disinformazione siano legittime, ci pare opportuno ricordare che la tutela del diritto alla libertà di espressione deve essere garantita anche in tempo di guerra. In questo senso, depono l'esistenza di norme *ad hoc* proprie del diritto internazionale umanitario volte a proteggere in modo specifico i giornalisti, le quali confermano che la fase della diffusione delle informazioni ha una peculiare importanza durante i conflitti. In particolare, il I Protocollo dedica il capitolo III alla protezione dei giornalisti, differenziandoli dagli altri individui e all'art. 79, intitolato «Misure di protezione dei giornalisti», nell'assicurare loro una particolare protezione, implicitamente afferma la necessità di proteggere la libertà di informazione anche durante i conflitti³².

³⁰ Si pensi al caso in cui con tecniche di disinformazione si proceda ad allarmare la popolazione spostandola in altri luoghi per poi colpirla.

³¹ Si veda il rapporto della Commissione di inchiesta nominata dalle Nazioni Unite del 18 ottobre 2022 (A/77/533), nonché la decisione della *Pre-trial Chamber* della Corte penale internazionale del 17 marzo 2023 sul mandato di arresto nei confronti di Putin e di Lvova-Belova (<https://icci-cpi.int>).

Una ricostruzione degli esempi della disinformazione russa è contenuta nel sito del Governo canadese https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/response_conflict-reponse_conflits/crisis-crisis/ukraine-fact-fait.aspx?lang=eng, nonché nel sito <https://edmo.eu/war-in-ukraine>.

³² Cfr. M. CASTELLANETA, *Conflitti armati e protezione dei giornalisti*, in *Studi in onore di Claudio Zanghì*, II, *Diritti umani*, Torino 2011, p. 159 ss.

4. *L'applicazione di limiti derivanti dalle regole a tutela dei diritti umani*

Escludendo, così, i casi in cui l'attività di disinformazione sia accompagnata da *hate speech* o incitamento al genocidio o sia finanche preliminare o di supporto diretto a una violazione delle regole di diritto internazionale umanitario per colpire la popolazione, appare utile verificare se la stessa disinformazione possa rientrare nell'ambito del diritto alla libertà di espressione assicurata dalle regole sui diritti umani e se siano ammissibili limiti a tale libertà.

Per quanto riguarda i diritti dell'uomo, applicabili *offline* e *online*³³, va prima di tutto precisato che le norme a tutela dei diritti umani trovano applicazione durante i conflitti armati³⁴, come sottolineato dalla Corte internazionale di giustizia nel citato parere sulla liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari in cui è stato rimarcato che la protezione offerta dal Patto sui diritti civili e politici «*ne cesse pas en temps de guerre...*» (§ 25), nonché dal Comitato sui diritti dell'uomo operativo all'interno del Patto internazionale sui diritti civili e politici il quale ha osservato che i due regimi «*are complementary, not exclusive*»³⁵.

Ciò porta ad affermare che il diritto alla libertà di espressione, la cui applicazione è già emersa nell'esame del diritto internazionale umanitario³⁶, deve essere garantito anche in tempo di guerra e che eventuali limitazioni devono essere conformi a quanto affermato in diversi strumenti vincolanti che, a nostro avviso, convergono in una norma consuetudinaria sul diritto alla libertà di espressione. In questo senso, si è espresso anche l'*Oversight Board* del gruppo Meta, in una decisione del 13 giugno 2023 (che vale la pena ricordare per il ruolo centrale dei *social media*). Nel confermare la decisione di

³³ Inoltre, va considerato che il 6 luglio 2012, il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, nella risoluzione sulla promozione, la protezione e l'esercizio dei diritti dell'uomo su internet, per la prima volta, ha considerato l'accesso al web tra i diritti dell'uomo in considerazione della circostanza che «*the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*» (UN Doc. A/HRC/20/L.13).

³⁴ Cfr. E. GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano 2006, p. 801 ss.

³⁵ Si veda UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 maggio 2004, § 13.

³⁶ *Ibid.*, v. § 3.

Meta di non rimuovere un post su Facebook contenente un video che mostrava prigionieri di guerra identificabili e di aggiungere un avviso per segnalarlo come inquietante, l'*Oversight Board* ha osservato che l'art. «19, para. 2 of the ICCPR, provides for broad protection of expression, including the right to access information. These protections remain engaged during armed conflicts, and should continue to inform Meta's human rights responsibilities, alongside the mutually reinforcing and complementary rules of international humanitarian law that apply during such conflicts, including to protect prisoners of war»³⁷.

Per citare alcuni esempi relativi al diritto in esame, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto di ogni persona alla libertà di espressione che comprende «la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera» e ammette la possibilità per gli Stati di prevedere condizioni, restrizioni o sanzioni, ma solo a condizione che siano previste dalla legge e si tratti di misure necessarie in una società democratica, «per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»³⁸; nello stesso senso, ricordiamo il citato art. 19 del Patto sui diritti civili e politici, che contiene restrizioni analoghe all'art. 10. In aggiunta, il Patto, all'art. 20, fissa il divieto per coloro che esercitano la libertà di espressione di «ogni appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza», così come ogni propaganda a favore della guerra³⁹. Tale specificazione si

³⁷ Così l'*Oversight Board*, *Armenian prisoners of war video*, 13 giugno 2023, nel sito <https://www.oversightboard.com/decision>.

³⁸ Sull'art. 10 la bibliografia è sterminata. Si veda, per tutti, M. OETHEIMER, A. CARDONE, *Articolo 10*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, p. 397 ss.

³⁹ Per approfondimenti, si rinvia, anche per i richiami bibliografici, a M. CASTELLANETA, *L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano 2009, p. 157 ss. Si veda anche il *General Comment* n. 11 nel quale si precisa che è vietata la propaganda che consiste in una minaccia di un atto di aggressione o una violazione contraria alla Carta delle Nazioni Unite, nonché ogni incitamento alla violenza, alle ostilità e alla discriminazione.

segnala per il carattere assoluto della restrizione e per la portata generale e non eccezionale, a differenza delle deroghe alla libertà di espressione contenute nello stesso art. 19. È così evidente che se l'incitamento alla guerra o all'odio sono del tutto vietati, non è così per le attività che rientrano nella libertà di espressione pur non essendo veritiere. Nel contesto europeo, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 11, intitolato «Libertà di espressione e di informazione», garantisce l'indicato diritto.

Senza addentrarci nella giurisprudenza della Corte europea va però segnalato che la Corte ricomprende nell'art. 10 anche le idee che scioccano e offendono⁴⁰ e che nella sentenza *Salov c. Ucraina* del 6 settembre 2005⁴¹ ha ritenuto che è contraria all'art. 10 l'incriminazione per disturbo delle operazioni elettorali di colui che diffonde informazioni false per condizionare le procedure elettorali perché l'art. 10 non impedisce la discussione o la diffusione di informazioni malgrado vi siano forti sospetti che mettano in dubbio l'autenticità delle informazioni in causa.

Dalla seppure breve ricostruzione del quadro internazionale sulla libertà di espressione⁴², risulta chiaro che le limitazioni alla libertà di espressione (previste in una legge) possono essere ammesse solo in via eccezionale e all'esito di un bilanciamento tra i diritti in gioco, nel rispetto del principio di proporzionalità e di necessità in una società democratica, escludendo così che limiti assoluti all'accesso agli strumenti che permettono l'esercizio di tale diritto siano compatibili con le regole internazionali in materia di diritti umani⁴³. Ed invero, durante i conflitti possono essere giustificate talune limitazioni⁴⁴, ma non certo la soppressione del diritto alla libertà di espressione (salvo nei casi di incitamento all'odio), anche in via indiretta attraverso

⁴⁰ Il principio è stato affermato a partire dalla pronuncia della Corte EDU, 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*.

⁴¹ Ricorso n. 65518/01. L'ingerenza, per la Corte, era stata sproporzionata e non era stata tenuta in conto l'importanza della libertà di espressione durante le campagne elettorali.

⁴² Per un esame completo, ci permettiamo di rinviare a M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari 2012.

⁴³ Cfr. B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of A Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, in *Fordham International Law Journal*, 2020, p. 966 ss.; M.N. SCHMITT, *Foreign Cyber Interference in Elections*, in *International Law Studies*, 2021, p. 739 ss.

⁴⁴ Si veda, al riguardo, l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo relativo alle deroghe in caso di urgenza applicabile anche nel caso di guerra, ma solo «nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale».

interventi sugli strumenti usati per la comunicazione, ad esempio con misure di «*overblocking*» (ossia la rimozione su vasta scala di contenuti rispetto a quelli illeciti) e di «*Internet shutdowns*», in sé sproporzionate. A ciò si aggiunga che queste misure sono in grado di ostacolare una funzione di particolare utilità durante i conflitti, ossia di permettere ai civili di rimanere in contatto con i propri familiari e ricevere informazioni dall'esterno, nonché, come nel caso ucraino a Mariupol, notizie sui corridoi umanitari per consentire alla popolazione di abbandonare determinate zone.

5. *Un esempio di risposta alla disinformazione durante la guerra in Ucraina: le misure restrittive dell'Unione europea e la (in)compatibilità con il diritto alla libertà di espressione*

Come evidenziato, sia il quadro normativo sulla tutela dei diritti umani, sia il diritto internazionale umanitario non forniscono alcun rimedio rispetto alla disinformazione che, anzi, in quanto rientrante nella libertà di espressione (se non accompagnata dall'*hate speech* o da altre violazioni del diritto internazionale umanitario), può finanche godere di qualche protezione. Occorre allora verificare se, a fronte della disinformazione nel contesto del conflitto ucraino, siano legittime alcune risposte messe in atto dalla comunità internazionale, con specifico riferimento al diritto alla libertà di espressione.

Tra gli strumenti più incisivi e con maggiore impatto sulla libertà di espressione vanno ricordate le misure dell'Unione europea tra le quali quelle che vietano la diffusione televisiva e radiofonica da parte di emittenti russe stabilite nell'Unione europea. Con la decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio del 1° marzo 2022 che modifica la 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, l'Unione europea ha imposto misure restrittive nei confronti di alcuni giornalisti e di alcuni organi di informazione (emittenti televisive) sotto il totale controllo del Governo, ossia *Russia Today* e *Sputnik*⁴⁵. In particolare, il Consiglio ha approvato la sospensione

⁴⁵ Per una ricostruzione del quadro giuridico relativo ai provvedimenti indicati si veda C. DI TURI, *Il conflitto in Ucraina e la «propaganda di guerra» della Federazione russa: quali reazioni da parte dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2022, n. 2, p. 327 ss.; M. SARZO, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e le misure restrittive individuali: quale standard of review per la libertà di espressione?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, 16, p. 409 ss.

delle attività di radiodiffusione nell'UE dei due organi di informazione fino a quando non si porrà termine all'aggressione nei confronti dell'Ucraina e finché la Federazione russa e i suoi organi di informazione non cesseranno di condurre azioni di disinformazione e manipolazione delle informazioni nei confronti dell'UE e dei suoi Stati membri. La scelta è stata effettuata proprio perché *Sputnik* e *Russia Today* sono sotto il controllo permanente, diretto o indiretto, delle autorità della Federazione russa e sono essenziali per promuovere e sostenere l'aggressione militare nei confronti dell'Ucraina e per destabilizzare i Paesi vicini. L'attività informativa o piuttosto di disinformazione compiuta dai due organi appare così inquadrata nel contesto dell'arsenale di strumenti utilizzati per lo svolgimento del conflitto, che si caratterizza per la sua natura ibrida⁴⁶. Anche più di recente, nell'adozione dell'undicesimo pacchetto di sanzioni contro la Russia, proprio tenendo conto della sistematica campagna internazionale di manipolazione dei media e di distorsione dei fatti, con l'obiettivo di destabilizzare i Paesi limitrofi, dell'Unione e dei suoi Stati membri, con la decisione (PESC) 2023/1217 del 23 giugno 2023⁴⁷, il Consiglio ha individuato altri media sotto il diretto controllo del Governo russo che sistematicamente procedono alla propaganda (in questo caso non è stata richiamata la disinformazione) e che costituiscono una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico⁴⁸. La prima decisione PESC citata è stata impugnata dinanzi al Tribunale che, con sentenza del 27 luglio 2022 (*RT France c. Consiglio dell'Unione europea*), ha fornito (al di là degli aspetti legati alla legittimità dell'atto e delle competenze del Consiglio) alcuni rilevanti chiarimenti sulla compatibilità di detta misura con la libertà di espressione, ribadendo che il rispetto dei diritti fondamentali si applica a qualsiasi azione dell'Unione⁴⁹. Il Tribunale, infatti, individuato l'obiettivo della misura che è quello di tutelare l'Unione e i suoi Stati membri contro campagne di disinformazione e di destabilizzazione condotte dagli organi di informazione posti sotto il controllo della *leadership* della

⁴⁶ Durante l'annessione della Crimea, l'Unione europea aveva previsto già una sanzione nei confronti di un giornalista, Dmitry Kiselyov (si veda la sentenza della CGUE, 15 giugno 2017, c. causa T-262/15, *Kiselev c. Consiglio*).

⁴⁷ In *GUUE* L 159, 23 giugno 2023, p. 451 ss.

⁴⁸ Si tratta di *RT Balkan*, *Oriental Review*, *Tsargrad*, *New Eastern Outlook* e *Katehon*.

⁴⁹ La pronuncia è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (c. C-620/22).

Con ordinanza del 30 marzo 2022, T-125/22, il Tribunale aveva respinto la richiesta di sospensione della misura.

Federazione russa, che costituiscono una minaccia per la sicurezza dell'Unione, in un contesto caratterizzato dall'aggressione militare all'Ucraina, ha evidenziato come la misura sia da inquadrare nell'ambito di una strategia globale «che mira a porre fine, il più rapidamente possibile, all'aggressione subita dall'Ucraina»⁵⁰. Le campagne di disinformazione sono catalogate tra quelle che compromettono le società democratiche in quanto «parte integrante dell'arsenale di guerra moderna», con la conseguenza che «le misure restrittive di cui trattasi si inseriscono anche nel contesto del perseguimento da parte dell'Unione degli obiettivi assegnatili dall'art. 3, paragrafi 1 e 5, TUE» (punto 56). In questi casi, quindi, nell'ambito di una pluralità di minacce ibride, appare conforme al diritto dell'Unione l'adozione di misure che limitano sì la libertà di espressione, ma sono funzionali alla sicurezza internazionale e dell'Unione, con piena compatibilità con l'art. 11 della Carta, interpretato alla luce dell'art. 10 della Convenzione in linea con l'art. 52 della Carta.

Dalla lettura della pronuncia, sembra che la disinformazione rientri nel contesto della libertà di espressione, ma possa essere limitata in quanto in grado di incidere sulla sicurezza dell'Unione. Il Tribunale, pur non svolgendo questo ragionamento, ha comunque concluso che le misure restrittive sono «conformi all'obiettivo di cui all'articolo 21, paragrafo 2, lettera c), TUE di preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite».

Il Tribunale ha considerato l'importanza del ruolo che giocano i media, specialmente quelli del settore audiovisivo, nella società contemporanea e ha concluso che «era prevedibile che a un sostegno mediatico di livello alle azioni e alle politiche del governo russo per destabilizzare l'Ucraina, apportato, in particolare, nel corso di trasmissioni molto popolari, da una persona nominata con decreto del presidente Putin direttore di un'agenzia di stampa definita "impresa unitaria" dello Stato russo, potesse essere applicato il criterio che interessa le persone fisiche che sostengono attivamente azioni o politiche di compromissione o di minaccia dell'integrità territoriale, della sovranità e dell'indipendenza dell'Ucraina».

A nostro avviso, però, nella conclusione del Tribunale ci sono alcuni punti non convincenti perché l'atto impugnato presenta incertezze sotto il profilo temporale poiché, dopo il 31 luglio 2022, le misure sono state collegate alla durata dell'aggressione della Federa-

⁵⁰ Si vedano i §§ 11, 12, 14 e 17.

zione russa e alla cessazione di iniziative di propaganda degli organi di informazione, con ciò legando l'applicazione a un apprezzamento molto soggettivo e, inoltre, perché non si dà conto di un rapporto causa/effetto tra misura e obiettivi specificati all'art. 21 del Trattato Ue⁵¹. La restrizione, inoltre, consiste in una privazione realizzata attraverso il divieto di diffusione nello spazio UE e conseguente ricezione delle informazioni, apparendo così sproporzionata tanto più che non è chiarito a quale pubblico (in termini di audience) si faccia riferimento e, quindi, all'effettiva incidenza dell'attività televisiva sulla guerra. Pertanto, la misura non appare compatibile con l'art. 10 della Convenzione europea (che, come è noto, è essenziale per l'interpretazione delle norme della Carta Ue, ai sensi degli artt. 52 e 53 della Carta) e con l'art. 19 del Patto⁵². Una valutazione diversa sarebbe stata possibile solo se il Tribunale si fosse spinto a non considerare le attività di quegli organi di «informazione» come rientranti nell'ambito della libertà di espressione, con la conseguente possibilità di non accordare alcuna protezione anche sotto il profilo dell'abuso del diritto di cui all'art. 54 della Carta. Inoltre, va considerata la gravità della misura restrittiva che, in pratica, impedisce l'attività dei giornalisti, categoria che gode di una protezione rafforzata del diritto alla libertà di espressione. Sul punto, non pare convincente la posizione del Tribunale secondo il quale il divieto non avrebbe ostacolato l'attività dei giornalisti che possono continuare a svolgere talune attività collegate a quella di radiodiffusione come interviste e ricerche poiché è evidente che l'attività del giornalista è quella di informare la collettività e, quindi, di proiettarsi all'esterno, svolgendo una funzione di intermediazione con il pubblico di riferimento. A ciò si aggiunga che la misura lede anche il diritto di ricevere informazioni. Va sottolineato un ulteriore aspetto: il Tribunale sostiene che la misura è sostanzialmente funzionale al risultato di porre fine allo stato di guerra e alle violazioni del diritto internazionale umanitario che la guerra può generare (punto 166), ma sfugge davvero il collegamento della misura privativa della libertà di espressione con quest'obiettivo tanto più che la comunicazione di soggetti inquadabili nell'attività di propaganda russa è continuata sul web, sui *social* e su trasmissioni televisive europee, con la conseguenza che le dichiarazioni che la misura intendeva vietare

⁵¹ Per osservazioni critiche sulla decisione del Consiglio si veda I. POPOVIC, *The EU Ban of RT and Sputnik: Concerns regarding Freedom of Expression*, in *EJIL-Talk!*, 30 marzo 2022.

⁵² Né ci sembra possa trovare applicazione l'art. 20 del Patto secondo quanto specificato dal *General Comment* n. 11.

sono tuttora diffuse. Questo ci porta a ritenere che il perseguimento dell'interesse generale non può essere conseguito con tale misura. Inoltre, il Tribunale, nel momento in cui ha considerato l'attività dei media indicati come parte integrante della guerra moderna avrebbe dovuto tener conto del diritto internazionale umanitario e, in particolare, dell'art. 37, n. 2 del I Protocollo come interpretato dal Commentario, nonché della citata Comunicazione della Commissione europea «Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo» con la quale è stato chiarito che la disinformazione non include «notizie e commenti identificabili come di parte».

In modo analogo, non mancano dubbi sotto il profilo del rispetto dei diritti dell'uomo, sulle misure predisposte a livello statale, ad esempio nel Regno Unito che ha sospeso e vietato le trasmissioni di *Sputnik* e *Russia Today*⁵³.

6. Osservazioni conclusive

Dal quadro descritto, ci sembra che la disinformazione, quando non accompagnata da *hate speech*, non possa condurre all'adozione di misure che comprimono, fino ad impedirlo del tutto, l'esercizio del diritto alla libertà di espressione.

Dal visto di vista dello *ius in bello* se la disinformazione è strumento per realizzare violazioni del diritto internazionale umanitario sarà da considerare illecita. Altrimenti, in via generale, in assenza di un pregiudizio concreto, si configura come uno stratagemma il cui utilizzo non è vietato dal diritto bellico, tanto più che, in via generale, è facilmente individuabile come atto di parte.

⁵³ Sulle sanzioni statali e sulle risposte russe che hanno comportato un sostanziale divieto di flusso di informazioni dai Paesi europei e dagli Stati Uniti, si veda lo studio di A. KOWALSKI, *Disinformation and Russia's War of Aggression against Ukraine*, OECD, 2022, reperibile nel sito <https://oecd.org>. Cfr. anche M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Latina 2019, in specie p. 290 ss.; O. POLLICINO, *Fundamental Rights as Bycatch - Russia's Anti-Fake News Legislation*, in *Verfassungsblog*, 28 marzo 2019.

Diverso è il caso dell'incitamento all'odio sul quale si veda il *Network Enforcement Act* tedesco, atto che comunque suscita perplessità sul fronte della libertà di espressione al pari della legge francese n° 2018-1202 del 22 dicembre 2018 «relative à la lutte contre la manipulation de l'information» e del decreto n° 2021-922 del 13 luglio 2021 «portant création, auprès du secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale, d'un service à compétence nationale dénommé service de vigilance et de protection contre les ingérences numériques étrangères».

Dal punto di vista delle regole sui diritti umani la questione va affrontata sul piano delle conseguenze e, come detto, non ci sembra siano ammissibili divieti assoluti di diffusione o di comunicazione di un'opinione (certo, in molti casi simile alla propaganda), quando concretamente non si configura una lesione diretta di un bene giuridico. Se è vero che le nuove tecnologie (inclusa l'intelligenza artificiale e l'uso di particolari algoritmi) possono portare ad amplificare taluni messaggi e renderli virali è anche vero che una regolamentazione *ad hoc* nel segno di un ridimensionamento di un diritto essenziale per la democrazia non è auspicabile, soprattutto in un'epoca in cui proprio l'indicato diritto è al centro di costanti attacchi anche da parte di Governi europei. Ricordiamo, tra l'altro, che l'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel rapporto *Internet shutdowns: trends, causes, legal implications and impacts on a range of human rights*, adottato il 13 maggio 2022, ha espresso profonda preoccupazione per le misure utilizzate per contrastare la disinformazione che impediscono l'accesso a internet o ai *social media*⁵⁴. Così, riteniamo che l'ipotesi di blocco totale di accesso a internet o di diffusione attraverso radio o televisione sia, in via generale, oltre che di dubbia utilità (si consideri, infatti, che alla diffusione della tecnologia di blocco all'accesso ai *social* o a internet si affianca la diffusione di sistemi VPN che permettono di aggirare i divieti), contraria al diritto internazionale in quanto in sé sproporzionata.

Allo stato attuale, è invece molto più utile affrontare la disinformazione predisponendo piani educativi, programmi di *fact-checking* e di alfabetizzazione mediatica. In questa direzione, sembra interessante il programma avviato dal Servizio europeo per l'azione esterna istituito nel 2015, proprio a seguito delle campagne di disinformazione della Russia, che ha attivato la task force *East StratCom*, nonché il *Global Engagement Center* istituito dal Segretario di Stato americano per combattere la disinformazione nel rispetto del Primo Emendamento⁵⁵.

⁵⁴ AG, UN Doc. A/HRC/50/55 del 13 maggio 2022. Si veda anche il documento del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muižnieks, pubblicato, il 26 settembre 2017 su «*Arbitrary Internet blocking jeopardises freedom of expression*». Su una posizione analoga la Dichiarazione congiunta sulla libertà di espressione e le fake news, la disinformazione e la propaganda adottata dall'OSCE, dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di espressione, da quello dell'Organizzazione degli Stati americani e della Commissione africana sui diritti umani del 3 marzo 2017 (FOM.GAL/3/17) in cui si evidenzia che il diritto alla libertà di espressione non è limitato alle sole dichiarazioni «corrette» e che divieti assoluti giustificati dalla lotta alla disinformazione possono violare le norme internazionali sui diritti umani.

⁵⁵ Nella sentenza del 28 giugno 2012, 567 US. 709, *United States versus Alvarez* è stato dichiarato incostituzionale lo *Stolen Valor Act* in base al quale la dichiarazione

Va considerato, infatti, che ogni intervento restrittivo o addirittura privativo dell'esercizio di un diritto comporta un rischio sull'integrità della libertà di espressione, che è un bene da maneggiare con molta cura, osservando altresì che la disinformazione può essere combattuta con migliori risultati semplicemente con la verità e la buona informazione⁵⁶.

ne falsa di avere ottenuto una medaglia al valore era un reato. È stato affermato che *«The remedy for speech that is false is speech that is true. This is the ordinary course in a free society. The response to the unreasoned is the rational; to the uninformed, the enlightened; to the straight-out lie, the simple truth»*.

⁵⁶ Al di là degli interventi statali risulta centrale l'impegno delle piattaforme e dei social media per la rimozione dei contenuti illegali e che comunque, pur essendo leciti, hanno un alto rischio di causare conseguenze dannose per individui e per la società nel suo complesso. Sul punto vale la pena ricordare l'esperienza del Covid-19 che ha condotto, tra gli altri Facebook, a de-prioritizzare dal *feed* taluni messaggi e a inserire dei link automatici verso post con notizie verificate.

ROGER O'KEEFE*

If you want more than pieces, prepare for war: Taking seriously the peacetime obligation to prepare to safeguard cultural property in armed conflict

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Setting the scene. – 3. Designation of civilian authorities. – 4. Planning. – 5. Inventorying of cultural property. – 6. Measures in relation to movable cultural property. – 7. Measures in relation to immovable cultural property. – 8. Marking and other measures to facilitate recognition of cultural property. – 9. Civilian training. – 10. Making contact. – 11. Conclusion.

1. *Introduction*

Article 3 of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict¹, as fleshed out in Article 5 of the 1999 Second Protocol to the Convention², posits an obligation to prepare in peacetime for the safeguarding of cul-

* Professor of International Law, Bocconi University. Edoardo Greppi's commitment to the protection of cultural property in the event of armed conflict is manifest in his instrumental role in the creation, and in his visionary scientific direction, of the Master in Cultural Property Protection in Crisis Response at the University School for Strategic Studies (SUISS) of the University of Turin. It is also evident in his scholarly writing. See e.g. E. GREPPI, *Distruzione di beni culturali in guerra come crimine internazionale nei conflitti contemporanei*, in *Forze armate e beni culturali*, in N. LABANCA, L. TOMASSINI (a cura di), *Forze armate e beni culturali*, Milano, 2007, p. 33 ff.; ID., *La protezione generale dei beni culturali nei conflitti armati: dalla Convenzione dell'Aja al Protocollo del 1999*, in P. BENVENUTI, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, Milano 2007, p. 75 ff.; ID., *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2020, p. 133 ff.

¹ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, with Regulations for its Execution, The Hague, 14 May 1954, 249 UNTS 240 (hereafter «1954 Hague Convention»/«Convention» and «Regulations»).

² Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999, 2253 UNTS 212 (hereafter «1999 Second Protocol»/«Second Protocol»).

tural property in a Party's own territory from the foreseeable effects of armed conflict. Yet until recently it appeared that relatively few Parties were diligent in taking measures to this end. The recent conflicts in Ukraine, Syria, Iraq and elsewhere, however, appear to have opened Parties' eyes to how essential the obligation in Article 3 of the Convention is to the protection of movable and immovable cultural property during armed conflict. The question is how best to give effect to this obligation. What follows offers suggestions by way of answer.

2. *Setting the scene*

Article 3 of the 1954 Hague Convention, elaborated on in Article 5 of its 1999 Second Protocol, obliges Parties to the Convention³ «to prepare in time of peace for the safeguarding of cultural property situated within their own territory against the foreseeable effects of an armed conflict, by taking such measures as they consider appropriate»⁴. Since the measures to be taken are those that the party «consider[s] appropriate», a Party is not required to undertake equally rigorous preparations in relation to each item of cultural property, as defined in the Convention, that is situated within its territory. The formulation implicitly takes into account financial and technical constraints, leaving it to the Party to prioritize its resources as it sees fit⁵. The same formulation equally leaves the kinds of measures to be adopted to the discretion of the Party in whose territory the cultural

³ Strictly speaking, the correct terminology is «High Contracting Parties» to the Convention and «States Parties» to the Second Protocol. But the term «Parties» is used throughout this contribution in generic reference to both. As in the texts of these treaties, the upper-case «P» distinguishes the Parties to the relevant treaty, which are necessarily States, from the parties to a conflict, which in non-international armed conflict can include non-State actors.

⁴ 1954 Hague Convention, Art. 3. See generally R. O'KEEFE, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge 2006, pp. 111-116, 249-251; E. CUNLIFFE, P. FOX (eds.), *Safeguarding Cultural Property and the 1954 Hague Convention*, Martlesham 2022.

⁵ See e.g. UNESCO, Doc. 7 C/PRG/7, Annex I, p. 8, with the drafters themselves foreseeing that measures of safeguard would be taken only in relation to «a certain number of buildings of great value and of buildings containing collections of cultural property (museums, archives, libraries, etc.)». As made clear in Art. 4, § 5 of the Convention, a party to the conflict is not relieved of its obligations of respect for cultural property by reason of the fact that an opposing party has not undertaken measures of safeguard in accordance with Art. 3.

property is situated. The words are capable of encompassing all sorts of measures. At the same time, in a prompt to the Parties, Article 5 of the Second Protocol indicates that such measures might include⁶ – or, in the words of Article 5, «shall include, as appropriate» – the preparation of inventories, the planning of emergency measures for protection against fire or structural collapse, the preparation for the removal of movable cultural property or the provision for its adequate *in situ* protection, and the designation of civilian authorities responsible for the safeguarding of cultural property⁷.

The gist of Article 3 of the Convention and Article 5 of the Second Protocol is that the safeguarding during armed conflict of cultural property situated in a Party's own territory – that is, its protection by material means, as distinct from by way of the legal restraint of the belligerent parties⁸ – must be prepared in advance in peacetime. It is this preparation in peacetime for the safeguarding of cultural property in armed conflict that is the very essence of the obligation. In this way, Article 3 of the Convention, as glossed by Article 5 of the Second Protocol, gives practical expression to the conviction voiced by the Parties in the preamble to the Convention that the protec-

⁶ Although it in no way limits the sorts of measures possible under Art. 3 of the Convention, what the drafters had in mind, as indicated in UNESCO, Doc. 7 C/PRG/7, Annex I, p. 8 (emphasis omitted), were «[s]pecial measures of an architectonic nature» designed to protect immovable cultural property, «particularly against the dangers of fire and collapse»; special measures designed to protect movable cultural property «in the building where it is generally to be found or in the immediate neighbourhood of the latter (organization, stocking of packing material, etc.)»; the establishment of refuges for movables and the organization of transport to them in the event of armed conflict; and the institution of a civilian service to execute such measures.

⁷ See 1999 Second Protocol, Art. 5, adding nothing of legal substance to 1954 Hague Convention, Art. 3, on which it represents no more than a gloss. As the wording of the former makes clear, the measures listed are merely indicative, a point noted by the drafters and emphasized in the implementing guidelines for the Second Protocol. See respectively UNESCO, Doc. CLT/CH/94/608/2, p. 6 and *Guidelines for the Implementation of the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (as amended, 16 December 2021) (hereafter «*Guidelines*»), § 27 («As the above list of preparatory measures is not exhaustive, Parties are also encouraged to consider other appropriate preparatory measures consistent with the purposes of the Second Protocol»).

⁸ The latter is referred to in the Convention, most significantly in Art. 4, as «respect for» cultural property. For its part, Art. 2 of the Convention provides: «For the purposes of the present Convention, the protection of cultural property shall comprise the safeguarding of and respect for cultural property»

tion of cultural property during armed conflict «cannot be effective unless both national and international measures have been taken to organize it in time of peace»⁹.

Although the extent and kinds of measures taken are within the discretion of the Party in whose territory the cultural property is situated, measures must nonetheless be taken. The obligation on Parties is «to prepare in time of peace for the safeguarding of cultural property situated within their own territory against the foreseeable effects of an armed conflict», which presupposes the taking of measures to this end, a conclusion strengthened by consideration of, *inter alia*, the Convention's preamble. It is only what the measures taken are that is left to a Party's assessment of what is appropriate, not whether to take any. To interpret and apply Article 3 to permit an assessment that no measures are appropriate would be in bad faith¹⁰.

Until relatively recently, however, one might have been forgiven for thinking that this was exactly how many of the Parties to the Convention interpreted and applied Article 3. It appeared that few Parties took genuine steps to prepare in time of peace for the safeguarding during armed conflict of cultural property situated within their territory. Although such inaction would be in breach of Article 3, it seemed as if what to most Parties was only the hypothetical prospect of conventional armed conflict, international or non-international, on their territory provided insufficient motivation to take seriously the obligation of peacetime preparation¹¹.

After the sudden outbreak over the past fifteen years of armed conflict in formerly peaceful Libya, Syria, Yemen and Ukraine, and with the proven benefits during the same and other recent conflicts, as in Afghanistan, Iraq and Mali, of material measures to safeguard movable and immovable cultural property, more Parties to the 1954 Hague Convention and especially those also to its Second Protocol would seem to have woken up to the obligation under Article 3 of the Convention¹². This awakening has taken place against the backdrop of the adoption by the General Conference of UNESCO

⁹ 1954 Hague Convention, preamble, fifth recital.

¹⁰ For the obligation to interpret a treaty in good faith, see the rule of customary international law codified in Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, Art. 31, § 1. For the obligation to apply a treaty in good faith, see the rule of customary international law codified *ibid.*, Art. 26.

¹¹ See UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I (3 November 2022), § 113 («Most States Parties chose not to adopt preventive preparatory measures for the protection of their cultural heritage since they do not expect any future conflict»).

¹² See *ibid.*, § 131.

in 2015¹³ of the Organization's «Strategy for the Reinforcement of UNESCO's Actions for the Protection of Culture and the Promotion of Cultural Pluralism in the Event of Armed Conflict»¹⁴ and the adoption by the United Nations Security Council of resolution 2347 (2017), dedicated to the protection of cultural heritage in the context of armed conflicts¹⁵. A further catalyst in this regard may have been the international recognition in the context of disaster risk reduction strategies of the importance at national and local levels of «protect[ing] or support[ing] the protection of cultural and collecting institutions and other sites of historical, cultural heritage and religious interest»¹⁶. The challenge now is apparently one less of motivation than of capacity, including know-how¹⁷. It is a challenge to which the three treaty bodies established under either the Convention or the Second Protocol – the Meeting of the High Contracting Parties to the Convention¹⁸, the Meeting of the Parties to the Second Protocol¹⁹ and the Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict²⁰ – are alive.

The understandable deference shown in Article 3 of the Convention and the sketchiness of the suggestions offered in Article 5 of the Second Protocol and consequently in the Protocol's Guidelines for Implementation need not, however, leave Parties at a loss as to how to go about preparing in time of peace «for the safeguarding of cultural property situated within their own territory against the foreseeable effects of an armed conflict». Such preparation to an extent reflects common sense and has much in common with the sort of preparation perhaps already in place with respect to other emergencies, manmade or natural. Moreover, practical guidance and examples of best international practice are now available to the Parties through

¹³ UNESCO General Conference res. 38 C/Res. 48, 17 November 2015.

¹⁴ UNESCO, Doc. 38 C/49 (2 November 2015).

¹⁵ See UNSC, UN Doc. S/RES/2347, 24 March 2017. Note in this regard *ibid.*, preamble, fourteenth recital (commending «the efforts undertaken by Member States in order to ... safeguard cultural heritage in the context of armed conflicts») and § 16 (encouraging Member States «to take preventive measures to safeguard their nationally owned cultural property and their other cultural property of national importance in the context of armed conflicts»).

¹⁶ Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, AG, UN Doc. A/RES/69/283, 23 June 2015, Annex II, § 30(d).

¹⁷ See *e.g.* C54/19/14.COM/INF.5.II (23 October 2019), § 10.

¹⁸ See 1954 Hague Convention, Art. 27.

¹⁹ See 1999 Second Protocol, Art. 23.

²⁰ See 1999 Second Protocol, Art. 24.

a range of means²¹, including manuals prepared in various contexts by intergovernmental and non-governmental bodies²² and more bespoke assistance from the same bodies and from other States²³.

As to the last, the Parties may call upon UNESCO, pursuant to Article 23(1) of the Convention, for «technical assistance in organizing the protection of their cultural property». The reference to «protection», as the term is defined in Article 2, includes safeguarding²⁴. Likewise, Article 33 of the Second Protocol entitles a Party to the Protocol to call upon UNESCO for technical assistance in organ-

²¹ For recent identification of best practice in the implementation of Art. 3 of the Convention and Art. 5 of the Second Protocol, see UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I (23 October 2019) and UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit.; For some historical examples, see O'KEEFE, *The Protection*, cit., pp. 86-87; N.J. McCAMLEY, *Saving Britain's Art Treasures*, Barnsley 2003; N. POLLARD, *Refuges for movable cultural property in wartime: lessons for contemporary practice from Second World War Italy*, in *International Journal of Heritage Studies*, 2019, 26, p. 667 ff.; D.G. YOUKHANNA, M. GIBSON, *Preparations at the Iraq Museum in the Lead-Up to War*, in L. ROTHFIELD (ed.), *Antiquities under Siege: Cultural Heritage Protection after the Iraq War*, Lanham 2008, p. 27 ff.; C. ROCKWELL, S. LAMBERT (eds), *Protecting Cultural Heritage in Times of Conflict*, Roma 2012; E. CAMPFENS, A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, E. SELTER, *Research for CULT Committee - Protecting cultural heritage from armed conflicts in Ukraine and beyond*, PE 733.120, March 2023, pp. 50-69, 79-80. See also the conclusions and recommendations E. CAMPFENS et al., *op.cit.*, pp. 87-88, 90.

²² See e.g. H. STOVEL, *Risk Preparedness: A Management Manual for World Cultural Heritage*, Roma, 1998, especially chap. 8 («Armed Conflict. Developing a property-specific strategy to improve risk preparedness for cultural heritage»); V. DORGE, S. JONES, *Building an Emergency Plan. A Guide for Museums and Other Cultural Institutions*, Los Angeles, 1999; J. McILWAINE, M.-T. VARLAMOFF, *ILFA Disaster Preparedness and Planning. A Brief Manual*, Paris 2006; UNESCO, *Legal and Practical Measures Against Illicit Trafficking in Cultural Property: UNESCO Handbook*, Paris 2006; ID., *Managing Disaster Risks for World Heritage*, Paris 2010; R. JIGYASU, V. ARORA, *Disaster Risk Management of Cultural Heritage in Urban Areas. A Training Guide*, Kyoto 2013; J.L. PEDERSOLI JR., C. AN TOMARCHI, S. MICHALSKI, *A Guide to Risk Management of Cultural Heritage*, Roma 2016; A. TANDON, *Endangered Heritage: Emergency Evacuation of Heritage Collections*, Roma 2016, ID., *First Aid to Cultural Heritage in Times of Crisis. 1. Handbook*, Roma 2018; ID., *First Aid to Cultural Heritage in Times of Crisis. 2. Toolkit*, Roma 2018; UNESCO, *Protecting Culture in Emergencies*, UNESCO, Doc. CLT-2020/WS/5 (2020).

²³ See in this regard UNSC, UN Doc. S/RES/2347, cit., § 6 (inviting «the United Nations and all other relevant organizations to continue providing Member States, upon their request and based on their identified needs, with all necessary assistance»). See also UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 82-88; Council of the European Union, Council Conclusions on EU Approach to Cultural Heritage in Conflicts and Crises, Doc. 9837/21, Annex (Bruxelles, 21 June 2021), § 13.

²⁴ Recall *supra* n. 9.

ising the protection of its cultural property through activities «such as preparatory action to safeguard cultural property ... and compilation of national inventories of cultural property»²⁵. UNESCO is mandated to accord technical assistance within the limits fixed by its programme and by its resources²⁶. The Parties, for their part, are encouraged by Article 33(2) of the Second Protocol to provide technical assistance either bilaterally or multilaterally²⁷ and by Article 32(4) of the same «to give technical assistance of all kinds, through the Committee [for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict], to those Parties ... who request it»²⁸. In a resolution adopted by the Hague diplomatic conference of 1999, furthermore, the conference – «[s]tressing that safeguarding measures such as the compilation of national inventories of cultural property, taken in peacetime, are essential in preventing foreseeable effects of armed conflicts» and «[r]ecognising that a number of developing countries may have difficulty in fully implementing the provisions of the Hague Convention and [its Second] Protocol» – urged all Parties to the Second Protocol «to give careful consideration to requests from developing countries either at [the] bilateral level or within the framework of intergovernmental organisations»²⁹. The Committee, via the Guidelines, further urges Parties to the Second Protocol «to cooperate both at international and national level with the competent non-governmental organisations as well as to exchange information on national safeguarding policies and practices»³⁰. Competent non-governmental organizations include the International Committee of the Red Cross (ICRC), Blue Shield International, the International Council on Monuments and Sites (ICOMOS), the International Council of Museums (ICOM), the International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA), the International Coun-

²⁵ Note that the reference to the compilation of national inventories of cultural property separately from preparatory action to safeguard cultural property is no more than thoughtless drafting.

²⁶ 1954 Hague Convention, Art. 23, § 1; 1999 Second Protocol, Art. 33, § 1. See also *Guidelines*, cit., §§ 156-158, 177 and Annex III, Table 3.

²⁷ See also *Guidelines*, cit., §§ 154-155.

²⁸ See also *Guidelines*, cit., §§ 146-153.

²⁹ Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Resolution, in UNESCO, *Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 15-26 March 1999)*, Summary Report, Paris 1999, Annex 2.

³⁰ *Guidelines*, cit., § 28.

cil of Archives (ICA) and the International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property (ICCRPM). Finally, in the light of the expenditure and expertise needed to implement Article 5 of the Second Protocol and thereby Article 3 of the Convention, the Fund for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict established pursuant to Article 29 of the Second Protocol and administered by the Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict may «provide financial or other assistance in support of preparatory or other measures to be taken in peacetime in accordance with, *inter alia*, Article 5»³¹.

In general terms, then, how can and, from the perspective of efficacy, should Parties to the 1954 Hague Convention and perhaps also to its 1999 Second Protocol go about preparing in time of peace, pursuant to their obligation under Article 3 of the Convention, for the safeguarding during armed conflict of cultural property situated in their territory?

3. *Designation of civilian authorities*

The measure *sine qua non* that a Party can and should take by way of peacetime preparation, as pointed to in Article 5 of the Second Protocol, is the designation of the civilian authorities that will be responsible during armed conflict for the safeguarding of cultural property situated within that Party's territory. It is only with the designation of such authorities that other measures preparatory to safeguarding – not to mention safeguarding itself – are possible, since it will fall to those authorities to draw up the necessary plans in consultation with others, to institute the necessary training measures, to liaise as necessary with the military authorities, and so on. Precisely which civilian authorities these might be is a choice for each Party.

The civilian authorities responsible for safeguarding cultural property in the Party's territory in the event of armed conflict should, to the extent possible, be the same as those responsible for safeguarding that cultural property from the foreseeable effects of any other

³¹ UNESCO, *Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, 1999, Art. 29, § 1(a). See also *Guidelines*, cit., §§ 131-138, 141-145, 159-176 and Annex III, Table 2. Funding is also available through other organizations, such as ALIPH (International Alliance for the Protection of Heritage in Conflict Areas) and Cultural Emergency Response (CER).

emergency, manmade or natural, the necessary material measures in respect of which will not appreciably differ from those in armed conflict³². Reinventing the wheel in this regard is better avoided, not only in terms of practical, including administrative, synergies but also from the point of view of institutional inertia. The more mainstream and convenient peacetime preparation for wartime safeguarding of cultural property is, the more likely it is to happen and the more effective the safeguarding ought to be in the event of armed conflict³³.

Civilian authorities should be designated at multiple levels, with a clear demarcation of responsibilities and decision-making powers among them. Overall responsibility is probably best vested in a single government ministry, while at the other end should be the heritage administrators with responsibility for the day-to-day running of a museum, site or monument, such as the director of a particular institution. Such an arrangement may well involve a division of responsibilities as between public and private bodies, with overall responsibility being public.

4. *Planning*

The safeguarding of cultural property during armed conflict requires detailed planning at different levels³⁴. To the extent possible, such planning should be integrated into planning for the safeguarding of cultural property from the foreseeable effects of other emergencies³⁵, as well as into wider civil defence and law enforcement planning for emergencies, including armed conflict. Clear allocation and demarcation of responsibilities and decision-making powers are again called for, as is close coordination between political authorities, cultural institutions and heritage experts, fire and other emergency services, police and customs, military authorities³⁶ and others. Such plans should envisage the triggering of the relevant emergency protocols, where circumstances allow, prior to the outbreak of conflict.

It is usually the case that an individual cultural institution, such as a museum, site or monument, already has an emergency plan, into

³² See to related effect UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, cit., §§ 47-48.

³³ Consider in this regard UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., § 113.

³⁴ See generally UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 27-29.

³⁵ To this effect, see e.g. Italy's l. 16.4.2009 n. 45, Art. 4.

³⁶ See e.g. UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, cit., §§ 45-46; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., § 73.

which planning for safeguarding during armed conflict can be incorporated. Such plans should be mandatory, including for private institutions. There should also be a national plan for the safeguarding of cultural property during armed conflict³⁷, which should be integrated into wider national civil defence planning. Where a Party has established a national advisory committee for the protection of cultural property in armed conflict, as urged by Resolution II of the 1954 Intergovernmental Conference³⁸, it would make sense for that committee to be consulted during the development of the national plan. The same goes for consultation with a Party's National Commission for UNESCO; for any National Committee of the Blue Shield as may exist in that State; for the National Society of the Red Cross and Red Crescent in that State; and for any ICOMOS National Committee and ICOM National Committee in that State.

A necessary element of all such planning is prioritization, by reference to different possible scenarios and timeframes. So-called «priority lists» should be compiled, kept and updated by each cultural institution, as they often are in preparation for other emergencies, as well as by the relevant governmental authorities.

5. *Inventorying of cultural property*

No priority list is possible without lists to begin with of all the movable and immovable cultural property, as defined in the Convention, situated within the territory of a Party, including within its internal waters and, for coastal States, its territorial sea. Indeed, generally acknowledged as crucial to not only the safeguarding of but also respect for cultural property during armed conflict is the peacetime preparation of inventories of this property, as mentioned in Article 5 of the Second Protocol³⁹. The accurate compilation and maintenance

³⁷ Depending on the State's system of government, other levels of government, such as cantons, provinces, regions or the like, may also need to develop plans.

³⁸ See Resolution II of the Final Act of the Intergovernmental Conference on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict, in *Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Educational Organisation held at The Hague from 21 April to 14 May 1954*, The Hague, 1961, p. 78. See also UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, cit., §§ 41-44; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 77-81; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.II (7 November 2022).

³⁹ See also e.g. UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, cit., § 22; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 15-24.

of such inventories is particularly important in the organization of the transport of movable cultural property to safety and the property's eventual return, in the development of «no strike» and «restricted target» lists by parties to a conflict⁴⁰, and in the fight against the illicit traffic in cultural property from States beset by armed conflict⁴¹. As with the priority lists based on them, inventories should be maintained both by each cultural institution, as they tend to be already where resources are available, and by the relevant governmental authorities. National inventories should be shared with the Party's military authorities. It would also be good practice to share national inventories with UNESCO.

It is worth emphasizing that it is not only movable cultural property that calls for inventorying. Lists of immovable cultural property, including archaeological sites, can and should be prepared. Nor should only cultural property on land be included. Cultural property situated in a Party's internal waters and, where relevant, territorial sea is equally cultural property situated within the Party's territory for the purposes of Article 3 of the Convention.

Digitization of inventories is desirable⁴². At the same time, data stored online is vulnerable to disruption in the event of armed conflict, including to deliberate acts of cyberwarfare. For this reason, at least one copy of each digital inventory should be stored offline.

6. *Measures in relation to movable cultural property*

One of the inevitable focuses of peacetime preparation for safeguarding in armed conflict will be the removal of movable cultural property or the provision for its adequate *in situ* protection, in the words of Article 5 of the Second Protocol⁴³. Planning in this regard calls for consideration in advance of a range of choices that will have to be made in the event of armed conflict. The various options need not be mutually exclusive but might instead depend on the priority

⁴⁰ See R. O'KEEFE *et al.*, *Protection of Cultural Property: Military Manual*, Paris-Sanremo 2016, §§ 98-99, 120.

⁴¹ See *e.g.* UNSC, UN Doc. S/RES/2347, *cit.*, § 17(a).

⁴² See UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, *cit.*, § 22; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, *cit.*, §§ 23-24. See also *e.g.* UNSC, UN Doc. S/RES/2347, *cit.*, § 17(a); Council of the European Union, Council Conclusions, *cit.*, § 4.

⁴³ See *e.g.* UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, *cit.*, §§ 23-24; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, *cit.*, §§ 30-31.

accorded to or the size or fragility of the individual object in question. Consideration of these options and preparation for their execution calls for input from the heritage administrators with responsibility for the day-to-day running of the relevant cultural institutions and from technical experts, as well as for consultation with international partners. In all of this, it is essential to bear in mind that the foreseeable effects of armed conflict encompass not just destruction or damage of cultural property but also its misappropriation, including as a consequence of a breakdown of law and order.

The most fundamental choice, as alluded to in Article 5 of the Second Protocol, is between the removal of cultural property or the provision for its adequate *in situ* protection. Where movable cultural property is displayed in state-of-the-art shock-resistant, bullet-proof, anti-theft cases, it may make sense – depending on other variables – to leave it where it is. Alternatively, it may be that a cultural institution is equipped with secure underground storage facilities in which at least some of its collection can be safely deposited for the duration of the conflict. Where instead movable cultural property is moved off-site, further choices present themselves. The objects might be transported to a cultural institution in a safer part of the State's territory, to a designated refuge somewhere else in that territory or even abroad, to an institution or refuge in another State. All of these measures are implicitly or explicitly envisaged in the Convention, the Regulations for its Execution and its First Protocol⁴⁴ and have been undertaken with success in past and ongoing armed conflicts. Any transport of cultural property will require careful preparation.

In this connection, a Party needs to consider whether to construct, perhaps by way of conversion of other facilities, any refuges within its territory, ideally underground, to which movable cultural property evacuated from institutions in its territory could be moved for safekeeping during armed conflict⁴⁵. Any such refuge would need to satisfy exacting technical specifications to ensure the adequate conservation of the objects stored there.

Effective security during armed conflict for all relevant institutions and facilities is imperative. Private criminal activity, including

⁴⁴ See *infra*.

⁴⁵ Transport to a refuge within the State concerned is implicitly foreshadowed in 1954 Hague Convention, Art. 1, § b, and Art. 8, as well as in Regulations, Art. 11. See also e.g. UNSC, UN Doc. S/RES/2347, cit., § 16; UNESCO-ICRC, *Memorandum of Understanding*, Genève, 29 February 2016, Art. 1, § vi.

the looting that can accompany a breakdown of law and order, can be as much a threat to movable cultural property in the event of war as bombing or plunder by an opposing belligerent.

If the possibility is envisaged of the transport of cultural property abroad for safekeeping⁴⁶, it would make sense to prepare in advance template agreements, both international and inter-institutional, subject to further negotiation with the relevant counterparty, regulating the legal and other conditions of transport, storage and return of the objects. Similar agreements are already concluded in connection with touring exhibitions⁴⁷. Helpful to these ends are the International Law Association (ILA)'s Guidelines for the Establishment and Conduct of Safe Havens for Cultural Material⁴⁸ and the International Council of Archives (ICA) Guiding Principles on Safe Havens for Archives at Risk⁴⁹.

7. Measures in relation to immovable cultural property

The preparation in peacetime for the safeguarding of immovable cultural property in armed conflict is equally important, as indicated by the reference in Article 5 of the Second Protocol to «the planning of emergency measures for protection against fire or structural collapse». The appropriate measures to be organized will depend on the nature of the immovable and the priority accorded to it. In ad-

⁴⁶ Transport of cultural property abroad for safekeeping is envisaged in 1954 Hague Convention, Artt. 12 and 13, Regulations, Art. 18 and Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, 249 UNTS 358, § 5 (referring to its provisions as «paragraphs»). For the provision by some States of «safe havens» for cultural property transported from conflict zones abroad, see Federal Law No. 520.3 of 20 June 2014 on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Natural Disaster or Emergency (Switzerland), Art. 12; Protect and Preserve International Cultural Heritage Act 2016 (USA); Law No. 2016-925 of 7 July 2016 on Creative Freedom, Architecture and Heritage (France), Art. 56; Cultural Property (Armed Conflicts) Act 2017 (UK), s. 28.

⁴⁷ See e.g. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Arab Republic concerning the Tutankhamen Exhibition, Cairo, 28 July 1971, UKTS No. 19, 1972, Cmnd. 4898, with annexed Agreement between the Directors of the Cairo Museum and the British Museum concerning the Tutankhamen Exhibition.

⁴⁸ ILA, *Cultural heritage law*, res. 2/2008, 21 August 2008, Annex, with annexed Safe Haven Model Contract.

⁴⁹ ICA, *Guiding Principles on Safe Havens for Archives at Risk*, 18 February 2019.

dition to measures against fire or structural collapse, such measures typically include those to absorb the percussive force of explosives, as well as security measures. Some of these measures, such as sandbags, boarding and scaffolding, may be technically unsophisticated, although perhaps logistically challenging. Others, such as modern systems of defence against fire, may be more advanced.

8. *Marking and other measures to facilitate recognition of cultural property*

Although it is more to promote respect by both sides for cultural property than to safeguard the property «against the foreseeable effects» of an armed conflict, another measure that a Party may choose to prepare or even to take in peacetime pursuant to its obligation under Article 3 of the Convention is to mark cultural property situated in its territory with the Convention's distinctive emblem, as permitted by Article 6⁵⁰. In principle, the emblem may be used on both immovable and movable cultural property, although practicality and aesthetics militate against the latter⁵¹; and, while the regime for the transport of cultural property under special protection is a dead letter⁵², it is both permissible and desirable during armed conflict to mark with the distinctive emblem used once vehicles engaged at that point in the transport exclusively of movable cultural property.

⁵⁰ Article 6 of the Convention provides that, in accordance with the provisions of Art. 16, cultural property «may bear a distinctive emblem so as to facilitate its recognition». As the wording of Art. 6 makes clear, the distinctive marking of protected cultural property is not obligatory. The emblem in question comprises a shield, pointed below, per saltire blue and white, in the technical heraldic language of Art. 16, § 1. What this means is explained parenthetically, namely «a shield consisting of a royal-blue square, one of the angles of which forms the point of a shield, and of a royal-blue triangle above the square, the space on either side being taken up by a white triangle». When used alone, the distinctive emblem indicates the general level of protection provided for under the Convention, as made clear in Art. 16, §§ 2 and 17, § 2(a). See also UNESCO, *Distinctive Marking of Cultural Property. Rules and Practices*, Paris, 2021; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 36-41; O'KEEFE, *The Protection*, cit., p. 116 ff.; R. O'KEEFE *et al.*, *Military Manual*, cit., §§ 213-224.

⁵¹ Marking with the distinctive emblem «buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit» movable cultural property, themselves considered cultural property in accordance with Art. 1, § b of the Convention, might nonetheless be feasible.

⁵² See R. O'KEEFE, *The Protection*, cit., p. 162 ff.

Excellent peacetime preparation with regard to both safeguarding and respect for cultural property in armed conflict is the detailed mapping, including digital mapping, and provision of geographical coordinates of cultural property situated within a Party's territory⁵³. Recourse might be had in this regard to satellite imaging, such as that provided pursuant to the memorandum of understanding of 2015 between UNESCO and the United Nations Operational Satellite (UNOSAT) programme of the United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). As with national inventories of cultural property, such maps should be shared with the Party's military authorities and, ideally, with UNESCO.

9. *Civilian training*

The safeguarding in armed conflict of cultural property situated in a Party's territory promises to be more effective if those involved in it know and are drilled in advance as to how to go about it. For this reason, it is essential that peacetime preparation for safeguarding of cultural property include regular training of relevant civilian personnel, from those in ministries to those involved on a day-to-day basis in the care of particular movables or immovables. Such training can and should take place in the context of training for functionally similar emergencies. Civilian training courses in accordance with international standards are available from a range of sources, including Blue Shield International, ICCROM's First Aid and Resilience for Cultural Heritage in Times of Crisis (FAR) programme and ICOM's Museum Emergency Programme.

10. *Making contact*

In addition to being of assistance in the preparation of measures of safeguarding, intergovernmental and non-governmental bodies, other States⁵⁴ and cultural institutions abroad can be of assistance in

⁵³ See e.g. UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.I, cit., §§ 25-26, 56; UNESCO, Doc. C54/22/17.COM/INF.8.I, cit., §§ 25-26; R. O'KEEFE *et al.*, *Military Manual*, cit., §§ 76, 79-80.

⁵⁴ See e.g. Ministro della Cultura, d.m. 31 marzo 2022, n. 128, Task Force «Caschi Blu della Cultura», as well as Memorandum of Understanding between the Government of the Italian Republic and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Roma, 16 February 2016.

the execution of such measures during armed conflict, rendering it desirable for Parties to make contact to this end before the outbreak of hostilities. Plans developed by the civilian authorities responsible during armed conflict for the safeguarding of cultural property situated within a Party's territory should include the opening of the relevant channels of communication, where they are not already open, as soon as the spectre of fighting looms. Particularly important in this context are the Emergency Preparedness and Response Unit within UNESCO's Culture Sector (CLT/EPR), the Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Blue Shield International, ICOM's Disaster Risk Management Committee and International Observatory on Illicit Traffic in Cultural Goods, INTERPOL's Cultural Heritage Unit and the ICRC. Others include ALIPH, Cultural Emergency Response (CER) and the Smithsonian Cultural Rescue Initiative (SCRI).

11. *Conclusion*

In 2019, the Secretariat of UNESCO reported to the Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict that one of the «challenges» experienced by Parties to the Convention was the «[a]doption of preparatory measures, in peacetime, to protect cultural property from foreseeable effects of armed conflict⁵⁵» – that is, the implementation by the Parties of their obligation under Article 3 of the Convention to prepare in advance, in time of peace, for the safeguarding during armed conflict of cultural property in their territory. This implementation, which many more Parties than previously now take seriously, calls for the mobilization of financial and human resources⁵⁶, those both of the Party itself and of international partners. Most fundamentally, it calls for know-how, which is readily available from an array of accessible sources. It can only be hoped that even more Parties make use of it.

⁵⁵ UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.II, cit., § 10.

⁵⁶ UNESCO, Doc. C54/19/14.COM/INF.5.II, cit., § 11.

ANDREA CANNONE*

I ricorsi interstatali proposti dall'Ucraina contro la Russia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il trattamento dei ricorsi individuali connessi

SOMMARIO: 1. I processi instaurati dall'Ucraina nei confronti della Russia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e ad altre istanze giudiziarie internazionali. – 2. Il trattamento da parte della Corte europea dei ricorsi individuali collegati al conflitto politico-militare tra Ucraina e Russia. – 3. Le proposte elaborate dallo *Steering Committee for Human Rights*. – 4. Il problema generale della mancata esecuzione delle sentenze della Corte nella valutazione dell'*High Level Reflection Group*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *I processi instaurati dall'Ucraina nei confronti della Russia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e ad altre istanze giudiziarie internazionali*

L'accresciuto numero dei ricorsi interstatali dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, prevalentemente connessi a conflitti armati tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, si accompagna altresì a un elevato numero di ricorsi individuali relativi ai predetti conflitti¹.

Tra i detti ricorsi interstatali sono alquanto numerosi quelli instaurati dall'Ucraina nei confronti della Russia.

Un affare è costituito da *Ucraina c. Russia (re Crimea)* in cui i

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

¹ Nel recente *Memorandum* del 20 marzo 2023 elaborato dalla Corte in vista del *Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council* (Reykjavik, 16-17 maggio) si fa riferimento a 15 affari interstatali pendenti relativi a 19 ricorsi, di cui 14 riguardanti conflitti in corso tra Stati e 7 concernenti la Russia. Si aggiunge che detti affari hanno dato origine ad un elevato numero di ricorsi individuali, attualmente 10.500: v. Corte EDU, *Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe. Memorandum of the European Court of Human Rights* del 20 marzo 2023, § 21.

ricorsi originariamente proposti dalla Ucraina il 13 marzo 2014 e il 26 agosto 2015 sono stati unificati l'11 giugno 2018 con tale denominazione. La Corte, con decisione resa dalla Grande Camera il 16 dicembre 2020, ne ha dichiarato la parziale ricevibilità e ha deciso di tenere, a seguito della chiusura della fase scritta, una udienza sulla ammissibilità e il merito in cui, oltre ad esaminare il merito delle doglianze già dichiarate ammissibili, verrà esaminata anche la ricevibilità e il merito di una doglianza relativa al trasferimento dalla Crimea in Russia di più di 4700 detenuti ucraini (proposta dopo il deferimento alla Grande Camera e di cui non era avvenuta la comunicazione allo Stato convenuto) nonché la ricevibilità e il merito di un ricorso proposto il 10 agosto 2018 (ossia in data successiva a quelli del 2014-2015) che la Corte ritiene di unificare a quelli precedenti stante il «*significant overlap*» tra la predetta doglianza e quest'ultimo ricorso².

Vi è poi il processo *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia* costituito dalla unificazione di tre ricorsi di cui il primo *Ucraina c. Russia (re Ucraina orientale)* pendeva dinanzi alla Grande Camera laddove gli altri due, pendenti dinanzi a una Camera, erano costituiti da *Ucraina c. Russia (II)* in ordine ad un asserito rapimento di tre gruppi di minori in Ucraina orientale e il loro temporaneo trasferimento in Russia nel periodo giugno 2014-agosto 2014 e *Paesi Bassi c. Russia* proposto il 10 luglio 2020 e riguardante l'abbattimento dell'aereo delle *Malaysian Airlines MH17* nei cieli dell'Ucraina orientale che ha provocato la morte di tutte le 298 persone a bordo. La Corte ha dichiarato la parziale ricevibilità di tali ricorsi unificati con decisione del 25 gennaio 2023³. Tale processo ha visto ampliata la propria portata a seguito della decisione del 17 febbraio 2023 della Grande Camera di unire ad esso il ricorso *Ucraina c. Russia (X)* proposto in ordine alle violazioni sistematiche e massicce dei diritti umani asseritamente commesse in territorio ucraino nelle operazioni militari iniziate il 24 febbraio 2022. L'esame dell'ammissibilità e del merito di quest'ultimo ricorso, che ha visto numerose domande di intervento da parte di ben 26 Stati membri del Consiglio d'Europa sarà pertanto svolto contemporaneamente all'esame del merito del processo *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*⁴.

² Corte EDU, 16 dicembre 2020 (G.C.), ricorsi n. 20958/14 e n. 38334/18, *Ucraina c. Russia (re Crimea)*, § 446. La data prevista per tale udienza è l'8 novembre 2023: v. Corte EDU, comunicato stampa, Doc. ECHR 087(2023) del 22 marzo 2023.

³ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), ricorsi n. 8019/16, n. 43800/14 e n. 28525/20, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*.

⁴ Corte EDU, ricorso n. 11055/22, *Ucraina c. Russia (X)*; Id., comunicato stampa, Doc. ECHR 055(2023) del 20 febbraio 2023. Rispetto a questo affare un co-

In una fase ancora iniziale si trova l'esame del ricorso *Ucraina c. Russia* (VIII) proposto il 29 novembre 2018 relativo a un incidente navale avvenuto il 25 novembre 2018 nello stretto di Kerch in cui vi è stata la cattura da parte russa di tre navi ucraine e dei loro equipaggi⁵ e del ricorso *Ucraina c. Russia* (IX) proposto il 19 febbraio 2021 relativo ad una asserita pratica amministrativa in corso consistente in operazioni di omicidi mirati nei confronti di presunti oppositori della Russia in quel paese e in territori di altri Stati membri del Consiglio d'Europa al di fuori di una situazione di conflitto armato che sarebbe affiancata da una pratica amministrativa consistente nell'assenza di indagini in ordine a tali operazioni e di svolgimento di operazioni di copertura tese ad ostacolare la individuazione dei responsabili⁶.

Risulta infine pendente anche un ricorso proposto il 22 luglio 2021 dalla Russia contro l'Ucraina (ricorso n. 36958/21) relativo ad un'asserita pratica amministrativa in Ucraina consistente, tra l'altro, in uccisioni, rapimenti, spostamenti forzati, interferenze con i diritti di voto, restrizioni all'uso della lingua russa e attacchi ad ambasciate e consolati russi e in cui viene inoltre lamentata la cessazione dei rifornimenti idrici verso la Crimea ad opera della chiusura del Canale della Crimea settentrionale e invocata la responsabilità dell'Ucraina per la morte delle persone presenti a bordo del volo MH17 a causa della mancata chiusura del suo spazio aereo⁷.

Come è noto, l'Ucraina ha proposto pure dinanzi alla Corte internazionale di giustizia un ricorso nei confronti della Russia in relazione ad asserite violazioni della Convenzione internazionale per la soppressione del finanziamento del terrorismo rispetto agli eventi in Ucraina orientale e ad asserite violazioni della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione

spicuo numero di Stati membri del Consiglio d'Europa (26 tra cui l'Italia) è stato autorizzato ad intervenire mediante dichiarazioni scritte unitamente alla *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*: v. Corte EDU, comunicato stampa, Doc. ECHR 082 (2023) del 17 marzo 2023.

⁵ Corte EDU, ricorso n. 55855/18, *Ucraina c. Russia* (VIII). La Corte in proposito ha indicato misure cautelari di cui all'art. 39 del proprio regolamento di procedura in cui richiedeva alla Russia di assicurare appropriati trattamenti medici al personale navale ucraino prigioniero, in particolare a coloro che fossero stati feriti nell'incidente navale verificatosi nello stretto di Kerch il 25 novembre 2018: v. Id., comunicato stampa, Doc. ECHR 421(2018) del 4 dicembre 2018.

⁶ Corte EDU, ricorso n. 10691/21, *Ucraina c. Russia* (IX): v. Id., comunicato stampa, Doc. ECHR 069(2021) del 23 febbraio 2021.

⁷ Corte EDU, ricorso n. 36958/21, *Russia c. Ucraina*; v. Id., comunicato stampa, Doc. ECHR 240(2021) del 23 luglio 2021.

razziale avvenute in Crimea. La Corte ha pronunciato l'8 novembre 2019 una sentenza con cui sono state respinte le eccezioni preliminari sollevate dalla Russia e ha dichiarato la propria giurisdizione in ordine ad ambedue le Convenzioni internazionali⁸.

Il 26 febbraio 2022 l'Ucraina ha proposto un altro ricorso alla Corte internazionale di giustizia contro la Russia avente per oggetto la Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio Convenzione del 1948 e la Corte ha pronunciato una ordinanza recante misure cautelari⁹.

Un ulteriore contenzioso tra i due Stati ha per oggetto anche la Convenzione sul diritto del mare del 1982¹⁰.

⁸ CIG, 8 novembre 2019, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Preliminary objection), Ucraina c. Russia*, sent., in *Reports 2019*, p. 558.

⁹ CIG, 16 marzo 2022, *Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Ucraina c. Russia*, ord., in *General List No. 182*.

¹⁰ L'Ucraina ha attivato un procedimento arbitrale invocando la violazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 in ordine ai diritti ad essa spettanti quale Stato costiero nel Mar Nero, nel Mare d'Azov e nello Stretto di Kerch che, come è noto, collega il Mar Nero con il Mare d'Azov: il tribunale arbitrale, costituito ai sensi dell'annesso VII della predetta Convenzione sul diritto del mare, il 21 febbraio 2020 ha pronunciato una sentenza sulle eccezioni preliminari sollevate dalla Russia a seguito della c.d. «biforcazione» del procedimento e, all'unanimità, ha deciso, da un lato, di accogliere l'eccezione russa e di dichiarare il difetto della propria giurisdizione nella misura in cui l'accoglimento della domanda ucraina avrebbe implicato una decisione diretta o implicita sulla sovranità di una o dell'altra parte sulla Crimea, materia estranea alla Convenzione sul diritto del mare, e, dall'altra, di considerare nella fase del merito la domanda ucraina relativa al Mare d'Azov e allo Stretto di Kerch in quanto l'eccezione della Russia non aveva carattere esclusivamente preliminare: v. Trib. arb., 21 febbraio 2020, n. 2017-06, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, Ucraina c. Russia*, § 492, lett. a, b. Un'altra controversia, sempre relativa alla Convenzione sul diritto del mare del 1982, riguarda la detenzione di tre navi militari ucraine che il 25 novembre 2018 avevano tentato di attraversare lo stretto di Kerch ed erano state inseguite dalla Guardia costiera russa che, dopo aver colpito e danneggiato una nave ferendo tre membri dell'equipaggio, aveva sequestrato e detenuto le tre navi e il personale militare a bordo. In proposito, in pendenza della costituzione del tribunale arbitrale previsto dall'Annesso VII della Convenzione richiesta dall'Ucraina, il Tribunale internazionale del diritto del mare attivato ai sensi dell'art. 290, § 5 della predetta Convenzione, ha pronunciato il 25 maggio 2019 una ordinanza contenente misure cautelari in cui, tra l'altro, prescriveva alla Russia l'immediato rilascio delle tre navi e degli uomini dell'equipaggio e il loro rientro in Ucraina: v. Trib. int. mare, 25 maggio 2019, *Case concerning the detention of three ukrainian naval vessels, Ucraina c.*

Orbene alla luce del numero forse eccessivo di procedimenti implicanti profili di responsabilità internazionale sin qui sinteticamente indicati è evidente che le istanze di giustizia individuale rispetto a violazioni dei diritti umani¹¹ si prestano ad essere prese in considerazione più propriamente nell'ambito del sistema di garanzia previsto dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

2. *Il trattamento da parte della Corte europea dei ricorsi individuali collegati al conflitto politico-militare tra Ucraina e Russia*

Si può pertanto procedere a questo punto alla verifica delle soluzioni accolte sinora dalla Corte nella gestione dei ricorsi individuali collegati al conflitto politico-militare tra Ucraina e Russia.

Nella decisione della Grande Camera del 16 dicembre 2020 *Ucraina c. Russia (re Crimea)* si evidenzia che lo scopo del ricorso della Ucraina non consiste nella individuazione di violazioni individuali e nell'ottenimento di equa soddisfazione bensì nell'accertamento ad opera della Corte di pratiche amministrative di violazioni di diritti umani in quanto tali¹².

La Corte, decidendo a maggioranza, dopo aver statuito che gli

Russia, ord., in List of cases: 26, § 124, n. 1, lett. *a, b*. Il Tribunale arbitrale, poi costituito, ha reso in data 27 giugno 2022 una sentenza relativa alle eccezioni preliminari sollevate dalla Russia in cui, tra l'altro, rispetto alla eccezione invocata dalla Russia basata sulla dichiarazione eccettuativa resa da detto Stato di cui all'art. 298, § 1(b) prima parte, si afferma che è possibile distinguere una fase degli eventi qualificabili come «attività militari» (non rientranti pertanto nella giurisdizione del Tribunale arbitrale) e una fase successiva degli eventi non qualificabili come tali, riservando all'esame del merito la esatta individuazione del momento della cessazione delle attività militari: Trib. arb., 21 febbraio 2020, n. 2017-06, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, Ucraina c. Russia*, cit., § 104 ss e § 208, lett. *a, b e c*.

¹¹ Non si ritiene di prendere in considerazione in questa sede l'attività della Corte penale internazionale finalizzata alla responsabilità penale individuale degli autori di crimini di diritto internazionale previsti nello Statuto, ancorché in esso risulti disciplinato anche lo statuto delle vittime.

¹² Corte EDU, 16 dicembre 2020 (G.C.), *Ucraina c. Russia (re Crimea)*, cit., §§ 235 e 238. Circa la doglianza relativa al trasferimento dalla Crimea in Russia di più di 4700 detenuti ucraini, riportata nel testo corrispondente alla nota 2, di cui la Corte dovrà valutare sia la ricevibilità che il merito, non è chiaro se sia stata prospettata come una pratica amministrativa o come una violazione individuale; ad ogni modo, nel corso della prevista udienza di discussione probabilmente l'Ucraina dovrà chiarire se intende chiedere o meno anche il pagamento di una equa soddisfazione.

eventi verificatisi in Crimea e nella città di Sebastopoli nel periodo preso in considerazione (27 febbraio 2014-26 agosto 2015, distinto in due fasi, ossia, la prima fase sino alla data del «referendum» tenutosi il 18 marzo 2014 e la seconda fase successiva a tale data) sono riconducibili ai sensi dell'art. 1 della Convenzione nella «giurisdizione» della Russia, dichiara la ricevibilità del ricorso, senza pregiudizio dell'esame del merito, in ordine all'asserita esistenza di diverse pratiche amministrative poste in essere in violazione degli articoli 2, 3, 5, 6, 8, 10, 11 della Convenzione e degli articoli 1, 2 Prot. add., 2 Prot. n. 4 nonché, rispetto ai Tatars di Crimea, dell'art. 14 della Convenzione in collegamento con gli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione e dell'art. 14 della Convenzione in collegamento con l'art. 2 Prot. n. 4.

Il numero dei ricorsi individuali pendenti relativi agli eventi in Crimea è cospicuo¹³.

Come già accaduto nella gestione dei ricorsi individuali connessi al ricorso interstatale della Georgia contro la Russia in relazione al conflitto armato dell'agosto del 2008, la Corte ha proceduto dapprima a una dichiarazione di irricevibilità o alla cancellazione dal ruolo per manifesta infondatezza di numerosi ricorsi¹⁴.

La decisione del 25 gennaio 2023 *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia* risulta molto più articolata e complessa della precedente e riguarda, come si è detto, l'esame di tre ricorsi riuniti in cui il primo riguar-

¹³ V. il rapporto statistico curato dalla Cancelleria della Corte relativo ai ricorsi individuali connessi a ricorsi interstatali e fornito al *Drafting Group on the effective processing and resolution of cases relating to inter-state disputes (DH-SYSC-IV)* posto sotto l'autorità del *Committee of Experts on the System of the European Convention on Human Rights (DH-SYSC)*. Il *Drafting Group* ha il compito di «elaborate proposals on how to handle more effectively cases related to inter-State disputes, as well as individual applications arising from situations of conflict between States, without thereby limiting the jurisdiction of the Court, taking into account the specific features of these categories of cases, inter alia regarding the establishment of facts»: v. Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report 92nd meeting (Strasbourg, 26-29 november 2019)*, Doc. CDDH(2019)R92, §§ 8-11. Si tratta, in base al predetto rapporto statistico, di 1218 ricorsi pendenti di cui 1086 contro la Russia, 7 contro l'Ucraina e 123 proposti nei confronti di ambedue gli Stati, uno contro la Russia e la Serbia e uno contro l'Ucraina e 31 altri Stati membri. A questi ricorsi individuali occorre aggiungere, sempre in base al predetto rapporto, i ricorsi individuali proposti in relazione alle operazioni militari iniziate il 24 febbraio 2022: 56 in totale, di cui 29 contro la Russia, 7 contro l'Ucraina e 17 contro ambedue gli Stati.

¹⁴ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Committee of Experts on the System of the European Convention on Human Rights (DH-SYSC)*, *Drafting Group on the Effective Processing and Resolution of Inter-State Disputes (DH-SYSC-IV)*, *Statistical Report on conflict-related applications*, Doc. DH-SYSC-I-V(2022)05REV del 25 ottobre 2022, p. 5.

dava gli eventi verificatisi in Ucraina orientale, il secondo l'asserito rapimento e trasferimento in Russia di tre gruppi di minori e degli accompagnatori adulti e il terzo il ricorso dei Paesi Bassi relativo all'abbattimento del volo MH17. In quest'ultimo procedimento è stato autorizzato l'intervento di *amici curiae* e dei parenti delle vittime che hanno proposto ricorsi individuali questi ultimi quali terze parti interessate¹⁵.

Nella predetta decisione la Corte ha dovuto esaminare, tra l'altro, la delicata questione della riconducibilità delle condotte lamentate dall'Ucraina alla «giurisdizione» della Russia come richiesto dall'art. 1 della Convenzione alla luce della esclusione, stabilita nella sentenza *Georgia c. Russia* (II) del 21 gennaio 2021, nella nozione di «giurisdizione» del predetto art. 1 degli eventi connessi ad «operazioni militari svolte durante la fase attiva delle ostilità», intese come «confronto armato e combattimenti tra forze militari nemiche che cercano di stabilire un controllo in una area in un contesto di caos»¹⁶, specie in ordine all'abbattimento del volo MH17¹⁷ e il rapporto tra diritto internazionale umanitario e disposizioni della Convenzione¹⁸.

¹⁵ Il Canada e lo *Human Rights Law Centre* (HRLC) dell'Università di Nottingham sono stati ammessi come *amici curiae*; i ricorrenti individuali negli affari proposti dai parenti delle vittime dell'abbattimento del volo MH17 e la fondazione costituita in Olanda *MH17 Air Disaster Foundation-Stichting Vliegcramp MH17* sono stati autorizzati come terze parti interessate. I ricorsi individuali sono i seguenti: Corte EDU, ricorso n. 25714/16, *Ayley e altri c. Russia*; ID., ricorso n. 56328/18, *Angline e altri c. Russia*, proposti, rispettivamente, il 6 maggio 2016 e il 23 novembre 2018; ID., ricorso n. 22719/19, *Bakker e altri c. Russia*; ID., ricorso n. 3568/20, *Warta e altri c. Russia*. V. Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 21 e 25. Per le numerose domande di intervento presentate nel procedimento *Ucraina c. Russia* (X) in relazione alle asserite violazioni sistematiche e massicce dei diritti umani in territorio ucraino nelle operazioni militari iniziate il 24 febbraio 2022, v. nota 4.

¹⁶ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 576-577, §§ 578-697 e §§ 698-699 (riunione al merito della eccezione russa circa la non riconducibilità alla giurisdizione della Russia dell'asserita pratica amministrativa di bombardamenti). V. in argomento, tra gli altri, M. MILANOVIĆ, *The European Court's admissibility decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: the good, the bad and the ugly*, Part 1 e Part 2, in *EjilTalk!*, 26 gennaio 2023, <https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/>; C. DANISI, *L'applicazione della CEDU nel contesto del conflitto russo-ucraino*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2023, p. 77 ss.

¹⁷ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 701-706.

¹⁸ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 718-721, in cui viene rigettata l'eccezione della Russia basata sul difetto di giuri-

La Corte ha affrontato inoltre il ruolo della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, inapplicabile nei casi di pratica amministrativa ma applicabile nei casi in cui mediante un ricorso statale uno Stato denuncia una o più violazioni sofferte da individui prendendo l'iniziativa in vece di essi, agendo in maniera simile ai ricorsi individuali o alle azioni instaurate sul piano internazionale nel contesto dell'istituto della protezione diplomatica¹⁹.

Anche rispetto a tale processo i numeri dei ricorsi individuali sono elevati. In base al predetto rapporto della cancelleria della Corte si tratta di 7614 ricorsi pendenti in cui sono inclusi 8 ricorsi individuali relativi all'abbattimento del volo MH17 riguardanti questi ultimi un totale di 384 ricorrenti²⁰.

L'orientamento seguito in proposito dalla Corte è stato nuovamente quello di procedere immediatamente a una prima verifica dei ricorsi manifestamente infondati dichiarandoli irricevibili o cancellandoli dal ruolo in quanto non supportati da sufficiente materiale probatorio. La Corte ha poi comunicato i restanti ricorsi allo Stato convenuto (o agli Stati convenuti) in parallelo all'esame del ricorso interstatale allo scopo di ottenere le osservazioni dello Stato (o degli Stati) e le relative repliche degli individui ricorrenti e ha infine disposto il loro aggiornamento fino alla decisione nel merito del ricorso interstatale sì da avere i relativi fascicoli istruiti e pronti per la decisione²¹.

In tale modalità operativa va tenuto presente che per quanto riguarda i rapporti tra il processo relativo alla Crimea e i ricorsi individuali ad esso collegati le rispettive decisioni di merito non dovrebbero presentare sovrapposizioni in quanto, come si è detto, lo Stato ricorrente ha specificato che l'oggetto del ricorso consiste esclusivamente nell'accertamento di «*pattern of violations*», ossia più pratiche amministrative in Crimea e rispetto alla Crimea poste in essere in violazione della Convenzione nel periodo tra 27 febbraio 2014 e 26

sdizione *ratione materiae* della Corte rispetto alle doglianze riguardanti il conflitto armato, tra cui i bombardamenti e l'abbattimento del volo MH17 nonché altri eventi svoltisi durante i combattimenti e il trattamento dei prigionieri di guerra. La Corte riserva all'esame del merito la questione dell'interpretazione dell'art. 2 della Convenzione rispetto ad allegazioni dell'uccisione non intenzionale di civili nel contesto di un conflitto armato, avuto riguardo al contenuto del diritto internazionale umanitario (§ 720).

¹⁹ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 788-790 in ordine all'affermazione del governo olandese secondo cui il ricorso proposto presentava carattere di ambedue i tipi di ricorso interstatale.

²⁰ V. note 14 e 15.

²¹ Corte EDU, comunicato stampa, Doc. ECHR 432 (2018) del 17 dicembre 2018.

agosto 2015, la loro cessazione e la prevenzione della loro ripetizione senza richiedere l'accertamento di violazioni individuali e l'attribuzione di una equa soddisfazione²².

Anche in relazione al processo riunificato relativo alla Ucraina orientale nel ricorso relativo alla situazione generale in Ucraina orientale si invoca la violazione dei diritti umani contenuti nella Convenzione ad opera di diverse pratiche amministrative di cui si richiede la cessazione e la prevenzione della loro ripetizione²³. Gli altri due ricorsi unificati al precedente, ossia quello dell'Ucraina relativo alla sottrazione e al trasferimento dei tre gruppi di minori e quello dei Paesi Bassi relativo all'abbattimento del volo MH17, sono stati invece presentati contemporaneamente sia sotto il profilo di pratiche amministrative che sotto il profilo di violazioni individuali²⁴ e la Corte in proposito procederà ad una qualificazione differenziata.

Nel ricorso ucraino relativo alla sottrazione e trasferimento dei tre gruppi di minori la Corte riterrà – a maggioranza – raggiunta una prova *prima facie* «sufficientemente sostanziata» della presenza dei due elementi di una pratica amministrativa, ossia la ripetizione degli atti e la tolleranza ufficiale e sotto questo aspetto lo dichiarerà ricevibile, senza pregiudizio del merito²⁵, laddove sotto il profilo di una

²² Corte EDU, 16 dicembre 2020 (G.C.), *Ucraina c. Russia (re Crimea)*, cit., §§ 235 e 238. Quanto alla doglianza relativa al «trasferimento dei condannati», di cui alla nota 12, non risultano, a quel che pare, proposti ricorsi individuali.

²³ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., § 373.

²⁴ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., § 373, in cui le doglianze relative all'art. 5 della Convenzione e dell'art. 2 Prot. n. 4 (nonché in via gradata degli articoli 3 e 8 CEDU) rispetto alla sottrazione e al trasferimento in Russia dei tre gruppi di minori sono proposte dall'Ucraina in qualità di *parens patriae* per conto delle vittime o, in alternativa, come pratica amministrativa. V. pure il § 382 in cui si riporta la precisazione fatta dai Paesi Bassi che il ricorso proposto rispetto alle violazioni lamentate degli articoli 2 (profilo sostanziale e procedurale), 3 e 13 CEDU ha consentito «to act on behalf of all the victims and their next of kin» [virgolettato originale]. Il paragrafo così prosegue: «They also argued that while their allegations did not amount to an administrative practice as such, their application did more than simply take the place of individuals to denounce a violation suffered by them. Their position was that their application contained aspects of both types of inter-State applications (see paragraph 751 below)». In tale § 751 e nel § 788 si specifica che per i Paesi Bassi la politica ufficiale negazionista della Russia costituiva la «official tolerance» e che il ricorso da essi proposto pur non potendo riguardare «a pattern of repetition of acts», non poteva essere riferito «to an isolated individual violation».

²⁵ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 91-898 e punto 9 del dispositivo. In particolare la Corte afferma raggiunta la pro-

violazione individuale il ricorso verrà considerato – a maggioranza – irricevibile per mancato previo esaurimento dei ricorsi interni stante la mancata prova da parte ucraina dell'assenza di prospettive di successo nel ricorso giudiziario previsto nell'ordinamento russo²⁶. Quindi l'esame del merito atterrà solo alla verifica della esistenza della pratica amministrativa. Eventuali ricorsi individuali – di cui non risulta accertata la proposizione – ove proposti, sarebbero pertanto destinati anche essi alla dichiarazione di irricevibilità.

Quanto al ricorso dei Paesi Bassi, rispetto all'eccezione sollevata dalla Russia circa il mancato previo esaurimento dei rimedi interni, essi avevano affermato che la doglianza da essi proposta, anche se non propriamente relativa ad una pratica amministrativa (rispetto alla quale, come si è detto, non è invocabile la suddetta eccezione)²⁷ poteva essere considerata come riguardante aspetti relativi ad ambedue i tipi di ricorsi interstatali, ossia avente per oggetto una pratica amministrativa ma riguardante anche violazioni individuali in quanto il ricorso, lungi dal riferirsi ad «*a few individuals*», riguardava «*a large and diverse group of individuals*»²⁸.

La Corte nella decisione del 25 gennaio 2023 esclude in proposito di essere in presenza di una doglianza relativa a violazioni derivanti

va *prima facie* dell'asserita violazione dell'art. 5 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo n. 4 rispetto al carattere involontario del trasferimento e alla presenza dei separatisti filorusi; quanto all'asserita violazione degli articoli 3 e 8 CEDU, incide su tale valutazione della Corte la peculiare situazione data dalla età molto giovane dei minori (infraquinquennale nel secondo gruppo e da minori di due anni nel terzo gruppo di cui sei con paralisi cerebrale): v. §§ 896-897.

²⁶ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 791-798, in specie § 797 e punto 10 del dispositivo.

²⁷ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., § 775 in cui la Corte, dopo aver ricordato che in un ricorso interstatale avente per oggetto misure legislative o una pratica amministrativa in cui lo scopo è di impedire la sua continuazione o ripetizione non si chiede una decisione dei singoli casi sottoposti quali prova o illustrazioni di quella pratica, specifica che: «*The rationale behind this exception is that where there is both repetition of acts and official tolerance, any remedies would clearly be ineffective at putting an end to the impugned administrative practice (see Georgia v. Russia (I) [GC], no. 13255/07, §§ 124-25, ECHR 2014 (extracts))*».

²⁸ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., § 751 di cui alla nota 24. Il governo dei Paesi Bassi aggiungeva anche di essere stato indotto al ricorso in quanto il ricorso ucraino aveva sollevato dinanzi alla Grande Camera la questione dell'abbattimento del volo MH17 quale elemento a sostegno della ripetizione di fatti nella pratica amministrativa e che rispetto ai ricorsi individuali proposti dai parenti delle vittime intendeva offrire, ai fini di una appropriata amministrazione della giustizia, «*all relevant information*» di cui era a disposizione nonché la propria opinione (§ 764).

da una pratica amministrativa in quanto il ricorso olandese chiaramente denuncia violazioni di diritti di individui identificati a bordo e dei loro parenti, non riguarda questioni generali e, lungi dall'essere in presenza di una ripetizione di atti (e di una tolleranza ufficiale), dichiara la sussistenza, nell'abbattimento del volo MH17, di un atto unico; trattandosi di un ricorso interstatale avente per oggetto violazioni individuali, sostanzialmente simili a domande proposte nel contesto della protezione diplomatica, la Corte procede poi alla verifica della ricevibilità alla stregua del rispetto della condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni²⁹. In proposito la Corte rigetta all'unanimità la relativa eccezione sollevata dalla Russia in quanto ritiene che lo Stato convenuto non ha fornito la prova del carattere effettivo del rimedio per i parenti delle vittime che offrì ragionevoli prospettive di accoglimento, considerato, tra l'altro, l'atteggiamento totalmente negazionista rispetto a qualsiasi tipo di coinvolgimento delle autorità russe negli eventi e il dubbio circa la effettività del rimedio previsto nell'ordinamento russo in tema di crimini di guerra stante l'attitudine dimostrata dalle autorità russe in affari politicamente rilevanti che vedono coinvolti agenti statali³⁰.

L'abbattimento del volo MH17, invocato dall'Ucraina nel proprio ricorso quale evento incluso nella ripetizione degli atti propria della pratica amministrativa, viene invece accolto in tale veste dalla Corte allorquando dichiara all'unanimità ricevibile, senza pregiudizio del merito, la doglianza dell'Ucraina relativa a una pratica amministrativa in violazione dell'art. 2 della Convenzione (diritto alla vita) consistente in attacchi militari illegittimi contro civili e obiettivi civili, incluso l'abbattimento del volo MH17 il 14 luglio 2014³¹.

²⁹ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 789-790. Nell'affare *Georgia c. Russia* (IV) (ricorso n. 39611/18), in cui lo Stato ricorrente lamentava la violazione dei diritti umani di alcuni cittadini georgiani (articoli 2, 3, 8 e 13 CEDU) sia come casi illustrativi di una pratica amministrativa sia quali casi di violazioni individuali per i quali richiedere l'attribuzione di una equa soddisfazione, nella decisione di ricevibilità del 20 aprile 2023 la Corte ha deciso di esaminare solo la doglianza relativa alla pratica amministrativa in quanto i medesimi casi erano oggetto anche di tre ricorsi individuali pendenti e in uno di essi, già comunicato alla Russia, la Georgia si era avvalsa del diritto di intervento previsto dall'art. 36, § 1 della Convenzione (§ 21).

³⁰ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 801, 802, 805-807 e punto 11 del dispositivo.

³¹ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., punto 8, lett *a*, del dispositivo che prosegue aggiungendo l'abbattimento di civili e la sommaria esecuzione e tortura o percosse a morte di civili e soldati ucraini prigionieri di guerra o altrimenti *hors de combat*.

A differenza, dunque, di quel che accade nei rapporti tra il processo relativo alla Crimea e i ricorsi individuali ad esso collegati in cui le rispettive decisioni di merito non dovrebbero presentare sovrapposizioni in quanto, come si è detto, il ricorso di Ucraina ha per oggetto una pratica amministrativa di cui si chiede la cessazione unitamente alla richiesta di garanzie di non ripetizione, sia il ricorso interstatale dei Paesi Bassi che i ricorsi individuali collegati prospettano violazioni individuali dei medesimi diritti previsti nella Convenzione, ossia del diritto alla vita di cui all'art. 2 sia nel suo profilo sostanziale che nel suo profilo procedurale e del diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3 in ordine al mancato adempimento dell'obbligo di svolgere indagini effettive o di cooperazione con indagini svolte da altri³².

Tale circostanza giustifica la domanda di intervento proposta dai ricorrenti individuali, i cui ricorsi risultavano aggiornati in pendenza del ricorso statale, unitamente alla *MH17 Air Disaster Foundation*, qualificati unitariamente come «*MH17 applicants*». La Corte, come si è detto, accoglie la loro domanda di intervento quali «*interested third parties*» ammesse a presentare osservazioni comuni scritte limitate agli aspetti di fatto e giuridici dell'affare attinenti all'interesse specifico dei parenti prossimi delle vittime del volo MH17 e a partecipare all'udienza nella persona del presidente della *MH17 Air Disaster Foundation*³³ e conclude in proposito circa la esistenza di una

³² Nel ricorso *Angline e altri c. Russia* (ricorso n. 56328/18), proposto il 23 novembre 2018, oltre alla violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione, è invocata la violazione anche degli articoli 6, 8 e 13 della Convenzione: v. Corte EDU, comunicato stampa, Doc. ECHR 121(2019) del 4 aprile 2019.

³³ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 21, 25 e 33. Si tratta, a quel che pare, di una indubbia novità in quanto, in passato, tra i terzi interessati diversi dagli *amici curiae* erano stati annoverati, tra gli altri, le controparti dei procedimenti interni; in questo caso, le persone diverse dal ricorrente statale sono i ricorrenti individuali che lamentano sostanzialmente le medesime violazioni individuali contenute nel ricorso interstatale per cui in teoria il governo dei Paesi Bassi avrebbe ben potuto, come accaduto in passato nei ricorsi interstatali c.d. «mascherati», esercitare il proprio diritto di intervento negli affari interindividuali. Un caso recente di tale tipo di intervento sembra quello della Georgia riportato nella nota 29. Per indicazioni relative alle controparti dei procedimenti interni quali terzi interessati vedi in particolare N. BÜRLI, *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland 2017, p. 157 ss.; P. PASTOR VILANOVA, *Third Parties Involved in International Litigation Proceedings. What Are the Challenges for the ECHR?*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds), *Liber De Gaetano. Judicial Power in a Globalized World*, Cham 2019, p. 377 ss., in specie p. 386 ss.

prova *prima facie* sufficientemente sostanziata della violazione del profilo procedurale dell'art. 2 laddove rispetto all'asserita violazione dell'art. 3 ha rinviato all'esame del merito la questione circa la riconducibilità delle sofferenze patite dai parenti alla soglia di severità richiesta dall'art. 3 della Convenzione³⁴.

In proposito va osservato che i ricorrenti MH17 stante la loro qualità di terze parti interessate non godono della qualità di parte vera e propria³⁵ e, come precisato dalla Corte nelle *Practice Directions* adottate dal suo Presidente due mesi dopo la decisione di ricevibilità, non sono legittimati in tale veste, tra l'altro, a manifestare sostegno per una delle due parti, né a richiedere un rimedio alla Corte, e dunque a richiedere l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della Convenzione³⁶.

Il carattere poco soddisfacente per le istanze di giustizia individuale che sembra emergere da tale situazione può dirsi attenuato probabilmente dal fatto che una eventuale condanna al pagamento della equa soddisfazione nel ricorso interstatale sarebbe disposta, secondo la giurisprudenza della stessa Corte europea, «*for the benefit of individuals victims*»³⁷.

³⁴ Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, cit., §§ 939-942, punti 13 e 14 del dispositivo (ambidue a maggioranza).

³⁵ Così reca difatti il § 91 dell'*Explanatory Report* al Protocollo n. 11: «*States and persons taking part in such proceedings are not parties to the proceedings*».

³⁶ Così reca la *Practice Direction: Third-party intervention under Article 36 § 2 of the Convention or under Article 3, second sentence, of Protocol No. 16*, adottata dal Presidente della Corte in base all'art. 32 del regolamento della Corte il 13 marzo 2023: «I. Purpose of this practice direction (...). I. Role of third-party intervention in the Court's procedure. A. Third-party intervention under Article 36 § 2 of the Convention. 2. (...) The role of third parties invited or granted leave to intervene under Article 36 § 2 of the Convention is to put before the Court, as impartially and objectively as possible, legal or factual points capable of assisting it in resolving the matters in dispute before it on a more enlightened basis. In consequence, *third parties are not entitled to express support directly for one or the other party, make requests as regards the procedures before the Court, seek a remedy from the Court, participate in friendly-settlement negotiations between the parties, or seek the relinquishment or referral of a case to the Grand Chamber*» (corsivo nostro). Su questa *Practice Direction v. J. BATURA, The objective friends of the Court - New insights into the role of third parties before the European Court of Human Rights*, in *EjilTalk!*, 19 aprile 2023, <https://www.ejiltalk.org/the-objective-friends-of-the-court-new-insights-into-the-role-of-third-parties-before-the-european-court-of-human-rights/>.

³⁷ V. in argomento Corte EDU, 12 maggio 2014 (GC), ricorso n. 25781/94, *Cipro c. Turchia (IV)*, equa soddisfazione, § 46 nonché punto 4, lett. a e c, punto 5, lett. a e c del dispositivo. V. pure Corte EDU, 31 gennaio 2019 (GC), ricorso n. 13255/07, *Georgia c. Russia (I)*, equa soddisfazione, § 77: «*In accordance with its case-law, the*

In tal caso una sorte possibile dei ricorsi individuali aventi per oggetto le medesime violazioni eventualmente accertate nel ricorso proposto dai Paesi Bassi potrebbe essere la cancellazione della causa dal ruolo sulla base dell'art. 37 della Convenzione o in quanto la Corte ritenga che la controversia sia stata risolta (lett. *b*) o in quanto la Corte ritenga che la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata (lett. *c*).

La situazione è notevolmente diversa rispetto ai ricorsi individuali pendenti relativi agli eventi in Crimea e quelli connessi agli eventi in Ucraina orientale poiché nei ricorsi interstatali dell'Ucraina, come si è detto, le doglianze riguardavano violazioni di numerosi diritti della Convenzione derivanti da pratiche amministrative rispetto alle quali nel ricorso non è stata chiesta la condanna al pagamento della equa soddisfazione ma solo la cessazione delle pratiche amministrative³⁸.

Rispetto a tali ricorsi individuali si può ritenere che una prosecuzione del loro esame sia possibile di seguito alle decisioni di merito dei ricorsi interstatali che, avendo fornito un quadro fattuale e giuridico unitario degli eventi cui i ricorsi individuali si riferiscono, possono in tal modo consentire una trattazione più semplificata, non necessariamente nella formazione della camera, ossia mediante l'utilizzo dei comitati ove si ritenga di essere in presenza di una giurisprudenza consolidata (art. 28, par. 1(b)) della Convenzione e magari con una unificazione dei ricorsi che presentano elementi simili.

Vi è poi la possibilità che nella gestione dei numerosi ricorsi individuali non ancora iscritti a ruolo connessi ai ricorsi interstatali pro-

Court considers that this sum must be distributed by the applicant Government to the individual victims of the violations found in the principal judgment...» e § 79 nonché punto 2, lett. *a* e *c* del dispositivo e, da ultimo, Corte EDU, 28 aprile 2023 (GC), ricorso n. 38263/08, *Georgia c. Russia (II)*, equa soddisfazione, § 47 e punto 9 del dispositivo.

³⁸ V. rispettivamente le note 23 e 24. È tuttavia possibile che, anche in presenza di una pratica amministrativa, lo Stato ricorrente chieda e ottenga dalla Corte, come è accaduto negli affari *Georgia c. Russia (I)* (equa soddisfazione) e *Georgia c. Russia (II)* (equa soddisfazione) riportati nella nota precedente, la condanna al pagamento della equa soddisfazione, qualora la Corte accerti che la domanda si riferisca a violazioni di diritti previsti nella Convenzione di un gruppo (o gruppi) di persone «sufficientemente preciso e oggettivamente identificabile» vittime delle predette violazioni; v. da ultimo: Corte EDU, 28 aprile 2023 (GC), *Georgia c. Russia (II)*, cit., §§ 30-33 che recano richiami alle precedenti decisioni della Corte in Corte EDU, 12 maggio 2014 (GC), *Cipro c. Turchia (IV)*, cit. e *Id.*, *Georgia c. Russia (I)* cit. Di un certo interesse in quest'ultima sentenza è la circostanza che la Corte, su richiesta della Russia, ritiene di escludere dalla lista delle vittime proposta dalla Georgia alcune persone, tra cui coloro i quali avevano proposto ricorsi individuali (§ 70).

posti dalla Ucraina contro la Russia in corso di decisione, la Corte faccia ricorso agli strumenti indicati nelle *Practice Directions* emanate dal Presidente della Corte circa il trattamento di ricorsi individuali in caso di afflusso di massa, ossia la sospensione provvisoria ad opera della cancelleria della Corte della iscrizione a ruolo di alcuni o di tutti i ricorsi simili, in attesa della decisione ad opera di una formazione giudiziaria di uno o più *leading cases* nei quali decidere le modalità di trattamento dei ricorsi pertinenti³⁹. La predetta *Practice direction* prevede inoltre che la cancelleria della Corte, in presenza di ricorsi riguardanti fatti simili e/o implicanti doglianze simili, possa richiedere la presentazione di tali ricorsi coordinati a livello nazionale e la riproposizione di ricorsi raggruppati entro un determinato termine in una particolare *format*⁴⁰.

I ricorsi individuali connessi agli eventi in Ucraina orientale presentano la particolarità per cui per alcuni di essi è possibile una loro dichiarazione di irricevibilità parziale o totale, secondo i casi, qualora la Corte ritenga che le asserite violazioni dei diritti umani previsti nella Convenzione si siano verificate nella fase attiva delle ostilità che creano situazioni di caos, come già statuito dalla Corte rispetto ai ricorsi individuali connessi al conflitto del 2008 tra Georgia e Russia e valutato nella sentenza Georgia c. Russia (II) del 21 gennaio 2021⁴¹.

³⁹ V. *Practice Directions Processing of applications in the event of a mass influx*, emanata dal Presidente della Corte EDU il 25 agosto 2022. In tale documento viene pure ricordata la soluzione accolta nella sentenza della Corte EDU, 12 ottobre 2017 (G.C.), ricorsi n. 46852/13, 47786/13, 54125/13 et al., Burmych e altri c. Ucraina, recante un «*new approach*» nella trattazione di numerosi ricorsi derivanti da problemi sistemici o strutturali e consistente nella cancellazione dal ruolo di cinque ricorsi e di altri 12.143 e nella loro trasmissione al Comitato dei ministri per la loro trattazione nel quadro della sorveglianza del Comitato circa le misure generali da adottare in esecuzione di una precedente sentenza pilota: Corte EDU, 15 ottobre 2009, ricorso n. 40450/04, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*, soluzione adottata anche rispetto ai ricorsi simili successivi. Sulla sentenza adottata a maggioranza di 10 giudici contro sette e sul dibattito da essa sollevato v., tra gli altri: L. SALVADEGO, *Diritto di accedere alla giustizia, esigenze di politica giudiziaria e mancata esecuzione di sentenze 'pilota' della Corte europea dei diritti umani: il caso Burmych*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 216 ss.

⁴⁰ V. *Practice Directions Processing of applications in the event of a mass influx*, cit.: «II. *Special measures that may be resorted to following the receipt of a large number of applications 2*».

⁴¹ Vedi le decisioni Corte EDU, 5 ottobre 2021, ricorso n. 45431/08, *Shavloko-va e altri c. Georgia*; ID., 19 ottobre 2021, ricorso n. 8090/09, *Jioshvili c. Russia*, riportate in A. CANNONE, *Ricorsi individuali e casi interstatali nella pratica passata e recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 581 ss., in specie p. 597, nota 57.

3. Le proposte elaborate dallo Steering Committee for Human Rights

Lo *Steering Committee for Human Rights* a cui il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva affidato il compito di elaborare proposte per una gestione più efficiente degli affari interstatali e dei ricorsi individuali collegati a conflitti tra Stati⁴², il 16 dicembre 2022 ha adottato in proposito un Rapporto⁴³.

Nelle *Summary conclusions*, tra l'altro, si prende atto della pratica dell'aggiornamento dei ricorsi individuali ritenuti come connessi o soggetti a preventive determinazioni da effettuare nelle decisioni dei ricorsi interstatali e si auspica che la Corte valuti l'effettività di tale pratica e le sue modalità con eventuale sua formalizzazione nel regolamento di procedura della Corte⁴⁴; in proposito si fa riferimento proprio alla gestione da parte della Corte dei ricorsi individuali contro l'Ucraina o la Russia o contro ambedue gli Stati relativi al conflitto in Ucraina orientale proposti prima degli eventi del 2022.

Al riguardo si auspica che in caso di aggiornamento dei ricorsi individuali ne venga data comunicazione ai ricorrenti unitamente ad eventuali sviluppi incidenti sui predetti ricorsi individuali e si indichi anche, in maniera chiara, la «questione» che deve essere accertata nel relativo affare interstatale prima della decisione dei ricorsi individuali.

Sempre nelle *Summary conclusions* si aggiunge che non dovrebbe essere tuttavia preclusa la possibilità per la Corte di decidere il merito di ricorsi individuali ancorché connessi ai ricorsi interstatali ove ciò sia giustificato da alcune circostanze quali i fondamenti fattuali dei singoli affari, gli argomenti sottoposti dai rispettivi ricorrenti o dallo Stato convenuto e le «*overarching questions*» eventualmente emergenti nei procedimenti relativi ai ricorsi individuali⁴⁵.

Il Rapporto evidenzia inoltre l'applicabilità delle soluzioni prospettate nelle *Practice Directions* circa il trattamento di ricorsi individuali in caso di afflusso di massa⁴⁶ ai ricorsi individuali connessi a ricorsi interstatali pendenti anche se ammette di non essere a cono-

⁴² V. nota 13.

⁴³ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes*, Doc. CDDH(2022) R97, Addendum 3, del 16 dicembre 2022, p. 4 ss.

⁴⁴ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., *Summary conclusions*, p. 3, terzo trattino, e §§ 24-28.

⁴⁵ Steering Committee for Human Rights (CDDH) *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., § 26.

⁴⁶ V. note 40 e 41 e il testo corrispondente.

scenza, al momento della redazione del medesimo Rapporto, del loro utilizzo rispetto ai predetti ricorsi individuali⁴⁷.

Un altro auspicio, anche questo come il precedente rivolto alla Corte, riguarda l'eventuale inserimento nel regolamento di procedura di una disposizione che preveda, in caso di accertata violazione di una pratica amministrativa in un affare interstatale, la richiesta di presentazione da parte dello Stato ricorrente di un elenco di «*clearly identifiable individual victims*» all'inizio del procedimento relativo alla equa soddisfazione, senza esclusione di una successiva integrazione se necessario⁴⁸.

È evidente che tale eventualità non si presenta nel caso in cui, come nelle decisioni di ricevibilità degli affari interstatali sopra descritti, lo Stato ricorrente e segnatamente l'Ucraina, pur lamentando violazioni della Convenzione derivanti da più pratiche amministrative, chieda la loro cessazione e garanzie di non ripetizione ma non pure la condanna al pagamento della equa soddisfazione⁴⁹.

Va segnalato infine che il Rapporto, dopo una valutazione delle opportunità offerte dall'utilizzo del regolamento amichevole rispetto agli affari interstatali pendenti, pur nella consapevolezza che ciò dipende dalle allegazioni presentate in ciascun affare e dalla volontà politica degli Stati, propone al Comitato dei ministri di proclamare le potenzialità offerte da tale strumento nella risoluzione degli affari interstatali sulla base del rispetto dei diritti umani *ex art.* 39 della Convenzione e di invitare gli Stati contraenti interessati a considerare tale strumento. Tale proposta è stata poi accolta nella redazione finale della Dichiarazione del Comitato dei ministri adottata il 5 aprile 2023⁵⁰.

⁴⁷ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., § 31 e si aggiunge di essere «*attentive*» a eventuali future comunicazioni della Corte circa l'attuazione delle predette *Practice Directions*.

⁴⁸ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., p. 3 *Summary conclusions*, settimo trattino e §§ 50-56.

⁴⁹ Corte EDU, 16 dicembre 2020 (G.C.), Ucraina c. Russia (re Crimea), cit., § 235, di cui alla nota 12; Corte EDU, 25 gennaio 2023 (G.C.), Ucraina e Paesi Bassi c. Russia, cit., § 373, di cui alla nota 24 in cui, rispetto al primo ricorso ucraino, è statuito che «*[t]he purpose of the application was said to be to vindicate the human rights of the victims, to bring the administrative practices to an end and to prevent their recurrence*». Non è chiaro se lo scopo «*to vindicate the human rights of the victims*» possa preludere anche a una richiesta di rimedi a favore delle vittime, al riguardo occorrerà attendere la fase relativa al merito.

⁵⁰ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Declaration by the Committee of Ministers on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes* del 05 aprile 2023, punto 6.

Ai nostri fini preme evidenziare che il Rapporto riporta anche una opinione raccolta tra alcuni esperti coinvolti nella redazione del documento che suggerisce l'utilizzo del regolamento amichevole nella gestione dei ricorsi individuali connessi a ricorsi interstatali: al riguardo si propone di utilizzare la decisione del ricorso interstatale, dedicata agli aspetti giuridici generali e contenente i parametri da utilizzare nella decisione dei ricorsi individuali connessi al ricorso interstatale, come una sorta di sentenza pilota sulla cui base lo Stato convenuto potrebbe proporre regolamenti amichevoli con i singoli ricorrenti individuali⁵¹. Sempre secondo tale opinione, la Corte, in mancanza, potrebbe decidere i ricorsi individuali in qualche forma di procedimento abbreviato⁵².

4. *Il problema generale della mancata esecuzione delle sentenze della Corte nella valutazione dell'High Level Reflection Group*

La proposta testé riferita circa l'utilizzazione dello strumento del regolamento amichevole, sicuramente interessante, deve fare i conti, oltre che con la realtà attuale di un conflitto ancora in corso, con l'attitudine negativa mostrata in passato dalla Russia in ordine all'adempimento degli obblighi derivanti da sentenze di condanna rese negli affari interstatali e sui ricorsi individuali ad essi connessi⁵³, e con la particolare situazione giuridica della Russia non più parte contraente del Consiglio d'Europa a partire dal 16 marzo 2022⁵⁴ e, secondo

⁵¹ Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., § 61.

⁵² Nel Rapporto si prende atto che questa e altre proposte basate sul regolamento amichevole sono allo stato di discussione e se ne attendono eventuali sviluppi: Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report on the effective processing and resolution of cases relating to interState disputes* cit., § 62.

⁵³ Per lo stato di esecuzione della sentenza *Georgia c. Russia (I)*, v.: Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, decisione CM/Del/Dec(2023)1459/H46-19 del 9 marzo 2023. Circa lo stato di esecuzione della sentenza *Georgia c. Russia (II)* del 21 gennaio 2021 (G.C.), merito, v.: Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, decisione CM/Del/Dec(2023)1459/H46-20 del 9 marzo 2023. V. pure Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *16th Annual Report 2022*, Strasburgo, marzo 2023, p. 20 ss., in specie p. 21 ss.

⁵⁴ Come è noto, la Russia il 15 marzo 2022, ossia il medesimo giorno in cui l'Assemblea parlamentare approvava all'unanimità la *Opinion* n. 300, propedeutica alla risoluzione del Comitato dei ministri circa la cessazione della Russia dal Consiglio d'Europa che sarebbe stata adottata il giorno successivo, notificava al Segretario generale il recesso dalla organizzazione e la propria intenzione di denunciare la Con-

quanto statuito dalla Corte europea con un'apposita risoluzione del 22 marzo 2022, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a partire dal 16 settembre 2022. In proposito, come è noto, la Corte ha affermato la propria competenza rispetto a ricorsi diretti contro la Russia in relazione ad atti od omissioni asseritamente lesivi della Convenzione verificatisi entro la predetta data⁵⁵. Dal canto suo il Comitato dei ministri, con risoluzione adottata il giorno successivo alla risoluzione della Corte, ribadita la permanenza dell'obbligo della Russia di eseguire le sentenze e i regolamenti che la riguardano, ha deciso di consentire una partecipazione della Russia alle riunioni del Comitato al limitato scopo di fornire e ricevere informazioni negli affari in cui essa risulti convenuta o ricorrente senza poter partecipare all'adozione delle decisioni del Comitato dei ministri o al voto⁵⁶. Fatto sta che a partire dal 3 marzo 2022 la Russia ha cessato di partecipare alle sessioni del Comitato dei ministri dedicate alla sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze della Corte e ha interrotto ogni comunicazione con il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte⁵⁷.

venzione europea dei diritti dell'uomo. La problematica, sollevata dalla coesistenza del procedimento di espulsione e della notifica di recesso della Russia unitamente alla intenzione di denunciare la Convenzione, è stata oggetto di ampia discussione in dottrina i cui termini sono riportati nel mio scritto riportato alla nota 41, p. 601 nota 69 e, da ultimo, con ulteriori riferimenti, in L. BORLINI, *L'espulsione della Federazione russa dal Consiglio d'Europa e le conseguenze giuridiche della cessazione della qualità di membro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 37 ss.

⁵⁵ V. Corte EDU, *Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights*, 22 marzo 2022. Le autorità russe, dando preminenza alla data della propria notifica di recesso, invocano un diverso limite temporale statuendo che le sentenze della Corte europea successive al 15 marzo 2022 non debbano avere alcuna incidenza nei procedimenti interni ed eliminando l'obbligo del pagamento della equa soddisfazione previsto in sentenze di condanna successive alla medesima data: D. KURSOV, *Russia without Strasbourg and Strasbourg without Russia: a preliminary outlook*, in *Strasbourgobserver.com*, 20 settembre 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/09/20/russia-without-strasbourg-and-strasbourg-without-russia-a-preliminary-outlook/>. V. anche la dichiarazione del Presidente della Duma, secondo cui eventuali indennizzi monetari basati sulle sentenze definitive della Corte rese prima del 15 marzo 2022 «will be made only in rubles and only to accounts in Russian banks»: <http://duma.gov.ru/en/news/54515/>.

⁵⁶ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe*, risoluzione CM/Res(2022)3 del 23 marzo 2022, § 7.

⁵⁷ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *16th Annual Report 2022*, cit., p. 14 ss.

In realtà il fenomeno della mancata esecuzione delle sentenze relative a ricorsi interstatali e ai ricorsi individuali connessi ai ricorsi interstatali riguarda non solo la Russia, ormai non più Stato contraente della Convenzione, ma anche altri Stati tuttora partecipanti alla Convenzione europea come la Turchia⁵⁸, ed è ampiamente diffuso, più in generale, rispetto a tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il carattere insoddisfacente di tale situazione è preso in considerazione da ultimo nel *Memorandum* elaborato dalla Corte europea in vista del *Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council* in cui, da un lato, si evidenzia che l'esecuzione delle sentenze della Corte è una questione che «*goes to the rule of law and is integral to the right of individual application, which lies at the heart of the Convention system*» e, dall'altro, si richiede la creazione di un meccanismo effettivo da sviluppare per l'esecuzione delle sentenze rese nei confronti di uno Stato che ha cessato di partecipare al Consiglio d'Europa e di essere vincolato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; infine si afferma l'importanza della riaffermazione da parte degli Stati membri dell'impegno alla esecuzione delle sentenze della Corte, stante la natura vincolante delle sentenze e delle decisioni della Corte e gli obblighi degli Stati contraenti derivanti dalla Convenzione⁵⁹.

Alcune misure concrete per porre rimedio a tale situazione critica sono contenute nelle raccomandazioni dell'*High Level Reflection*

⁵⁸ V. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, 1459th meeting, 7-9 March 2023 (DH), decisioni CM/Del/Dec(2023)1459/H46-36 del 9 marzo 2023 da cui si desume il mancato pagamento, ad oggi, da parte della Turchia dell'equa soddisfazione deciso nella sentenza Corte EDU, 12 maggio 2014 (GC), Cipro c. Turchia (IV), cit. (30 milioni di euro per i danni non patrimoniali sofferti dai parenti delle persone scomparse e 60 milioni di euro per i danni sofferti dai greco-ciprioti residenti nella enclave della penisola di Karpas nella parte settentrionale dell'isola) e nella sentenza Corte EDU, 18 settembre 2009 (G.C.), ricorsi n. 16064/90, n. 16065/90, n. 16066/90, n. 16068/90, n. 16069/90, n. 16070/90, n. 16071/90, n. 16072/90 e n. 16073/90, *Varnava e altri c. Turchia* (12 mila euro per ricorso per i danni non patrimoniali). V. pure Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *16th Annual Report 2022*, cit., p. 22 ss. per i riferimenti alla mancata esecuzione dei gruppi di sentenze Corte EDU, ricorso n. 46347/99, *Xenides-Arestis c. Turchia* e Corte EDU, 18 settembre 2009 (G.C.), *Varnava e altri c. Turchia*, rese sui ricorsi individuali connessi all'affare interstatale. Per una più ampia ricostruzione delle relative vicende relative al ricorso interstatale di Cipro contro la Turchia e i ricorsi individuali connessi, v. A. CANNONE, *Ricorsi*, cit., p. 584 ss.

⁵⁹ Corte EDU, *Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe. Memorandum of the European Court of Human Rights*, cit., §§ 29-31.

Group del Consiglio d'Europa che nel suo Rapporto, tra l'altro, indica il rafforzamento del ruolo delle istituzioni del Consiglio d'Europa (Assemblea Parlamentare, Segretario generale, Presidente del Comitato dei ministri)⁶⁰, la sperimentazione in presenza di ricorsi interstatali del ricorso alla mediazione, l'incoraggiamento di contatti più stretti tra Corte europea e Corti costituzionali e supreme degli Stati contraenti, specie con quelle degli Stati con il più alto numero di affari pendenti e/o in cui persistono problemi di adempimento⁶¹ nonché in ultima istanza l'adozione di sanzioni graduate in caso di persistente inadempimento di una sentenza da parte di uno Stato membro⁶².

Rispetto a quest'ultima ipotesi non si manca di precisare nel Rapporto che alle sanzioni è da preferire un approccio volto a identificare soluzioni che possano assistere lo Stato interessato e condurlo all'attuazione delle sentenze utilizzando quelle che vengono definite procedure parallele, quali la c.d. procedura complementare, di recente introduzione⁶³, la procedura di infrazione attivabile dal Comitato dei ministri dinanzi alla Corte sulla base dell'art. 46, par. 4 della Convenzione in caso di mancata attuazione di una sentenza della Corte e il potere di inchiesta del Segretario generale del Consiglio d'Europa previsto dall'art. 52 della Convenzione⁶⁴.

Da ultimo nella Dichiarazione di Reykjavik del 17 maggio 2023 adottata al termine del *Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council*, per quanto riguarda il venir meno della

⁶⁰ Consiglio d'Europa, *Report of the High Level Reflection Group of the Council of Europe*, ottobre 2022, p. 20 ss., in specie p. 22, § 27, lett. a, b e c.

⁶¹ Consiglio d'Europa, *Report of the High Level Reflection Group of the Council of Europe*, cit., p. 23, § 27, lett. k.

⁶² Consiglio d'Europa, *Report of the High Level Reflection Group of the Council of Europe*, cit., p. 23, § 27, lett. l.

⁶³ V. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, *Complementary joint procedure between the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly in response to a serious violation by a member State of its statutory obligations*, risoluzione 2319(2020) del 29 gennaio 2020. Tale procedura, complementare rispetto alle esistenti «rules and regulations», è concepita solo rispetto a «the most serious violations of fundamental principles and values» incorporati nello Statuto del Consiglio d'Europa (§ 4.4) e vede la partecipazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, del Comitato dei ministri e del Segretario generale del Consiglio d'Europa (§ 4.5). Essa si propone di riportare nello Stato in questione, attraverso il dialogo e la cooperazione, una situazione di rispetto degli obblighi e dei principi del Consiglio d'Europa (§ 4.7) ed è suscettibile di condurre all'adozione da parte del Comitato dei ministri della decisione prevista dall'art. 8 dello Statuto.

⁶⁴ Consiglio d'Europa, *Report of the High Level Reflection Group of the Council of Europe*, cit., p. 22, § 26.

partecipazione della Russia al Consiglio d'Europa, è stata ribadita, rispetto a detto Stato, la permanenza del dovere di cooperazione con la Corte e dell'obbligo giuridico internazionale «*binding and unconditional*» di eseguire le sentenze relative ad atti od omissioni verificatisi fino al 16 settembre 2022⁶⁵.

Quanto al fenomeno più generale della mancata esecuzione delle sentenze della Corte, la predetta Dichiarazione reca l'impegno di tutti gli Stati membri a raddoppiare gli sforzi per la piena, effettiva e rapida esecuzione delle sentenze anche attraverso un approccio più cooperativo, inclusivo e politico basato sul dialogo e l'ulteriore impegno a sostenere gli sforzi della Corte nell'assicurare l'*accountability* degli Stati attraverso il trattamento celere dei ricorsi individuali e dei ricorsi interstatali, in particolare quelli derivanti da conflitti⁶⁶.

5. *Considerazioni conclusive*

I ricorsi interstatali proposti dall'Ucraina contro la Russia che la Corte ha deciso di esaminare, con riserva di un ampliamento dell'esame di ulteriori doglianze aggiuntesi, hanno per oggetto sia violazioni derivanti da pratiche amministrative, come nell'affare *Ucraina c. Russia (re Crimea)*, nel ricorso *Ucraina c. Russia (re Ucraina orientale)* e nel ricorso *Ucraina c. Russia (II)* (relativo alla sottrazione e al trasferimento dei tre gruppi di minori) ambedue confluiti nell'affare *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia* e sia violazioni individuali come nel ricorso proposto dai Paesi Bassi (relativo all'abbattimento del volo MH17) confluito anche esso nel predetto affare. Ad eccezione del ricorso ucraino relativo alla sottrazione e al trasferimento dei tre gruppi di minori per il quale non risultano, a quel che pare, ricorsi individuali e della doglianza relativa al c.d. «trasferimento dei condannati», rispetto agli altri ricorsi risultano proposti numerosi ricorsi individuali connessi.

Al riguardo è da condividere la soluzione accolta dalla Corte di aggiornare fino alla decisione nel merito del ricorso interstatale i ricorsi individuali non dichiarati irricevibili o non cancellati dal ruolo

⁶⁵ Consiglio d'Europa, *Recommitting to the Convention System as the cornerstone of the Council of Europe's protection of human rights (Appendix IV)*, in *Reykjavik Summit of the Council of Europe: United around our values Reykjavik*, dichiarazione CM(2023)57-final, del 16-17 maggio 2023, § 5.

⁶⁶ Consiglio d'Europa, *Recommitting to the Convention System as the cornerstone of the Council of Europe's protection of human rights (Appendix IV)*, cit., § 22.

in quanto non supportati da sufficiente materiale probatorio e comunicati allo Stato convenuto allo scopo di ottenere da questo eventuali osservazioni e successive repliche da parte degli individui ricorrenti. In tal modo infatti è possibile ritenere che, una volta resa la sentenza di merito nel ricorso interstatale, i fascicoli possano considerarsi, come ritenuto dalla Corte, istruiti e pronti per la decisione. Tale soluzione dovrebbe avere carattere di flessibilità in quanto, come evidenziato nel Rapporto dello *Steering Committee for Human Rights*, non dovrebbe essere preclusa la possibilità per la Corte di decidere prima il merito di ricorsi individuali connessi ai ricorsi interstatali ove ciò sia giustificato da alcune circostanze (per esempio, particolari fondamenti fattuali dei singoli affari, argomenti presentati dalle parti e «*overarching questions*» emergenti nei procedimenti relativi ai ricorsi individuali eventualmente diverse da quelle esaminate nel ricorso interstatale).

La cessata partecipazione della Russia al Consiglio d'Europa tuttavia costituisce un serio ostacolo politico all'esecuzione delle sentenze che verranno rese nei suoi confronti nei processi qui esaminati ove si consideri anche la precedente attitudine negativa della Russia, attitudine manifestata anche da altri Stati che continuano a fare parte del Consiglio d'Europa.

La mancata esecuzione delle sentenze della Corte richiede una riflessione approfondita per evitare che il sistema di garanzia perda credibilità agli occhi delle vittime delle violazioni dei diritti umani che siano state accertate dalla Corte.

Occorrerà dunque attendere se nel prossimo futuro gli impegni contenuti nella Dichiarazione di Reykjavik del 17 maggio 2023 produrranno una inversione di tendenza nella riferita attitudine negativa degli Stati e se gli Stati membri del Consiglio d'Europa adotteranno misure più incisive per assicurare il rispetto degli obblighi da essi assunti di eseguire le sentenze della Corte.

GABRIELLA VENTURINI*

Brevi note sull'attribuzione delle attività statali nello spazio cibernetico

SOMMARIO: 1. Applicazione del diritto internazionale nello spazio cibernetico. – 2. Atti illeciti e obblighi di *due diligence*. – 3. Questioni di attribuzione. – 4. Cenni alla prassi.

1. *Applicazione del diritto internazionale nello spazio cibernetico*

Alla domanda se il diritto internazionale trovi applicazione nello spazio cibernetico si risponde positivamente in termini generali, ma esponendo altresì una serie di problemi che insorgono quando si cerca di ricostruire una disciplina internazionale, convenzionale o consuetudinaria, che regoli le attività statali che si svolgono in tale ambiente. Nell'ultimo decennio diversi organi costituiti dall'Assemblea Generale hanno prodotto una serie di rapporti nei quali si riconosce in termini generali l'applicabilità del diritto internazionale alle attività condotte dagli Stati nello spazio cibernetico (*cyberspace*)¹ facendo particolare riferimento alle norme e ai principi relativi alla sovranità degli Stati e all'esercizio esclusivo della giurisdizione sulle infrastrutture situate sul loro territorio; alla Carta delle Nazioni Unite, dunque al divieto della minaccia e dell'uso della forza; all'obbligo degli Stati di rispondere dei comportamenti illeciti loro attribuibili e di non consentire consapevolmente che il loro territorio sia usato per atti internazionalmente illeciti; al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali².

* Professoressa emerita di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Si tratta di un ambiente, spesso definito «virtuale», ma in realtà costituito dallo spettro elettronico ed elettromagnetico attraverso il quale utenti e programmi tra loro connessi possono muoversi e interagire per diversi scopi come creare, conservare e/o eliminare, modificare, condividere e scambiare, estrarre e utilizzare informazioni, ma anche gestire e/o compromettere beni fisici.

² AG, UN Doc. A/68/98 del 24 giugno 2013; ID., UN Doc. A/70/174 del 22 luglio 2015; ID., UN Doc. A/75/816 del 18 marzo 2021; ID., UN Doc. A/76/135 del 14 luglio 2021.

In base all'obbligo di rispetto della sovranità statale dovrebbero dunque ritenersi illecite, indipendentemente dalla loro provenienza geografica o dall'identità del loro autore materiale, quelle che si potrebbero chiamare operazioni cibernetiche malevole³ condotte da uno Stato nei confronti di un altro Stato. Ma con riferimento allo spazio cibernetico il concetto di sovranità non è inteso in maniera uniforme. Per alcuni paesi si tratta di una norma giuridica dal contenuto identico alla sovranità territoriale, sicché ogni penetrazione nella rete informatica situata nel territorio di uno Stato ne costituirebbe una violazione; altri ritengono invece che essa si produca solo quando sia superata una certa soglia di gravità; e non manca chi sostiene che al di là del divieto consuetudinario di intervento nel dominio riservato di uno Stato non sussiste nel diritto internazionale generale una norma che riguardi specificamente le attività cibernetiche⁴.

2. *Atti illeciti e obblighi di due diligence*

Ammettendo l'esistenza di un vero e proprio obbligo di rispetto della sovranità dello Stato nello spazio cibernetico soggetto alla sua giurisdizione nel diritto internazionale consuetudinario, il divieto di intervento è collegato al diritto di ogni Stato sovrano di gestire liberamente le materie riservate alla sua competenza esclusiva (*domestic jurisdiction*) senza essere sottoposto a interferenze coercitive da parte di alcun altro Stato. Fra le più importanti materie che vengono considerate di dominio riservato di uno Stato rientrano la scelta del proprio sistema politico, sociale, economico e culturale; la politica estera; le elezioni nazionali; l'appartenenza a organizzazioni internazionali. Dunque (per non fare che alcuni esempi) ogni attività cibernetica condotta da uno Stato che manipoli il sistema elettorale o i risultati di elezioni, ostacoli il funzionamento degli organi costituzionali, destabilizzi il sistema finanziario di un altro Stato, darà luogo a un illecito internazionale qualora costituisca un'interferenza a carattere coercitivo. Qui però si manifesta il problema di identificare la soglia oltre la quale si possa considerare coercitiva un'operazione

³ *Malicious ICT (Information and Communication Technologies) acts / incidents*. Una classificazione di tali operazioni si trova in UNIDIR, *A Taxonomy of Malicious ICT Incidents*, Genève 2022, <https://www.unidir.org/publication/taxonomy-malicious-ict-incidents>.

⁴ Si veda la rassegna curata da P. ROGUSKI, *Application of International Law to Cyber Operations: A Comparative Analysis of States' Views. The Hague Program for Cyber Norms*, marzo 2020.

cibernetica; problema di non facile soluzione, basti pensare alle operazioni di disinformazione e propaganda⁵.

Per restare in tema di soglie di intensità, una discussione vivace riguarda la possibilità che un'operazione cibernetica malevola condotta da uno Stato contro un altro Stato sia assimilabile all'uso della forza di cui all'art. 2.4 della Carta delle Nazioni Unite. A tal fine si possono confrontare la dimensione e gli effetti dell'operazione con quelli che produrrebbe un uso della forza cinetica come tradizionalmente inteso, concludendo che configurano uso della forza quelle operazioni cibernetiche malevole che causano lesioni o morte di persone, danni o distruzione di beni, gravi difficoltà economiche e/o finanziarie, la compromissione delle capacità militari di un paese e in generale gravi e estese perdite della popolazione civile e/o di beni civili. Ma si tratta di elaborazioni della cui rispondenza al diritto internazionale vigente non vi è ancora conferma⁶.

Secondo i rapporti degli organi delle Nazioni Unite è da ritenersi altresì applicabile alle operazioni cibernetiche l'obbligo degli Stati di non consentire consapevolmente che il loro territorio sia usato per atti internazionalmente illeciti. Ne deriverebbe il dovere di ogni Stato di adottare tutte le misure ragionevolmente possibili per prevenire, eliminare o mitigare i potenziali danni a un altro Stato causati da attività cibernetiche condotte, anche da soggetti privati, nell'ambito della sua giurisdizione. Si tratterebbe di un obbligo di condotta qualificabile come *due diligence*, che incontra il favore di buona parte della dottrina⁷ e pare sostenuto dall'opinione di una pluralità di Sta-

⁵ Si vedano P. PIJPPERS, P.A.L. DUCHEINE, *Influence Operations in Cyberspace - How They Really Work*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-61, Amsterdam Center for International Law No. 2020-31 del 24 settembre 2020.

⁶ Si tratta di un argomento sul quale esiste un'ampia dottrina. Si vedano, in generale, S.J. SHACKELFORD, *From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2008, vol. 27, 1, p. 192 ss.; M.N. SCHMITT, *Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited*, in *Villanova Law Review*, 2011, 56, p. 569 ss.; M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2014; F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge-New York 2020.

⁷ In questo senso si vedano M.N. SCHMITT, *In Defense of Due Diligence in Cyberspace*, in *The Yale Law Journal Forum*, 2015, Vol. 125, p. 68 ss.; I.Y. LIU, *State Responsibility and Cyberattacks: Defining Due Diligence Obligations*, in *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2017, vol. 4, 2, p. 191 ss.; C. ANTONOPOULOS, *State Responsibility in Cyberspace*, in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN, *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham 2021, p. 113 ss.; A. KASTELIC, *Due diligence in cyberspace. Normative expectations of reciprocal protection of international legal rights*, Genève 2021.

ti⁸. Anche qui, però, non mancano le incertezze perché la capacità degli Stati di controllare il traffico digitale entro la loro giurisdizione è assai variabile; il che porterebbe a configurare un obbligo di intensità differenziata scarsamente utile ai fini di individuarne la portata nei singoli casi.

3. *Questioni di attribuzione*

In linea di principio, è al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati della Commissione di diritto internazionale del 2001⁹ che si deve guardare per ricostruire il sistema della responsabilità internazionale per le attività cibernetiche illecite. Queste devono poter essere attribuite a uno Stato in base a quanto indicato dagli articoli 4 (Comportamenti di organi di uno Stato), 5 (Comportamento di persone o enti che esercitino prerogative dell'autorità di governo.), 8 (Comportamento sotto la direzione o il controllo di uno Stato) e 11 (Comportamento riconosciuto e adottato da uno Stato come proprio) del progetto. Ciò comporta numerosi problemi, con i quali la dottrina si è da tempo confrontata¹⁰. Si deve anzitutto osservare che la tecnologia cibernetica rende difficile, e talora impossibile, identificare l'autore originario di un'operazione malevola. Ma anche quando ciò è fattibile, non significa che si possa facilmente attribuire il suo comportamento a uno Stato. Al contrario di quanto è avvenuto per l'esplo-

⁸ Si veda P. ROGUSKI, *Application*, cit., pp. 11 ss.

⁹ CDI, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (*Part Two*).

¹⁰ Si vedano, fra gli altri, J. SHAKELFORD, *State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem*, in C. CZOSSECK, K. PODINS (eds.), *Conference on Cyber Conflict Proceedings*, Tallin 2010; N. TSAGOURIAS *Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2012, 17, pp. 229 ss.; C.S. ALLAN, *Attribution Issues in Cyberspace*, in *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 2013, 13, pp. 57 ss.; D. TRAN, *The Law of Attribution: Rules for Attributing the Source of a Cyber-Attack*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2018, 20, pp. 376 ss.; D. BROEDERS, E. DE BUSSEER, P.E. PAWLAK, *Three Tales of Attribution in Cyberspace: Criminal Law, International Law and Policy Debates, The Hague Program for Cyber Norms*, 2020; F. DELERUE, *Cyber Operations*, cit., pp. 55 ss.; K. EICHENSEHR, *The Law & Politics of Cyberattack Attribution*, in *UCLA Law Review*, 2020, 67, pp. 520 ss.; Y. SHANY, M.N. Schmitt, *An International Attribution Mechanism for Hostile Cyber Operations*, in *International Law Studies*, 2020, 96, pp. 196 ss.; A. KASTELIC, *Non-Escalatory Attribution of International Cyber Incidents: Facts, International Law and Politics*, Genève 2022.

razione dello spazio cosmico, che è stata a lungo appannaggio degli enti governativi di pochi Stati, i privati hanno da tempo «occupato» lo spazio cibernetico in modo autonomo e indipendente rispetto agli Stati, sicché questo ambiente si presenta come una sorta di «arena digitale» nella quale la distinzione fra le attività di carattere pubblico e quelle private tende a erodersi. Se, per quanto attiene la responsabilità per danni, si è convenuto di attribuire le attività svolte nello spazio cosmico sempre e comunque a uno Stato, identificabile quale «Stato di lancio» (nonché mediante la registrazione dell'oggetto spaziale), una soluzione di questo genere non è plausibile con riferimento all'ambiente cibernetico, dove le operazioni condotte da privati sono la regola e i governi stessi ne utilizzano (in modo sovente occulto) i risultati. Inoltre, aspetti politici e strategici si giustappongono a quelli strettamente giuridici e spesso finiscono per comprimerli.

In dottrina si discute su quale sia il criterio più appropriato per attribuire a uno Stato atti compiuti da uno o più soggetti privati nello spazio cibernetico: se il controllo «effettivo» come sviluppato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*, oppure il controllo «generale» elaborato dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia nel caso *Procuratore c. Tadic*. In verità né la Corte, né il Tribunale penale internazionale, e nemmeno i redattori dell'art. 8 del Progetto avevano o potevano avere in mente le attività di soggetti o enti privati nello spazio cibernetico. Sicché le opinioni sono variegata e su questo tema sono ancora necessarie riflessioni approfondite. Si può dire però che mentre in dottrina emergono voci favorevoli all'adozione di un criterio flessibile come quello del controllo «generale»¹¹ gli Stati sembrano piuttosto propensi a mantenere un più rigido criterio di «direzione e controllo»¹² certo più consono all'esigenza di limitare il più possibile l'eventualità di essere chiamati a risponderne di atti compiuti da soggetti privati nello spazio cibernetico.

4. Cenni alla prassi

La prassi internazionale riferibile ad attività cibernetiche statali condotte a detrimento dei diritti di altri Stati (c.d. «attacchi cibernetici» o *cyber attacks*) è alquanto limitata e ancora poco concludente.

In una prima fase, nel secondo quinquennio del secolo presente, si

¹¹ Così J. SHAKELFORD, *State Responsibility*, cit. e C.S. ALLAN, *Attribution Issues*, cit.

¹² Si vedano le opinioni citate da P. ROGUSKI, *Application*, cit. pp. 36 ss.

sono in verità verificati alcuni casi che sono stati oggetto di una vasta copertura mediatica. Nel 2007, in un contesto di proteste di piazza da parte di gruppi filo-russi, furono condotte una serie di operazioni miranti a rendere non operativi alcuni elementi delle infrastrutture critiche dell'Estonia, che ebbero come conseguenza la temporanea sospensione del servizio di posta elettronica del parlamento nazionale, dei servizi internet e di telecomunicazione dei principali *provider* e degli istituti finanziari.

Nell'agosto 2008, in concomitanza con la (seconda) guerra fra Russia e Georgia nell'Ossezia meridionale, un attacco informatico coordinato su larga scala mise fuori uso i *server* georgiani tramite una serie di interruzioni mirate che reindirizzavano in automatico verso siti in lingua russa qualsiasi tentativo di connessione a siti internet della Georgia.

Nel 2010 venne identificato il virus *Stuxnet*, specificamente destinato a colpire il software in uso nella centrale nucleare di *Natanz* in Iraq al fine di controllare e danneggiare la produzione di uranio arricchito; le cui conseguenze, peraltro, non sono state chiarite.

Nonostante le numerose analisi tecniche e politiche che vennero diffuse tramite i media avessero messo in luce l'esistenza di molteplici elementi a partire dai quali l'identità dello Stato o degli Stati autori delle operazioni avrebbe potuto essere indagata, in nessuno di essi lo Stato vittima (Estonia, Georgia, Iran) ha proceduto a una formale attribuzione delle attività lesive ai fini dell'accertamento di una responsabilità di natura internazionale. Estonia e Georgia hanno considerato tali attività come reati (*cyber crime*) nell'ordinamento interno, mentre l'Iran, pur formulando generiche accuse nei confronti di Israele, ha evitato di circostanziarle in termini di imputabilità secondo la normativa internazionale applicabile.

Questo atteggiamento cambia apparentemente in una seconda fase, apertasi nel 2017 in occasione della diffusione di un software nocivo denominato *WannaCry* che aveva infettato i sistemi informatici di numerose aziende ed enti pubblici e privati in 150 Stati allo scopo di effettuare estorsioni. Il Regno Unito, i cui servizi sanitari erano stati gravemente colpiti, ha pubblicamente attribuito l'attacco a entità nord-coreane e lo ha fatto di concerto con altri Stati (Australia, Canada, Nuova Zelanda, Danimarca e Giappone). Lo stesso è accaduto quando una variante di *WannaCry* nota come *NotPetya* ha danneggiato i sistemi informatici di numerose organizzazioni in Ucraina ivi compresi ministeri, banche, sedi di giornali e aziende elettriche; in questo caso, l'attacco è stato attribuito alla Russia. In entrambi i casi, però, si è trattato di un'attribuzione a fini politici,

volta a manifestare agli Stati indicati come autori degli attacchi, da un lato, la capacità tecnica di risalire alla loro origine e, dall'altro, la consonanza fra un gruppo di Stati in opposizione alle pratiche cibernetiche denunciate e l'eventuale adozione di contromisure.

Non pare invece che gli Stati abbiano intenzione di discutere in maniera approfondita le norme di diritto internazionale esistenti e/o le soluzioni sviluppate dalla giurisprudenza in tema di attribuzione dell'illecito, per valutarne l'applicazione alle attività che si compiono nello spazio cibernetico. Essi sembrano più propensi a servirsi degli strumenti messi a disposizione dal loro diritto interno oppure, nell'ambito delle relazioni internazionali, si muovono in base alle loro alleanze politiche e ai loro interessi strategici¹³.

¹³ Si veda Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (XVI Legislatura), *Relazione sulle possibili implicazioni e minacce per la sicurezza nazionale derivanti dall'utilizzo dello spazio cibernetico*, Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (XVI Legislatura) del 7 luglio 2010, https://www.parlamento.it/documenti/repository/commissioni/bicamerale/COMITATO%20SICUREZZA/Doc_XXXIV_n_4.pdf.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di settembre dell'anno 2023
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it