

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXVIII

secondo trimestre 2013

N. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

INTERVENTI

- FRANCESCO MARIA DI MAJO – Considerazioni e presentazione del Convegno “Indirizzi giurisprudenziali sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e dalle misure di coercizione anche alla luce della Convenzione di New York del 2004”217
- MARCO DELLA SETA, DANIELE G. SFREGOLA – L’immunità degli Stati esteri nell’esperienza della Farnesina223

ARTICOLI E SAGGI

- GIOVANNI CELLAMARE – Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali (II parte)233
- MARCO BENVENUTI – La prima proposizione dell’art. 11 della Costituzione italiana tra (in)attualità e (in)attuazione. Un principio decostituzionalizzato o da ricostituzionalizzare?261
- PIERLUIGI SALVATI – Intelligence Collection in Time of Peace and International Law285

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- L’equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton – *Rosario Sapienza*309
- Il diritto all’acqua: dall’enunciazione all’attuazione – *Anna Maria Di Lieto*321

NOTE E COMMENTI

- Sono i pirati dei terroristi? Tendenze nella prassi recente nel Golfo di Aden e nell’Oceano Indiano – *Gian Maria Farnelli*339
- La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte Penale Internazionale: un risultato parziale – *Chiara Altafin*359

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea Generale (65^a sessione ordinaria, 2010-2011), p. 385

QUESTIONI GIURIDICHE

1. Premessa, p. 385; 2. Misure per l'eliminazione del terrorismo internazionale, p. 385; 3. Portata ed applicazione del principio di universalità della giurisdizione, p. 387; 4. Questioni legate ai lavori della Commissione del diritto internazionale, p. 389; 5. Altri temi in discussione, p. 391.

Daniele Amoroso

Assemblea Generale (66^a sessione ordinaria, 2011-2012), p. 397

QUESTIONI GIURIDICHE

1. Premessa, p. 397; 2. Portata ed applicazione del principio di universalità della giurisdizione, p. 397; 3. Questioni legate ai lavori della Commissione del diritto internazionale, p. 398; 4. Questioni relative alla concessione dello *status* di osservatore presso l'Assemblea Generale, p. 399; 5. Altri temi in discussione, p. 400.

Daniele Amoroso

Consiglio di Sicurezza (gennaio-giugno 2012), p. 405

1. Considerazioni introduttive, p. 405; 2. Questioni procedurali e relative al funzionamento dei Tribunali internazionali, p. 406; 3. Il rinnovo e/o la modifica dei mandati delle *peace-keeping*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 406; 4. Il rinnovo e/o la modifica dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui, p. 407; 5. Cooperazione tra le Nazioni Unite e le Organizzazioni regionali e sub-regionali nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, p. 408; 6. Esame del rapporto speciale del Segretario Generale per il Sudan: richiesta all'Unione Africana di incrementare la componente militare dell'AMISOM, p. 408; 7. Ancora sugli atti di pirateria nel Golfo di Guinea, p. 409; 8. La situazione in Libia. Estensione e modifica del mandato UNSMIL, p. 409; 9. La situazione in Medio Oriente. Autorizzazione all'invio in Siria di una squadra pilota per il monitoraggio del cessate il fuoco; creazione della missione di Supervisione delle Nazioni Unite in Siria, p. 409; 10. Invito al Sudan e al Sudan del Sud a cessare le ostilità, p. 412; 11. Presa di posizione sul colpo di stato in Guinea Bissau, p. 412; 12. La situazione nello Yemen: il Consiglio di Sicurezza minaccia di ricorrere ad azioni ai sensi dell'art. 41 della Carta, p. 413.

Antonio Converti

Corte Penale Internazionale

Attività della Corte nel 2012, p. 415

Emanuele Cimiotta

LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

Aegean RLS – Aegean Review of the Law of the Sea; *AFDI* – Annuaire Français de Droit International; *Agg. Soc.* – Aggiornamenti Sociali; *Air Force LR* – Air Force Law Review; *AJIL* – The American Journal of International Law; *Amer. UILR* – American University International Law Review; *Amer. ULR* – American University Law Review; *Cass. pen.* – Cassazione penale; *Chinese JIL* – Chinese Journal of International Law; *CIJ Rec.* – Cour Internationale de Justice. Recueil des Arrêts, Avis consultatif et Ordonnances; *CMLR* – Common Market Law Review; *Contemp. Sec. Pol.* – Contemporary Security Policy; *Dir. Gius.* – Diritto e giustizia; *Dir. Pen. Contemp.* – Diritto Penale Contemporaneo; *Dir. pen. proc.* – Diritto penale e processo; *DPCE* – Diritto Pubblico Comparato ed Europeo; *DUDI* – Diritti Umani e Diritto Internazionale; *Emory ILR* – Emory International Law Review; *Enc. Dir.* – Enciclopedia del Diritto; *Enc. Giur. Treccani* – Enciclopedia Giuridica Treccani; *EPIL* – Encyclopedia of Public International Law; *Foro it.* – Foro italiano; *GU* – Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana; *Guida dir.* – Guida al diritto; *GYIL* – German Yearbook of International Law; *GUUE* – Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea; *ICLR* – International Criminal Law Review; *ILM* – International Legal Materials; *ILR* – International Law Reports; *Int. J. Intel. Counter.* – International Journal of Intelligence and Counterintelligence; *Int. Jou. Mar. Coast. L* – International Journal of Marine and Coastal Law; *Inter-Amer. Eur. HRJ* – Inter-American and European Human Rights Journal; *Israel YIL* – Israel Yearbook of

International Law; *Ital. YIL* – Italian Yearbook of International Law; *J Mar. L Comm.* – Journal of Maritime Law and Commerce; *JNSLP* – Journal of National Security Law and Policy; *Jou. Int. Crim. Just.* – Journal of International Criminal Justice; *Leiden JIL* – Leiden Journal of International Law; *Manitoba LJ* – Manitoba Law Journal; *Mar. Pol.* – Marine Policy; *Mar. Pol. Manag* – Maritime Policy and Management; *Max Planck EPIL* – Max Planck Encyclopedia of Public International Law; *Max Planck YUNL* – Max Planck Yearbook of United Nations Law; *Melbourne JIL* – Melbourne Journal of International Law; *Mich. Jou. IL* – Michigan Journal of International Law; *MLLWR* – Military Law and the Law of War Review; *New York Univ. LR* – New York University Law Review; *Pol. Afric.* – Politique Africaine; *Quaderni cost.* – Quaderni costituzionali; *Quest. Giust.* – Questione Giustizia; *RBDI* – Revue Belge de Droit International; *Rev. dr. mil. dr. guer.* – Revue de droit militaire et de droit de la guerre; *RGDIP* – Revue Générale de Droit International Public; *Riv. Coop. Giur. Int.* – Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale; *Riv. int. dir. uomo* – Rivista internazionale dei diritti dell'uomo; *Riv. tel. giur. AIC* – Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana Costituzionalisti; *Santa Clara JIL* – Santa Clara Journal of International Law; *Stanford LPR* – Stanford Law and Policy Review; *St. Intel.* – Studies in Intelligence; *Syracuse LR* – Syracuse Law Review; *Temple LQ* – Temple Law Quarterly; *U Chicago LR* – The University of Chicago Law Review; *U Michigan JL Ref.* – University of Michigan Journal of Law Reform; *U Pitt. LR* – University of Pittsburgh Law Review; *Vanderbilt J Trans. L* – Vanderbilt Journal of Transnational Law; *WDR* – World Defense Review; *Yale R* – Yale Review; *Yearbook IEL* – Yearbook of International Environmental Law; *Yearbook IHL* – Yearbook of International Humanitarian Law; *Yearbook ILC* – Yearbook of International Law Commission; *Yearbook WA* – Yearbook of World Affairs.

INTERVENTI

CONSIDERAZIONI E PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO “INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI SULL’IMMUNITÀ DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE E DALLE MISURE DI COERCIZIONE ANCHE ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI NEW YORK DEL 2004”

FRANCESCO MARIA DI MAJO

Le criticità che tuttora riguardano l’esatto ambito di applicazione dell’immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione ma soprattutto – concetto distinto dal primo – dell’immunità dall’esecuzione (ovvero da misure esecutive e cautelari), sono emerse in tutta loro attualità nel corso del Convegno che si è tenuto a Roma, l’11 marzo 2013, presso la SIOI che è stato aperto dall’On. Franco Frattini, presidente della SIOI. Il Convegno, co-organizzato dal Centro Italiano per le Relazioni Internazionali (ICIR), ha visto la partecipazione non solo di studiosi italiani e stranieri ma anche di alti rappresentanti della magistratura italiana, del Ministero degli Affari Esteri e dell’Avvocatura dello Stato.

Tali questioni sono state affrontate tenendo conto della Convenzione di New York del 2004 sull’immunità degli Stati che è stata recentemente ratificata dall’Italia (legge 14 gennaio 2013, n. 5), ma non è entrata ancora in vigore, mancando il numero minimo di ratifiche richieste (segnatamente ad oggi 13 sulle 30 richieste). La Convenzione di New York intende stabilire criteri univoci volti a orientare nella materia la giurisprudenza, specie in relazione all’applicazione delle immunità dall’esecuzione. Tali obiettivi sono stati enunciati nel corso della Conferenza dal Prof. Giuseppe Nesi, Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, che è stato uno dei negoziatori per l’Italia di detta Convenzione.

In apertura del Convegno si è voluto subito sottolineare che il principio dell’immunità dalla giurisdizione e quello dell’immunità dall’esecuzione operano sulla base di diversi presupposti e presentano

un diverso ambito di applicazione. A tale riguardo è stato, infatti, rilevato che mentre è ormai consolidato a livello internazionale il principio in base al quale l'immunità dalla giurisdizione è da considerarsi avente un ambito di applicazione ristretto (si parla infatti di "*restrictive immunity*"), il principio dell'immunità dalle misure esecutive, anche se non ha più una valenza assoluta, può essere derogato solo in casi molto limitati (in ragione del fatto che tali misure non solo toccano beni "sensibili" di uno Stato estero ma possono fortemente pregiudicare le attività di una ambasciata). È stato osservato, dal Prof. Roberto Giuffrida dell'Università per stranieri di Perugia, che la non invocabilità dell'immunità dalla giurisdizione non significa comunque che lo stesso Stato non possa far valere successivamente l'immunità previste nella fase esecutiva e cautelare. Il Prof. Giuffrida ha però fatto presente che l'immunità dall'esecuzione ovvero dalle misure coercitive, benché si fondi su consolidati principi consuetudinari che fanno parte del nostro ordinamento giuridico attraverso l'adattamento automatico, di cui all'art. 10 della Costituzione, alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, presenta nella sua applicazione concreta, ancora numerosi interrogativi che soprattutto in Italia sono venuti recentemente in rilievo. A tale riguardo una interessante ed inedita illustrazione della casistica italiana, è stata offerta dall'Avv. Andrea Fedeli, dell'Avvocatura dello Stato che ha trattato direttamente contenziosi riguardanti l'immunità dalle misure coercitive. L'Avvocatura di Stato, come è noto, interviene *ad adiuuandam* delle posizioni delle rappresentanze diplomatiche, per il tramite del Ministero degli Esteri italiano a cui dette rappresentanze richiedono supporto.

Quanto al ruolo del Ministero degli Esteri ed in particolare del Cerimoniale diplomatico che nelle controversie in materia di immunità degli Stati esteri svolge una meticolosa e accurata attività di monitoraggio al fine di evitare che esse possano interferire e pregiudicare le relazioni diplomatiche tra il nostro Paese e gli Stati esteri (con il rischio di esporre l'Italia a responsabilità internazionale), una approfondita relazione è stata presentata dal Ministro Marco della Seta (Vice Capo del Cerimoniale), il cui contenuto integrale si è ritenuto opportuno pubblicare nella presente Rivista. Da tale relazione è emerso che sono quasi 500 in Italia i casi pendenti che vedono coinvolte le rappresentanze diplomatiche e consolari (di cui circa il 43% attengono a controversie di lavoro) e 27 sono le procedure

esecutive in corso che coinvolgono beni di 19 Stati esteri. Sovente ad essere colpiti da misure coercitive sono i conti correnti bancari o altri beni (talvolta la sede della rappresentanza diplomatica) che sono fondamentali per l'esercizio dell'attività istituzionale delle Ambasciate, con un rilevante impatto sulle relazioni diplomatiche con i Paesi coinvolti.

Le cifre del contenzioso (che continua peraltro a crescere), appaiono sensibilmente maggiori rispetto a quelle di altri Paesi europei (in particolare Austria e Germania), come è emerso dalla relazione presentata nel corso del Convegno dell'Avv.ssa Tatiana Wittek dello studio Lansky di Vienna, in cui è stato richiamato l'indirizzo giurisprudenziale tedesco, risalente alla sentenza della Corte Costituzionale del 13 dicembre 1977 (*Philippine Embassy Bank Account case*), in base al quale sussiste una presunzione di "public purpose" dei fondi intestati ad Ambasciate, Rappresentanze permanenti e consolati.

Un siffatto approccio non costituisce, invece, almeno negli ultimi anni, più la regola in Italia (e anche in Belgio). Ciò ha comportato, come è stato illustrato nel corso del Convegno dall'Avvocato dello Stato, Avv. Andrea Fedeli e dal Consigliere Antonio Segreto della Corte di Cassazione, l'insorgere in Italia di diverse problematiche di carattere processuale che attengono non solo al profilo più generale dell'eventuale improponibilità nella specie delle azioni esecutive (per via dell'impignorabilità dei beni/risorse facenti parte delle rappresentanze diplomatiche) ma soprattutto all'onere probatorio e ai mezzi di prova ammissibili in relazione all'accertamento della natura dei beni (es. conti correnti) in questione (ovvero sulla loro destinazione *iure gestionis* o *iure privatorum*) appartenenti alle rappresentanze diplomatiche.

Secondo l'indirizzo di alcune Corti di merito italiane spetterebbe, infatti, alla rappresentanza diplomatica l'onere di provare la sola finalità pubblicistica dei beni in questione aggrediti, al fine di poter invocare l'immunità dalle misure cautelari ed esecutive.

Un siffatto onere probatorio potrebbe entrare in conflitto, tra l'altro, sia con l'art. 24 che prevede che l'archivio e i documenti della missione diplomatica "sono inviolabili in ogni tempo e ovunque si trovino", nonché con l'art. 31, par. 2 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche che prevede che l'agente diplomatico non è tenuto a testimoniare. Occorre poi osservare che le Ambasciate sono per evidenti ragioni restie a rivelare le causali dei propri movimenti di cassa.

Tale indirizzo giurisprudenziale è probabilmente uno dei motivi per cui si è assistito in Italia ad un aumento delle azioni esecutive nei confronti dei beni appartenenti alle rappresentanze diplomatiche. È oramai, infatti, non infrequente che società italiane (che vantano crediti nei confronti di uno Stato estero), avviano azioni esecutive o cautelari aventi ad oggetto beni delle rappresentanze diplomatiche ed in particolare conti correnti bancari di queste ultime presenti in Italia, sulla base dell'assunto che tali conti svolgono un duplice uso (c.d. promiscuo), ovvero sia per l'esercizio di funzioni pubblicistiche (*iure imperii*) della rappresentanza diplomatica e dello Stato sia per l'esercizio di attività commerciali (*iure gestionis*). Rispetto a tali beni non sarebbe, quindi, eccezionale l'immunità, e ciò a prescindere dalla dimostrazione del legame di tali beni con l'oggetto della controversia. A tale riguardo è stato, ad esempio, evocato, nel corso del Convegno, il recente pignoramento concesso dal Tribunale di Arezzo di somme di cui al deposito bancario dell'Ambasciata del Brasile in Italia, in favore di una società italiana (che vantava un credito nei confronti dello Stato brasiliano) la cui richiesta di svincolo e di assegnazione delle somme pignorate è stata poi, tuttavia, dichiarata, in sede di opposizione all'esecuzione (promossa dalla predetta Ambasciata), inammissibile dal Tribunale di Siena con sentenza n. 37/2013 pubblicata il 13 febbraio 2013. Tale Tribunale ha, altresì, dichiarato l'improponibilità delle azioni esecutive instaurate e la nullità dei pignoramenti eseguiti ad istanza della società italiana creditrice.

Tale caso dimostra, così è stato sottolineato dall'Avv. Fedeli e dal Prof. Giuffrida, come tali azioni esecutive sono destinate in ultima analisi, anche in Italia, spesso a rivelarsi infruttuose nella misura in cui difficilmente possono essere superate le prerogative che lo Stato accreditario è tenuto a riconoscere alle missioni diplomatiche dello Stato accreditante, quale in particolare il divieto previsto dall'art. 22 di detta Convenzione di sottoporre beni ed oggetti della missione a misure di perquisizione, requisizione, sequestro o esecuzione forzata.

Tali controversie, come sottolineato dal Consigliere Segreto, dimostrano anche quale delicata funzione sono oggi chiamati a svolgere i giudici al fine di trovare il corretto bilanciamento tra il rispetto dell'obbligo dello Stato del foro di non intralciare o impedire l'esercizio delle funzioni pubbliche dello Stato straniero (principio riassunto nel noto brocardo *ne impediatur legatio*), con il rispetto del diritto dei singoli alla tutela giurisdizionale, garantito dalla Costituzione, dalla CEDU (sul punto è stata richiamata la sentenza

della Corte di Strasburgo del 18.1.2011, caso *Guadagnino c. Italia e Francia*) e oggi anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che il Trattato di Lisbona ha provveduto a fornire di efficacia giuridica vincolante.

Ebbene, nel corso del Convegno i diversi relatori hanno esaminato se la Convenzione di New York del 2004 potrà agevolare questa delicata operazione di bilanciamento sopra descritta, ovvero potrà ridurre la discrezionalità del giudice nello stabilire quando un determinato bene è destinato a svolgere una funzione pubblicistica oppure ha una finalità commerciale, assicurando così una maggiore certezza del diritto, che sicuramente oggi nella materia manca e lo dimostrano le (troppo) frequenti richieste di assistenza che oggi le Ambasciate qui in Italia rivolgono al Ministero degli Affari Esteri.

Per quanto attiene all'immunità degli Stati nei confronti delle misure coercitive, la Convenzione dovrebbe liberare il campo dalle incertezze applicative sinora registrate, stabilendo una lista di beni rispetto ai quali si presume la loro destinazione per l'esercizio delle funzioni della missione diplomatica dello Stato o dei suoi posti consolari (tra questi rientrano i conti correnti delle Ambasciate, i beni a carattere militare, i beni della banca centrale, i beni facenti parte del patrimonio culturale dello Stato etc.). In sostanza non dovrebbe più valere il principio dell'inversione dell'onere della prova che ha trovato spazio in alcune pronunce di Tribunali di merito italiani, imponendo alle rappresentanze diplomatiche di dimostrare la finalità pubblicistica dei beni pignorati.

La Convenzione di New York stabilisce poi (all'art. 19), relativamente alle immunità dello Stato dalle misure di coercizione posteriori alla sentenza, che nessuna misura di coercizione (pignoramento, sequestro, esecuzione contro i beni di uno Stato) può essere adottata in relazione ad un procedimento davanti ad un tribunale di un altro Stato, salvo che: lo Stato vi abbia espressamente consentito; lo Stato abbia riservato o destinato dei beni per la soddisfazione della domanda oggetto del procedimento; lo Stato abbia stabilito che i beni sono specificamente utilizzati o destinati ad essere utilizzati a scopi diversi da quelli di servizio pubblico non commerciali e sono situati nel territorio dello Stato del foro, a condizione che le misure coercitive posteriori alla sentenza riguardino soltanto beni che hanno un legame con l'ente contro il quale è stato promosso il procedimento (quest'ultimo aspetto sembrerebbe tuttavia allargare le possibilità di deroghe all'immunità

nella misura in cui non viene qui richiesta la prova del legame tra il *claim* e i beni aggrediti).

Durante il Convegno è stato così auspicato che la magistratura italiana possa già ora far ricorso (tenuto conto tra l'altro degli obblighi che già discendono dalla legge di ratifica n. 5/2013), come canone ermeneutico, alle disposizioni della Convenzione di New York del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni o comunque possa privilegiare una interpretazione che sia in armonia con le disposizioni della Convenzione.

Ad esempio, conformemente a quanto previsto dalla predetta Convenzione, i giudici italiani dovrebbero *ex officio* essere tenuti a sollevare la questione dell'immunità dalla giurisdizione. Oggi, infatti, come è noto, le rappresentanze diplomatiche adottano frequentemente la strategia processuale (che poi si dimostra inefficace) di rimanere contumaci, confidando che l'ombrello dell'immunità dalla giurisdizione possa metterle automaticamente al riparo da pronunce per esse pregiudizievoli.

Il Convegno ha voluto così dare una risposta all'avvertita esigenza di maggiore certezza giuridica in materia, richiamando sin da ora la possibilità di avvalersi, soprattutto per quanto attiene al principio dell'immunità dall'esecuzione e dalle misure coercitive, come canone ermeneutico, di alcune delle disposizioni della Convenzione di New York del 2004, evitando in tal modo che i Tribunali italiani adottino nuovamente misure (in contrasto con il predetto principio dell'immunità dall'esecuzione) che rischiano di produrre effetti pregiudizievoli sullo svolgimento delle funzioni pubblicistiche da parte delle rappresentanze diplomatiche presenti in Italia e conseguentemente sulle relazioni diplomatiche con il nostro Paese.

La Conferenza si segnala, infine, per aver consentito una riflessione congiunta tra le maggiori "parti" coinvolte in queste controversie (data la presenza di magistrati, avvocati dello Stato, professori, avvocati e diplomatici), le quali si sono confrontate, forse per la prima volta, su casi giurisprudenziali concreti e sull'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di New York del 2004.

L'IMMUNITÀ DEGLI STATI ESTERI NELL'ESPERIENZA DELLA FARNESINA

MARCO DELLA SETA, DANIELE G. SFREGOLA*

1. *L'immunità degli Stati esteri e la Farnesina.*- La riflessione in corso su un tema delicato come l'immunità degli Stati rivela una volta di più la logica multidisciplinare che sottende alle relazioni internazionali contemporanee. L'approccio multidisciplinare però non preclude – non può precludere – ad una sintesi coerente per le scelte di politica estera del nostro Paese.

In questo senso, l'adesione italiana alla Convenzione di New York sull'immunità giurisdizionale degli Stati esteri e dei loro beni del 2004 – autorizzata con la legge n. 5 del 30 gennaio 2013 – rappresenta una soddisfacente risposta ad un problema complesso, al contempo giuridico e politico.

Il nostro contributo parte da una prospettiva specifica, quella diplomatica. L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile e dalle misure coercitive è un tema alla costante attenzione del Ministero degli Affari Esteri. Alla Farnesina, il Cerimoniale Diplomatico della Repubblica è preposto alla trattazione di questa materia. Siamo pertanto chiamati ad affrontare quotidianamente il problema dell'immunità degli Stati esteri in Italia.

Tratteremo un quadro sintetico dell'esperienza maturata dalla Farnesina in materia. Ci soffermeremo in seguito sui profili più critici, anche sui rischi politici che possono derivare dall'attuale disciplina italiana. La nostra recente adesione alla Convenzione di New York risponde, sul piano diplomatico, proprio a questa preoccupazione.

* Il Ministro Plenipotenziario Marco della Seta è Vice Capo del Cerimoniale Diplomatico della Repubblica al Ministero degli Affari Esteri. Il Segretario di Legazione Daniele G. Sfregola è Vicario dell'Ufficio II del Cerimoniale Diplomatico della Repubblica. Le opinioni espresse dagli Autori sono puramente personali e non impegnano il Ministero degli Affari Esteri.

Gli Stati, in virtù del principio di eguaglianza formale che permea l'ordinamento internazionale, se vogliono allacciare relazioni diplomatiche tra loro sono tenuti a riconoscersi reciprocamente. Il mutuo riconoscimento implica infatti un atto formalmente paritario. Uno Stato A si impegna a riconoscere determinate "prerogative" agli emissari dello Stato B nel suo territorio, al pari di quanto lo Stato B farà con gli emissari dello Stato A nel proprio territorio.

Adoperiamo consapevolmente la locuzione generica di "prerogative" perché oltre alle immunità questo schema comprende i privilegi e le cortesie d'uso a titolo di reciprocità.

Questi trattamenti speciali sono parte di una più ampia categoria di regole formali della diplomazia che chiamiamo "Protocollo" o "Cerimoniale". Il Protocollo, nonostante le apparenze, ha una finalità politica. Gli obblighi sanciti dalle Convenzioni di Vienna in tema di immunità e privilegi diplomatici hanno una finalità politica. Tale finalità è quella di non consentire in alcun modo che fattori esterni alle relazioni diplomatiche interferiscano con quest'ultime. La Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, largamente dichiarativa del diritto internazionale consuetudinario, impegna gli Stati al rispetto di queste "prerogative".

Sebbene tutti i Poteri dello Stato concorrano al rispetto da parte italiana di tali obblighi, il compito principale spetta naturalmente al Ministero degli Affari Esteri. La Farnesina è il primo garante con gli Stati esteri e con le loro Rappresentanze diplomatiche dell'osservanza degli obblighi di Vienna da parte italiana.

È evidente che, da una prospettiva diplomatica, il tema acquista una certa rilevanza non soltanto in termini giuridici ma anche politici, di politica estera del nostro Paese. Anche in considerazione del fatto che il Cerimoniale si trova a fronteggiare un numero crescente di contenziosi riguardanti Ambasciate, Consolati e diplomatici stranieri accreditati in Italia.

2. *La rilevanza della questione delle immunità.*- Qualche numero può aiutare a comprendere la rilevanza del fenomeno.

I contenziosi attualmente pendenti ammontano a 495 unità. Il 43% di questi è composto da controversie di lavoro tra le Rappresentanze diplomatiche ed impiegati o ex impiegati stranieri o locali. Si tratta di gran lunga del problema più ricorrente in materia di immunità degli Stati esteri nel nostro Paese.

In base alla teoria dell'immunità ristretta, formulata dalla giuri-

sprudenza italiana e belga e consolidatasi nel tempo, il rapporto di lavoro tra un impiegato e l'Ambasciata ha carattere privatistico. Come tale può essere giudicato, sempre che non afferisca alla sfera delle funzioni sovrane dello Stato estero.

Il discrimine tra ciò che attiene e ciò che non attiene alla sovranità dello Stato della Rappresentanza non sempre però è netto. In molti di tali casi le Ambasciate estere coinvolte oppongono l'immunità, sostenendo che tra le mansioni alle quali era preposto l'impiegato ricorrente vi erano anche quelle afferenti all'esercizio delle funzioni di sovranità.

Il 19% del totale delle controversie pendenti è rappresentato dalla vicenda dei cosiddetti "ex IMI", gli ex Internati Militari Italiani per i quali l'Italia si è confrontata con la Germania dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia lo scorso anno.

Come noto, la sentenza della Corte, sfavorevole alla tesi italiana del riconoscimento di giurisdizione per i danni civili derivanti dalle violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo, ci ha imposto di correre ai ripari con un intervento legislativo *ad hoc*. In questo modo si è ripristinata l'immunità della Germania nel nostro ordinamento¹.

Minoritarie, anche se spesso dal valore economico talmente importante da non poter essere ignorate, sono le controversie sorte per mancato pagamento di servizi, pari al 12%.

L'8% dei contenziosi riguarda vertenze di locazione di immobili. Si registra una scarsa incidenza di procedimenti penali sul numero totale dei contenziosi attivi. Soltanto l'1% di questi concerne infatti casi di diplomatici o impiegati di Ambasciate straniere contro i quali è in corso di contestazione la violazione di norme penali italiane.

Vi è infine un residuale 17% di cause dovute a voci minori (separazione personale o divorzio, incidenti stradali, ecc.).

Il numero dei contenziosi e la relativa ripartizione ci dice molto della rilevanza quantitativa del problema, ma poco della rilevanza

¹ La Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004 (caso Ferrini), aveva riconosciuto la responsabilità della Germania per il risarcimento dei danni ad un cittadino italiano internato nei lager nazisti durante l'occupazione tedesca della Seconda guerra mondiale. Secondo la Cassazione, la domanda per risarcimento dei danni era connessa agli obblighi generali di rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, gravanti su tutti gli Stati e prevalenti su ogni altro obbligo internazionale, compresa l'immunità degli Stati esteri. La Germania ha presentato ricorso contro l'Italia dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia. Quest'ultima, il 3 febbraio 2012, ha accolto il ricorso, affermando che la prevalenza generale di questo obbligo speciale su altri obblighi internazionali non assorbe il profilo della responsabilità per danni. L'Italia ha adempiuto sul piano interno al precetto della Corte mediante l'emanazione di un decreto-legge.

qualitativa, in termini cioè di politica estera dell'Italia. Sotto quest'ultimo profilo, ciò che infatti rileva maggiormente sono le misure di coercizione sui beni degli Stati esteri e delle loro Ambasciate.

Sono relativamente numerosi i procedimenti esecutivi contro Ambasciate straniere attivi in questo momento. Registriamo infatti ben 27 procedimenti di esecuzione pendenti, che coinvolgono 19 Stati esteri. In alcuni di questi casi gli importi contestati sono modesti e di conseguenza l'impatto sulle relazioni diplomatiche nullo o quasi.

In altri, tuttavia, gli importi in discussione sono ingenti e i beni colpiti fondamentali per l'esercizio dell'attività istituzionale delle Ambasciate. L'impatto dei contenziosi sulle relazioni con i Paesi coinvolti può essere molto rilevante, in taluni casi perfino critico. Torneremo in seguito sul punto con alcune osservazioni di merito.

3. *I compiti del Cerimoniale Diplomatico.*- Il Cerimoniale ha due compiti specifici nella gestione dei contenziosi. Da un lato, deve informare ed indirizzare le Ambasciate estere accreditate in Italia; dall'altro, deve mediare tra le Autorità italiane e le stesse Ambasciate.

L'attività di informazione ed indirizzo ha finalità di prevenzione. Al Cerimoniale, sulla scorta di un'esperienza consolidata, sappiamo che molti – non tutti, ma molti – dei procedimenti esecutivi contro le Ambasciate non avrebbero avuto luogo se queste fossero entrate nel processo per tempo.

Le Ambasciate tendono infatti a confidare che, nel nostro ordinamento, il riconoscimento delle immunità previste dalle Convenzioni di Vienna avvenga *ope legis* e non mediante la loro previa costituzione in giudizio. Questo è un atteggiamento in parte comprensibile.

Il diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale consuetudinario, nella prassi diplomatica è concepito come strumento di garanzia sufficiente di per sé. Nella maggior parte degli ordinamenti interni non è inoltre previsto per le Ambasciate estere l'onere di costituirsi in giudizio per far valere la propria immunità diplomatica.

Per molte Ambasciate l'onere non soltanto è irrituale ma perfino illecito. Il riconoscimento delle immunità, secondo una tesi ricorrente, non necessiterebbe di alcun adempimento da parte delle Rappresentanze diplomatiche. L'onere processuale costituirebbe pertanto un intralcio incompatibile col principio del godimento pieno e diretto di questa prerogativa internazionale.

Per prevenire gli effetti negativi sulle relazioni diplomatiche delle misure coercitive, il Cerimoniale informa ed aggiorna periodicamente

tutte le Ambasciate accreditate in Italia sugli indirizzi giurisprudenziali in materia. Adempiamo a questo compito con frequenza quotidiana, mediante comunicazioni scritte ed incontri con i nostri colleghi stranieri.

L'obiettivo è quello di sensibilizzare costantemente le Ambasciate sulla necessità di costituirsi in giudizio per far valere le immunità e le loro ragioni di merito.

Venendo all'attività di intermediazione, questa consiste in tre differenti azioni del Ministero degli Affari Esteri. Il Cerimoniale provvede innanzitutto alla notifica per via diplomatica di tutti gli atti giudiziari riguardanti le Rappresentanze diplomatiche e consolari straniere. Questa competenza ci consente, tra l'altro, di avere a disposizione un quadro sempre aggiornato sullo stadio delle controversie riguardanti le Ambasciate.

Il Cerimoniale è inoltre attivo sul fronte extra-giudiziale. Esercitiamo costantemente l'attività dei buoni uffici nelle controversie, svolgendo tentativi di conciliazione per il componimento bonario del contenzioso. Va tenuto a mente che il Cerimoniale interviene con tali strumenti solo quando le parti stesse ne fanno richiesta, dovendo in tal senso assicurare un ruolo di terzietà ed imparzialità rispetto alle parti.

In ultimo, nei procedimenti esecutivi a maggiore rilevanza politica, diamo impulso all'intervento dell'Avvocatura Generale dello Stato. Si tratta di casi eccezionali. La richiesta di intervento dell'Avvocatura *ad adiuvandum* presuppone l'interesse politico massimo dell'Italia alla preservazione delle relazioni bilaterali con lo Stato coinvolto.

4. *I riflessi sull'azione diplomatica dell'Italia.*- È questo, a nostro avviso, un sintomo della "patologia" dell'attuale sistema normativo italiano in materia di immunità degli Stati esteri.

I profili di criticità dell'immunità giurisdizionale si fondano sul contemperamento di tre interessi distinti che la diplomazia è chiamata ad esperire con successo ogniqualvolta sorge un contenzioso. Da un lato, vi è l'obbligo di diritto internazionale e di diritto interno in capo alle Ambasciate e ai diplomatici stranieri di osservare le leggi italiane. Dall'altro vi è in capo all'Italia l'obbligo internazionale di assicurare l'immunità degli Stati esteri nel proprio ordinamento. Infine, a corollario, resiste l'interesse nazionale alla preservazione delle relazioni politiche sul piano bilaterale.

Si tratta, a ben guardare, di tre interessi che spesso, sul piano pratico, entrano in palese contrasto.

L'ordine con il quale sono stati poc'anzi menzionati risponde ad una scala gerarchica – che definiremmo di “priorità diplomatica” – che coincide con la sequenza cronologica delle controversie.

L'Italia ha innanzitutto interesse a che la comunità diplomatica straniera residente nel nostro Paese rispetti le nostre leggi. Lo prevedono sia le Convenzioni di Vienna, sia le norme interne.

In questo interesse è tra l'altro spesso presente una componente rilevante: la tutela delle imprese e dei cittadini italiani coinvolti nel contenzioso. Si pensi, ad esempio, all'azienda italiana che reclama il mancato pagamento di servizi resi ad un'Ambasciata straniera a Roma.

La Farnesina è immediatamente coinvolta in tali situazioni ed attiva i suoi canali diretti con l'Ambasciata. In molti di questi casi le parti decidono di comporre autonomamente la loro controversia. In altri, ciò non avviene per divergenze che afferiscono al merito del contenzioso. In quest'ultime ipotesi constatiamo però che l'Ambasciata estera tende ad entrare nel processo e a contestare la domanda giudiziale del ricorrente.

Esistono infine anche molti casi nei quali tuttavia l'Ambasciata, per sé o per il proprio agente diplomatico, oppone l'immunità richiamando il diritto internazionale consuetudinario. Qualora si tratti di un diplomatico, il caso sembra di più agevole soluzione. Il Ministero degli Affari Esteri può infatti chiedere che lo Stato d'invio richiami il diplomatico in patria. In alternativa e per i casi più gravi può dichiararlo *persona non grata*.

Ma quando la controversia riguarda l'Ambasciata, la Farnesina non può chiaramente esigere che questa venga chiusa. Né può tollerare a lungo che questa subisca una misura coercitiva tale da paralizzarne integralmente l'attività diplomatica.

Pensiamo al blocco dei conti correnti bancari o ai vincoli posti sulle sedi istituzionali della Rappresentanza diplomatica straniera. Motivi di opportunità politica e l'osservanza del criterio di proporzionalità delle misure restrittive, previsto dal diritto internazionale, sconsigliano di intraprendere questa via.

Vi è d'altronde un preciso obbligo internazionale che ci impegna ad assicurare l'esercizio non condizionato dell'attività diplomatica da parte dell'Ambasciata straniera accreditata in Italia. Si tratta naturalmente del principio consuetudinario riassunto dal brocardo latino *ne impediatur legatio*.

Non resta quindi che salire al terzo gradino della scala, l'ultimo e

più importante: preservare lo stato delle relazioni bilaterali. La Farnesina ricorre così all'unico strumento processuale di cui può disporre, chiedendo all'Avvocatura Generale di assistere in giudizio l'Ambasciata straniera affinché l'immunità di cui questa gode venga riconosciuta.

Come anticipato, tale schema ha un *quid* di "patologico". È cioè un effetto derivante dalle lacune della disciplina italiana in materia, prodottesi in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale che aveva dichiarato nullo il Regio Decreto del 1925 in tema di esecuzione sui beni di Stati esteri².

Oltre ai principi sanciti dalle Convenzioni di Vienna, fino ad oggi l'unica fonte regolatrice in materia in Italia è stata la prassi giurisprudenziale. Fa naturalmente eccezione la decretazione d'urgenza che nel biennio 2010-2011 ha evitato di aggravare la posizione processuale italiana con la Germania per il caso degli "ex IMI".

La giurisprudenza ha colmato acutamente il *vulnus* con la formulazione della teoria ristretta dell'immunità, fondata – come noto – sulla distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*³. Ma la discrezionalità – legittima – del potere giudiziario nella qualificazione degli atti compiuti da un'Ambasciata come privatistici o sovrani è esercitabile solo caso per caso. La distinzione non è quindi certa e generale, essendo soggetta all'interpretazione dei singoli tribunali nazionali, senza garanzie di uniformità.

L'esigenza di un chiarimento normativo generale, vale a dire con legge, dei profili più critici della materia pertanto è stato per anni necessario. Ciò per rispondere alle numerose "zone grigie" della teoria

² Il Regio Decreto n. 1621 del 30 agosto 1925 subordinava l'esecuzione di misure restrittive sui beni delle Rappresentanze diplomatiche straniere in Italia al preventivo benestare del Ministero della Giustizia. Quest'ultimo rilasciava il proprio nulla osta in base alla reciprocità. La Corte costituzionale ha espunto tale norma dall'ordinamento giuridico con la sentenza n. 329 del 2 luglio 1922 ritenendola contraria al principio costituzionale di separazione dei poteri.

³ Le giurisprudenze italiana e belga hanno concepito la teoria dell'immunità ristretta a cavallo delle due guerre mondiali. Dopo la Seconda guerra mondiale tale tesi è divenuta prevalente nei tribunali dell'Europa continentale. Oggi si è estesa parzialmente anche al Nord America. Secondo la teoria dell'immunità ristretta, lo Stato estero non è sempre immune nell'ordinamento dello Stato di accreditamento (teoria dell'immunità assoluta). Occorre infatti distinguere tra l'attività sovrana (*iure imperii*) e l'attività privatistica (*iure gestionis*). Mentre la prima è immune, la seconda è sottoposta, come tutti i rapporti privatistici, alla giurisdizione nazionale. In questa seconda categoria i tribunali hanno progressivamente incluso anche i rapporti di impiego quando questi non afferiscono all'esercizio delle funzioni sovrane dello Stato estero.

dell'immunità ristretta, che hanno generato e continuano a generare problemi politici sul piano bilaterale.

Ad esempio, entro quali limiti di importo i conti correnti di un'Ambasciata possono essere pignorati? In questo caso è prevalente l'interesse al rispetto della legislazione nazionale da parte dell'Ambasciata o l'interesse a conformarci alle norme internazionali che vietano di adottare misure che paralizzino l'attività di quest'ultima?

Analogo discorso potrebbe farsi per i beni immobili adibiti all'uso istituzionale delle Ambasciate straniere o per le forme più qualificate di lavoro dipendente esercitato presso un'Ambasciata che toccano, in modo più o meno esplicito, la sfera delle funzioni sovrane straniere.

Le lacune normative interne vengono inoltre enfatizzate, sul piano diplomatico, da un fattore delle relazioni internazionali imponderabile ancorché prevedibile: la reciprocità.

Non tutti gli Stati, naturalmente, preferiscono ricorrere alla Corte Internazionale di Giustizia per discutere di immunità. Né possiamo sempre contare su accordi *ad hoc* che ci consentano di ricorrere ai fori internazionali, come nel caso della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie del 1957.

In questi casi il "corto circuito" generato dai tre interessi contrastanti spinge lo Stato estero a minacciare misure di reciprocità. Quand'anche tale ritorsione fosse illecita sul piano del diritto internazionale, non possono non tenersi in conto le serie ripercussioni sul piano dei rapporti bilaterali in termini politici ed economici.

Le misure in reciprocità potrebbero coinvolgere la nostra Ambasciata e i nostri diplomatici, certo. Ma potrebbero anche indirizzarsi a nostri rilevanti interessi finanziari, commerciali, finanche militari in quel Paese.

Da una prospettiva di politica estera, un approccio realista al problema delle immunità degli Stati esteri in Italia non può giocoforza prescindere da tali pratiche considerazioni.

5. *Uno sguardo alle esperienze di altri Stati.*- Altri Stati evitano di esporsi alla responsabilità internazionale per violazione delle norme consuetudinarie in tema di immunità o al rischio della reciprocità mediante interventi legislativi *ad hoc*.

Tra questi si registra una prevalenza degli ordinamenti di *common law*. Stati Uniti, Canada e Regno Unito, tra i tanti, vantano leggi spe-

cifiche che chiariscono in termini generali i limiti entro i quali l'immunità possa essere disconosciuta dai tribunali nazionali.

Il Giappone, prima di ratificare nel 2010 la Convenzione di New York, ha adottato una legge interna in materia.

La ratifica di Paesi quali la Germania, i Paesi Bassi e la Svizzera alla Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972 ha consentito loro di disporre di un quadro normativo *ad hoc* col quale prevenire possibili frizioni con gli Stati esteri.

In altri casi ancora, ad esempio la Francia, pur in assenza di una legislazione *ad hoc*, gli indirizzi giurisprudenziali nazionali appaiono più prudenti nella qualificazione degli atti compiuti dalle Ambasciate come *iure gestionis*.

6. *L'adesione italiana alla Convenzione di New York del 2004.*- Crediamo che l'esigenza di operare con riferimenti normativi interni che siano certi e generali abbia spinto l'Italia ad aderire nei mesi scorsi alla Convenzione di New York del 2004. La regola generale che sottende alla Convenzione è l'immunità, mentre l'eccezione è costituita dall'esercizio della giurisdizione nazionale.

La Convenzione codifica il principio dell'immunità dei beni degli Stati esteri destinati a funzioni pubbliche e vieta le misure esecutive esperite sui conti correnti bancari delle Ambasciate e dei Consolati stranieri.

Sebbene la Convenzione non sia ancora entrata in vigore a livello internazionale, essendo stata fin qui ratificata da soli 13 Stati, la nostra adesione fa ben sperare.

Nella gestione dei numerosi contenziosi riguardanti le Rappresentanze diplomatiche straniere accreditate in Italia si potrà contare su un valido strumento normativo interno. I tribunali italiani dovranno quanto meno tenerne conto sul piano ermeneutico.

Tra gli strumenti interpretativi a sua disposizione, infatti, il Giudice italiano ora dispone di una fonte normativa internazionale che esclude la possibilità di sottoporre a vincolo i depositi bancari delle Ambasciate. Inoltre, stando al disposto dell'art. 6, comma primo, della Convenzione, il riconoscimento dell'immunità da parte dell'Autorità giudiziaria deve avvenire *ex officio* e non più su impulso dell'Ambasciata interessata⁴.

⁴ L'art. 6, comma primo, della Convenzione così recita: «Uno Stato attua l'immunità degli Stati [...] astenendosi dall'esercitare la sua giurisdizione in un procedimento davanti ai propri

Dal punto di vista dell'azione di politica estera dell'Italia, l'adozione di norme che tutelano espressamente l'integrità dei conti correnti bancari delle Ambasciate straniere costituisce un progresso considerevole. Sottraendo infatti i conti correnti e i beni immobili adibiti a finalità istituzionali dalle misure giudiziarie restrittive, si ripristina in principio l'autonomia di azione delle Rappresentanze diplomatiche accreditate in Italia. I rischi connessi alla reazione in reciprocità degli Stati esteri colpiti da misure coercitive vengono inoltre meno, o comunque restano altamente improbabili.

Con il ripristino dell'immunità dalle misure coercitive dei beni degli Stati esteri in Italia viene fatto finalmente rivivere un fattore di stabilità delle relazioni diplomatiche del nostro Paese. Di questo dovremmo rallegrarci tutti.

ABSTRACT

*Foreign States' Immunity in the Practice of the Italian
Ministry of Foreign Affairs*

The issue of foreign States' immunity still has an impact on international relations. Obligations on diplomatic immunity and privileges under the Vienna Conventions have a political purpose. That is to guarantee the unconditioned exercise of foreign diplomatic missions' activity in host countries (*ne impediatur legatio*). The Diplomatic Protocol of the Italian Republic deals with immunity issues related to foreign diplomatic missions accredited to Italy. According to its practice, disputes in this field show the limits of the traditional jurisprudential distinction between sovereign acts (*iure imperii*, that are immune) and private acts (*iure gestionis*, that are justiciable). The absence of a domestic legislative framework in the Italian legal order does raise concerns. These mainly arise in cases of coercive measures applied on foreign countries' property. The lack of domestic regulations affects diplomatic activity when this has to reconcile international and domestic law, and preserve bilateral political relations. The recent Italian accession to the 2004 UN Convention on jurisdictional immunities of States and their property may fill such a gap.

tribunali contro uno Stato estero e, a tal fine, vigilando affinché i suoi tribunali decidano d'ufficio che l'immunità dell'altro Stato [...] sia rispettata».

ARTICOLI E SAGGI

LE ATTIVITÀ DI MANTENIMENTO DELLA PACE NEI RAPPORTI TRA NAZIONI UNITE E ORGANIZZAZIONI REGIONALI (II PARTE)

GIOVANNI CELLAMARE

SOMMARIO: 4. Le operazioni di *peace-keeping* coercitive delle organizzazioni regionali: i rapporti tra consenso alle operazioni e autorizzazioni del Consiglio di Sicurezza delle NU. – 5. La tendenza del Consiglio di Sicurezza a autorizzare, *ex capitulo VII*, attività operative nel quadro di organizzazioni regionali. – 6. I differenti contesti operativi. – 7. Il consenso del Consiglio di Sicurezza a operazioni già avviate dalle organizzazioni regionali.

4. La prassi applicativa dell'art. 53 mostra che la distinzione, posta da quella norma, tra azioni utilizzate e azioni autorizzate dal Consiglio di Sicurezza non ha trovato costante riscontro pratico. In altri termini, è accaduto che il Consiglio abbia autorizzato delle azioni assumendo l'iniziativa o abbia "autorizzato" delle azioni già iniziate, così sottoponendole alla propria autorità⁸³. Inoltre, la prassi mostra una sostanziale indipendenza delle organizzazioni regionali nell'adottare misure coercitive non implicanti l'uso della forza, ancorché in senso contrario talvolta siano stati invocati i lavori preparatori dell'art. 53, par. 1 (dove si legge che «no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council»). Si tratta di aspetti ampiamente esaminati in dottrina, alla quale si rinvia per l'ammissibilità di quella prassi,

⁸³ Per iniziative del Consiglio, v. le risoluzioni 779 (ultimo par. del preambolo), 816 (par. 4), 981 (par. 6); 1037 (par. 14); per esempi di azioni iniziate dalle organizzazioni e poi sostenute dal Consiglio di Sicurezza, v. *supra*, par. 2, e *infra*, par. 7. Per le osservazioni svolte nel testo, con indicazioni di azioni sollecitate o auspiccate dal Consiglio di Sicurezza, v. VILLANI, *Les rapports*, cit., 337 ss. e 355 s.

alla luce del significato da riconoscere all'espressione «enforcement action (action coercitive)»⁸⁴.

D'altro canto, quella stessa espressione non ricomprende le operazioni di *peace-keeping* quali venutesi a configurare inizialmente nella prassi: in quanto consensuali (e neutrali) e potendo utilizzare la forza solo in legittima difesa – giusta la portata da questa assunta⁸⁵ – quelle operazioni possono essere create con o senza il coinvolgimento istituzionale dell'organizzazione universale (o di quelle regionali). In linea teorica, un ordine analogo di considerazioni può essere svolto per le operazioni di *peace-keeping* robuste, o che divengano tali, ancorché prive inizialmente di siffatta caratterizzazione: in assenza dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, il consenso dello Stato ospite, che in generale funziona come esimente dell'illecito, potrebbe consentire comunque, dal punto di vista di quello Stato, la costituzione e lo svolgimento di dette operazioni; e ciò sebbene queste possano fare ricorso all'uso della forza nei limiti tra breve riferiti⁸⁶.

⁸⁴ VILLANI, *Les rapports*, cit., 325; KOLB, *op. cit.*, 1415 ss.; CONFORTI, FOCARELLI, *op. cit.*, 346. Nel senso indicato può ricordarsi, ad esempio, la prassi dell'ECOWAS e della CE/UE; indicazioni della prassi, anche di altre organizzazioni, in PASQUALI, *Il contributo delle organizzazioni regionali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale con mezzi non implicanti l'uso della forza*, Torino, 2012, 29 ss.

⁸⁵ Tra gli altri, CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., 11 ss.; FINDLAY, *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford, 2002, 20 ss.

⁸⁶ Come si vedrà tra breve, la distinzione tra operazioni coercitive e non coercitive non è priva di rilievo, posto che per ampia parte della dottrina solo le seconde, ancorché consensuali come le prime, necessitano dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza ai sensi dell'art. 53 della Carta (v. ad esempio VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in questa *Rivista*, 2004, 63 ss., 84 ss.; nonché WALTER, *Security Council Control over Regional Action*, in *Max Planck YUNL*, 1997, 129 ss., in specie 170 ss.). Dando rilievo al carattere consensuale delle operazioni di *peace-keeping*, altra parte della dottrina esclude l'esigenza di detta autorizzazione per il dispiegamento delle operazioni ancorché coercitive (PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 36, testo e nota 89, con la precisazione che l'autorizzazione è "necessaria" per accorpate l'operazione al sistema delle NU; ZWANENBURG, *Regional Organisations and the Maintenance of International Peace and Security: Three Recent Regional African Peace Operations*, in *Jou. Conf. Sec. L*, 2006, 483 ss.; HARRELL, *op. cit.*).

Vale la pena di ritornare brevemente sulle caratteristiche che possono assumere le operazioni e, in particolare, sull'evoluzione in senso coercitivo delle medesime (KARNS, MINGST, *Peacekeeping and the Changing Role of the United Nations: Four Dilemmas*, in THAKUR, SCHNABEL (eds.), *United Nations Peacekeeping Operations. Ad Hoc Missions, Permanent Engagement*, 2001, 215 ss.; SCHNABEL, THAKUR, *From An Agenda for Peace to the Brahimi Report. Towards a new era of UN peace operations*, ivi, 238 ss.). Si osserva tradizionalmente che le missioni di *peace-keeping* richiedono il consenso e la cooperazione di tutte le parti direttamente interessate, sebbene non si tratti di soggetti internazionali. In considerazione di siffatto carattere consensuale, si aggiunge, le operazioni non hanno la funzione coercitiva del-

Peraltro, ove ci si ponga operativamente dal punto di vista dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, va ricordato che, nella risoluzione 49/57 («Declaration on the Enhancement of Cooperation between the United Nations and Regional Arrangements or Agencies in the Maintenance of International Peace and Security», adottata dall'Assemblea Generale il 9 dicembre 1994) si legge che le organizzazioni regionali «are encouraged to consider in their fields of competence» la possibilità di creare, in particolare, «contingents of peace-keeping forces, for use as appropriate, in coordination with the United Nations and, when necessary, under the authority or with the authorization by the Security Council, in accordance with the Charter» (Annesso, par. 10). Trattandosi di operazioni di *peace-keeping*, l'espressione «when necessary» – diversa dall'espressione «where appropriate» contenuta nell'art. 53, par. 1, prima frase della Carta – non potrebbe che essere riferita, dal punto di vista dell'Assemblea, alle operazioni robuste⁸⁷. La qual cosa non è priva di rilievo dato che la stessa risoluzione ha posto, in via generale, una connessione diretta tra il fondamento consensuale alle operazioni e la creazione e il dispiegamento di queste all'interno dello Stato (Stati) interessato (interessati): «peace-

le misure ex art. 42; la qual cosa non esclude la possibilità del ricorso a un uso limitato della forza, in legittima difesa. Anche l'imparzialità e l'obiettività sono considerate caratteristiche fondamentali di dette operazioni, che ne riflettono la natura non coercitiva. In proposito va ricordato che dai rapporti sulle operazioni elaborati dal Segretario Generale e approvati dal Consiglio, a partire dagli inizi degli anni '70, si desume che, tenuto conto degli svolgimenti operativi, il diritto di legittima difesa è comprensivo del ricorso all'uso della forza a scopo di difesa personale e di resistenza a tentativi volti a ostacolare con mezzi violenti l'adempimento del mandato. Peraltro, nell'evoluzione storica dell'esperienza di cui si tratta, non mancano esempi di un sensibile allontanamento dal principio in parola (ONUC, UNPROROR, UNOSOM II, succeduta all'UNOSOM), in situazioni in cui le forze, fondate sulle caratteristiche tradizionali, hanno trovato la ferma opposizione o la non cooperazione di tutte o alcune delle parti confliggenti. In siffatte situazioni, cioè, i mandati originari sono stati modificati con autorizzazioni all'uso della forza ex capitolo VII (richiamato implicitamente nel caso dell'ONUC e nel suo complesso negli altri due casi: CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., 5 ss.). Nella prassi si hanno altresì operazioni istituite dal Consiglio di Sicurezza con mandati potenzialmente evolutivi, in previsione di eventuali svolgimenti operativi, come accaduto con la creazione della *United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium*-UNTAES (risoluzione 1037 del 15 gennaio 1996, par. 14): cfr. CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., 80 ss. Infine, la prassi più recente mostra l'affermarsi di una categoria di operazioni che, per un verso, hanno carattere consensuale, giacché richieste dalle stesse parti configgenti, anche a mezzo di accordi di pace; per altro verso, presentano carattere coercitivo in quanto autorizzate a usare la forza armata, al di là della legittima difesa quale precedentemente intesa (UN Doc. A/55/305-S/2000/809, «Report of the Panel on the United Nations Peace Operations», c.d. «rapporto Brahimi», paragrafi 48-50; le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza 1318 del 7 settembre 2000, parte III, e 1327 del 13 novembre 2000, parte II; inoltre *infra*, in questo par. e in quello successivo).

⁸⁷ GIOIA, *op. cit.*, 409, anche per altre indicazioni bibliografiche.

keeping activities undertaken by regional arrangements or agencies should be conducted with the consent of the State in the territory of which such activities are carried out» (par. 9)⁸⁸.

Quanto precede induce a concentrare l'attenzione sui rapporti tra consenso e autorizzazione del Consiglio alle operazioni c.d. coercitive delle organizzazioni regionali.

In proposito va ricordato anzitutto che le principali caratteristiche assunte nella prassi dalle *peace-keeping operations* delle NU sono presenti anche nell'esperienza delle operazioni create dalle organizzazioni regionali⁸⁹. Così, anzitutto, per quanto riguarda il fondamentale

⁸⁸ V. per il passato WIPPMAN, *Military Interventions, Regional Organisations, and the Host-State Consent*, in *Duke JCIL*, 1996-1997, 209 ss.; per le operazioni più recenti, ORAKHELASHVILI, *op. loc. cit.* Inoltre, FRULLI, *Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, Napoli, 2012, 25 ss.

⁸⁹ Le operazioni coercitive sono autorizzate, ex capitolo VII, a usare la forza per difesa personale, di altri membri della missione, dei mandati ricevuti comprensivi della libertà di movimento (invero implicita nel concetto stesso) dell'operazione (consensuale) e, si noti, per proteggere i civili in imminente pericolo fisico (nell'esperienza delle NU, v. le risoluzioni 1291 del 24 febbraio 2000, par. 8, e 1493, par. 27; 1528 del 27 febbraio 2004, par. 8; 1545 del 21 maggio 2004, par. 5; 1769 del 31 luglio 2007, par. 15; 2062 del 26 luglio 2012, par. 2 con le precisazioni del Consiglio di Sicurezza contenute nel par. 3 della risoluzione 2063).

Dalle risoluzioni pertinenti risulta altresì che il ricorso all'uso della forza deve essere compatibile con le capacità operative ed è delimitato geograficamente (tra le risoluzioni da ultimo citate, v. la 1291, paragrafi 7 g e 8). Si tratta di operazioni i cui mandati presentano numerosi punti di contatto con quelli delle operazioni multifunzionali create nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso (CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., *passim*), distinguendosi dalle stesse in considerazione dell'aspetto indicato (PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 33 ss.): ciò è evidente dal mandato dell'UNAMID, quale delineato nel rapporto (*supra*, nota 23) richiamato nel par. 1 della risoluzione 1769.

Le eventuali caratteristiche coercitive delle forze non ne escludono la riconducibilità all'esperienza del *peace-keeping*, in ragione della natura empirica del metodo sottostante a tali operazioni (risoluzione 1327, parte II; ampiamente nel rapporto dell'High-level Panel on Threats, Challenges and Change, «A more secure world: our shared responsibility», in UN Doc. A/59/565, par. 183 ss.); e della flessibilità dei compiti loro attribuiti in funzione delle esigenze del caso concreto. Invero proprio la natura empirica delle operazioni rende difficile una definizione formale delle stesse (definizione che non figura negli atti del Comitato speciale delle NU sulle operazioni; v. ad esempio il rapporto del 22 marzo 2006, in UN Doc. A/60/19, paragrafi 35-37, nonché quelli indicati di seguito). In particolare, le *peace-keeping* o *peace-building operations* (ancorché) "robuste" non possono confondersi con le vere e proprie azioni di *enforcement*: l'uso della forza cui le prime possono far ricorso non è volto a imporre una soluzione del conflitto contro la volontà del governo interessato o di altre entità, ma è accessorio al mandato ricevuto, in quanto eventualmente funzionale alla completa attuazione del mandato fondato, quanto meno originariamente, nei termini precisati nel testo, sul consenso delle parti (PICONE, *Le autorizzazioni*, loc. cit.; TSAGOURIAS, *Consent, Neutrality/Impartiality and the Use of Force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension*, in *Jou. Conf. Sec. L*, 2006, 465 ss.; altre indicazioni bibliografiche in CONFORTI, FOCARELLI, *op. cit.*, 260 ss.; v. pure il rapporto del Segretario Generale Annan sull'attuazione del c.d. "rapporto Brahimi", in UN Doc. A/55/502, par. 7). In proposito va ricordato nuovamente che, nelle risoluzioni pertinenti, il Consiglio di Sicurezza, precisando l'ambito di applicazione geo-

carattere consensuale, del quale si fa menzione nella risoluzione 49/57.

Invero, dalla prassi risulta la diffusa ricerca del consenso e che quest'ultimo non esclude un'eventuale caratterizzazione coercitiva delle operazioni: il Consiglio ha autorizzato o sostenuto, *ex capitulo VII*, la creazione di operazioni di organizzazioni regionali, o degli Stati nel quadro di queste, con mandati coercitivi o rafforzati; di operazioni autorizzate a usare le misure necessarie agli effetti e nei limiti indicati negli atti pertinenti. In siffatte situazioni, il consenso e l'autorizzazione del Consiglio costituiscono parametri di riferimento nell'interpretazione del mandato: in quelle stesse situazioni, nei rapporti tra le organizzazioni internazionali di cui si tratta e le parti del processo di pace, vengono in gioco risoluzioni fondate sul capitolo VII, come tali suscettibili di sovrapporsi al consenso alle operazioni⁹⁰.

grafico, materiale e operativo del ricorso all'uso della forza, ha posto inequivocabilmente dei limiti al relativo esercizio (v. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, 115, il quale rileva che in termini socio-politici l'attività delle operazioni appare caratterizzata dall'*enforcement*). Il mantenimento della pace a mezzo di operazioni robuste non potrebbe dunque essere messo sullo stesso piano della responsabilità di proteggere: qui è sufficiente notare che la dottrina della responsabilità di proteggere, quale delineata al *Summit* del 2005 fa riferimento a situazioni estreme (genocidio, crimini e atrocità) nelle quali il ricorso all'uso della forza è considerato l'ultima *ratio*, posto che lo Stato dal cui punto di vista ci si pone non abbia la capacità di proteggere (cfr. le varie fasi considerate nel rapporto del Segretario Generale, in UN Doc. A/63/677). Non si tratta dunque di ricorrere ai mezzi necessari per proteggere i civili secondo le capacità operative nelle zone di territorio indicate negli atti che hanno riguardo alle *peace-keeping* robuste (ma v. BREAU, *The Impact of the Responsibility to Protect on Peacekeeping*, in *Jou. Conf. Sec. L*, 2007, 429 ss.); rispetto a quanto osservato, sono degne di nota le affermazioni che si leggono nel rapporto del Comitato speciale sulle operazioni di *peace-keeping* del 2012 (New York, 21 febbraio-16 marzo e 11 settembre 2012, in UN Doc. A/66/19, par. 24).

⁹⁰ In argomento può ricordarsi che, a seguito della ripresa del conflitto in Liberia, il consenso all'operazione dell'*Ecovas Monitoring Group* (ECOMOG) in detto Stato (ECOMIL) è rilevabile dall'Accordo di Cotonou dell'agosto 1993 (UN Doc. S/26272); per la fase precedente, v. l'Accordo di Bamako (in WELLER, *op. cit.*, 111 ss.); ma si tratta di una fase confusa, con riferimento alla quale si discute delle caratteristiche dell'operazione dell'ECOWAS del 1990 (v. *infra*, nota 97), che otterrà il sostegno del Consiglio di Sicurezza due anni dopo con la risoluzione 788 del 19 novembre 2002. L'ECOMIL ha inequivocabilmente assunto un mandato robusto (UN Doc. S/26422, par. 14), sotto il monitoraggio dell'UNOMIL (risoluzione 866 del 22 settembre 1993), prima missione di osservazione svolta dalle NU in cooperazione con altra di una organizzazione regionale, così dando luogo a un dispiegamento operativo in comune con quest'ultima. Con l'Accordo globale di pace di Accra, del 18 agosto 2003, le parti liberiane hanno chiesto alle NU il dislocamento, *ex capitulo VII*, di una nuova operazione (MINUL, creata con risoluzione 1509 del 19 settembre 2003), che ha assorbito le Forze dell'ECOMOG. Sulla base dell'Accordo di Abuja del 1° novembre 1998 (UN Doc. S/1998/825) si è svolta l'attività delle Forze di interposizione dell'ECOMOG in Guinea Bisau (*approvata* dal Consiglio di Sicurezza con risoluzione 1216 del 21 dicembre 1998, par. 4; inoltre la risoluzione 1233 del 6 aprile 1999), fornite del potere «to take action» per assicurare

la propria libertà di movimento (par. 6 della risoluzione 1216). Il consenso alla presenza delle Forze dell'ECOMOG in Costa d'Avorio – parzialmente risultante dalla richiesta del Presidente Gbabo (UN Doc. S/2002/1386, paragrafi 11 e 15) – è derivato dall'Accordo di Linas-Marcoussis del 23 gennaio 2003 (UN Doc. S/2003/99). L'avvenuto dispiegamento delle Forze – con iniziale presenza francese sulla base di un preesistente accordo – è stato sostenuto dal Consiglio di Sicurezza con risoluzione 1464 (par. 1; e prima la dichiarazione presidenziale in UN Doc. S/2002/42): agendo ex capitolo VII, il Consiglio ha autorizzato gli Stati partecipanti all'operazione «in accordance with Chapter VIII together with the French forces supporting them» a prendere «the necessary steps» agli scopi indicati (par. 9). Il consenso all'attività di mantenimento della pace dell'UA in Sudan è rilevabile dagli Accordi di N'djamena, dell'8 aprile 2004, sul cessate il fuoco in Darfur; di Addis Ababa, sulle modalità del dispiegamento della Commissione sul cessate il fuoco (28 maggio 2006); in particolare da quello sull'ampliamento del mandato dell'AMIS (PSC/PR/Comm. (XVII), AU PSS; UN Doc. S/2004/767, par. 52, e UN Doc. S/2004/881, par. 54; Protocollo, del 9 novembre 2004, «on the Improvement of Humanitarian Situation in Darfur», par. 3), il cui stanziamento è stato approvato dal Consiglio di Sicurezza, ex capitolo VII, con risoluzione 1556 del 20 luglio 2004 (par. 2; e già la dichiarazione presidenziale del 16 maggio 2004, in S/PRST/2004/18). Come risulta dalla citata risoluzione 1769 (par. 6 del preambolo) il fondamento consensuale (date le trattative con il governo sudanese poi trasfuse nel mandato) è presente anche nell'UNAMID, con comando unico (così dando seguito alla richiesta del Consiglio dell'UA, in PSC/PR/Comm. (LXXIX)). Quel fondamento è rilevabile per la prevista Missione IGAD in Somalia-IGASOM (risoluzione 1725 del 6 dicembre 2006, par. 1). Il mandato dell'IGASOM è stato sostanzialmente annullato da quello attribuito all'AMISOM, missione la cui costituzione, da parte dell'UA e dei suoi Stati membri, è stata preceduta da incontri con rappresentanti del governo di transizione (PSC/PR/Comm(LXIX)) e poi autorizzata dal Consiglio di Sicurezza, ex capitolo VII (risoluzione 1744 del 20 gennaio 2007, par. 4), quale operazione destinata a essere assorbita, su richiesta di detta Unione (preambolo, par. 6; PSC/PR/Comm. (XXX)), in altra operazione delle NU. Il fondamento consensuale è rilevabile anche per le operazioni della NATO e di altre organizzazioni nell'ambito dell'IFOR, della SFOR (in Bosnia-Erzegovina: v. ad esempio, la risoluzione 1575, parte I, par. 1; inoltre la risoluzione 1639 del 21 novembre 2011) e della KFOR, in *co-deployment* con l'UNMIK, Missione delle NU comprensiva di attività dell'OSCE e dell'UE (EUPT; con il previsto rilanciato ruolo dell'UE con un'ampia missione civile: azione comune 2007/577/PESC del 16 luglio 2007). Dubbi possono essere prospettati circa l'effettività del fondamento consensuale dell'ISAF, inclusiva di contingenti della NATO, data l'incerta natura giuridica dell'accordo di Bonn del 5 dicembre 2001 (richiamato dal Consiglio di Sicurezza nella risoluzione 1386 del 20 dicembre 2001, sul dispiegamento dell'ISAF, e nella risoluzione 1401 del 28 marzo 2002, sulla propria Missione-UNAMA) e le iniziali caratteristiche delle entità afgane che avevano chiesto (l'Allegato all'Accordo) l'invio della forza multinazionale (PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 57 ss.). L'operazione *Ocean Shield* ha ricevuto il consenso delle autorità transitorie somale (che peraltro non controllavano tutto il territorio; v. le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza 1846, paragrafi 6 e 10, e 2020 del 22 novembre 2011). Sulla base della richiesta degli Stati interessati si è svolta l'attività dell'UE in Bosnia-Erzegovina (sostituendo l'operazione delle NU con la EUPM: azione comune 2002/210/PESC dell'11 marzo 2002, e la decisione del Consiglio 2002/845/PESC del 30 settembre 2002; in S/PRST/2003/33, la “soddisfazione” espressa dal Consiglio di Sicurezza, il quale con risoluzione 1575, parte II, par. 7, ha autorizzato ex capitolo VII la creazione dell'EUFOR, in alternanza alla SFOR), in Macedonia (azione comune 2003/92/PESC del 23 gennaio 2003, preambolo, par. 5); nella Repubblica democratica del Congo, con l'EUPOL “Kinshasa” (Accordo globale sulla transizione, del 17 dicembre 2002: azione comune 2004/847/PESC, preambolo, par. 5), con l'operazione *Artemis* (azione comune 2003/423/PESC, del 5 giugno 2003), autorizzata dal Consiglio di Sicurezza, ex capitolo VII (risoluzione 1484, anche per la volontà manifestata dal Presidente congolese e dalle parti della

Invero, la presenza dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza esclude ogni dubbio sulla possibilità che l'operazione possa procedere anche ove venga meno il consenso, o in situazioni in cui non funzioni il consenso di tutte le entità interessate⁹¹. In tal senso possono richiamarsi alcuni svolgimenti che hanno presieduto la creazione e il funzionamento dell'EUFOR Ciad/RCA; nonché le vicende che hanno accompagnato la più recente creazione dell'AFISMA⁹².

regione dell'Ituri), a svolgere compiti ripartiti con la MONUC; infine con l'EUFOR (UN Doc. S/2006/219, Annex II, par. 3; azione comune 2006/319/PESC, del 27 aprile 2006), autorizzata dal Consiglio di Sicurezza, con risoluzione 1671 del 25 aprile 2006, a svolgere attività militari, ex capitolo VII, in appoggio alla MONUC durante il processo elettorale. L'EUPOL Afghanistan (azione comune del Consiglio 2007/369/PESC del 30 maggio 2007) è stata riportata alle iniziative risalenti agli Accordi di Bonn, testé ricordati (v. le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza di sostegno all'iniziativa dell'Unione, 1746 del 23 marzo 2007, 1806 del 20 marzo 2008, e 1869 del 25 marzo 2009). Da quanto precede risulta quindi la ricerca del consenso, in specie risultante da accordi presi in considerazione negli atti delle organizzazioni regionali (così pure per la Missione Atalanta dell'UE, in concomitanza con la *Ocean Shield*) e implicitamente o espressamente richiamati o fatti propri dal Consiglio di Sicurezza. Ciò costituisce un fattore idoneo a chiarire gli obiettivi delle operazioni.

⁹¹ In argomento, v. PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 72 ss., con applicazioni in TANCREDI, *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia*, in *RDI*, 2008, 937 ss., in specie 950 ss. V. pure *infra*, par. 5.

⁹² Per l'EUFOR Ciad/RCA v. CELLAMARE, *Funzioni e caratteri*, cit. Da ricordare che l'ECOMIB, autorizzata il 26 aprile 2012 dall'ECOWAS a seguito del colpo di Stato del 12 aprile 2012, è stata in un primo momento accolta nel "feuille de route" della Junta; questa si è successivamente opposta alla missione in considerazione della presenza di militari angolani, con conseguenti dubbi sulla neutralità nell'esecuzione del mandato volto ad assicurare l'abbandono del territorio da parte di militari stranieri, tra cui angolani. Quanto all'AFISMA (*supra*, par. 1), il Consiglio ha operato nel contesto in parola «*Taking note of the letter of the Transitional authorities of Mali [...] to ECOWAS on the conditions for the deployment of ECOWAS troops in Mali [...], Taking note of the letter of the Transitional authorities of Mali [...], requesting the authorization of deployment through a Security Council resolution of an international military force to assist the Armed Forces of Mali acting under Chapter VII as provided by the United Nations Charter, to recover the occupied regions in the north of Mali*» (risoluzione 2071, par. 8 ss. del preambolo; paragrafi 7-10 del preambolo della risoluzione 2085). La circostanza che il Consiglio abbia ritenuto sufficiente la richiesta delle Autorità transitorie dello Stato ospite, ancorché queste non controllassero il nord del Mali, controllato bensì da gruppi islamisti e terroristi (e in poca parte dal Movimento Nazionale di Liberazione dell'Azawad che ne aveva dichiarato l'indipendenza), si spiega, ci sembra, sia in considerazione del sostegno dato dal Consiglio, dall'ECOWAS e dall'UA a quelle Autorità (con una presunzione di legittimità delle stesse); sia in considerazione della prevalente presenza del nord di quei gruppi (che avevano emarginato le forze dell'MNLA dopo quella dichiarazione, ritenuta "null and void" dallo stesso Consiglio e da organizzazioni regionali), tra i quali Ansar Dine, Al-Qaida nel Maghreb islamico e il "Movement of Unity and Jihad in Western Africa", inserito nella lista delle persone e entità oggetto di sanzioni da parte del Consiglio di Sicurezza (risoluzioni 1267 del 15 ottobre 1999 e 1989 del 17 giugno 2011). Nella risoluzione 2085, il Consiglio si è dichiarato disposto ad estendere dette sanzioni alle forze ribelli con collegamenti con le organizzazioni terroristiche, tenuto conto altresì delle gravi violazioni dei diritti dell'uomo commesse nel nord del Mali e di altri atti suscettibili di dare luogo a crimini previsti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (par. 6 del preambolo; v. pure i para-

Ora, a prescindere dagli eventuali sviluppi coercitivi delle operazioni in parola, l'autorizzazione data alle stesse, anche se ritenuta non necessaria, reca il riconoscimento (politico) del valore attribuito all'operazione dal Consiglio di Sicurezza, il quale, autorizzandola, assorbe l'operazione nel sistema delle Nazioni Unite⁹³.

Esemplificativamente, sformite di veri e propri poteri coercitivi sono risultate, ad esempio, le seguenti operazioni di organizzazioni regionali. Tra le altre, l'ECOMOG in Guinea Bissau; la MISAB; l'AMIS I; l'IGASOM; l'EUPOL "Proxima" e "Concordia"; l'EUBAM Moldavia/Ukraina; l'EUBAM Rafah, la Forza multinazionale nell'Africa centrale, FOMUC (in sostituzione della MINURCA), con sostegno francese, cui sono stati attribuiti, in particolare, compiti di osservazione ai confini tra la RCA e il Ciad, in senso funzionale al processo di riconciliazione nazionale in quella Repubblica; la Missione dell'UA per la sorveglianza delle elezioni alle Comore, MUASEC; la Missione regionale di assistenza alle isole Salomon, RAMSI, sulla base della richiesta dello Stato ospite al Forum delle isole del Pacifico⁹⁴.

Tra le operazioni coercitive possono ricordarsi quelle di seguito indicate. Richiamando delle esperienze dell'UA già note, l'AMISOM, con autorizzazione agli Stati membri partecipanti all'operazione a prendere, *ex capitulo VII*, le misure necessarie per l'attuazione del

grafi 2 e 3 della risoluzione 2085). Invero, come dal pertinente "concetto strategico" già indicato (*supra*, nota 82), per un verso v'è l'esigenza «to engage in dialogue with the Malian armed rebel groups to seek a peaceful settlement on the basis of the principles outlined by the international community» (facilitando «the involvement of the local populations in northern Mali in the search for a negotiated solution»: par. 13 a); dall'altro v'è l'esigenza «of a list of groups that do not unequivocally commit themselves to a peaceful and negotiated solution on the basis of the principles outlined above [par. 8: «the principles of respect for the national unity and territorial integrity of Member States; rejection of terrorism and transnational organized crime, as well as of unconstitutional changes of government; and respect for human rights. These are principles that are of vital importance for the maintenance of peace, security and stability on the continent, as well as for its development. Attempts to undermine them have far reaching consequences and, as such, constitute a threat to international peace and security. Furthermore, the recourse to armed rebellion and its trivialization to further political claims have the potential to seriously undermine the democratization processes underway on the continent. It should, therefore, be strongly opposed under all circumstances, particularly when there are peaceful avenues for addressing such claims»], as well as of a list of all the leaders and members of armed groups involved in grave violations of international humanitarian law, for sanctions» (lett. d). Nell'approccio seguito, dunque, la dichiarata eliminazione, da parte delle forze ribelli, di ogni collegamento con le organizzazioni terroristiche e criminali costituisce la condizione cui è subordinata la presa in considerazione della posizione delle prime. Di qui la rilevanza (anche alla luce dei principi indicati) del consenso delle sole Autorità transitorie, ancorché le stesse non controllassero ampia parte del Mali.

⁹³ In argomento v. pure *infra*, paragrafi 5-7.

⁹⁴ Indicazioni dei mandati e degli atti rilevanti in www.operationspaix.net.

mandato indicato nella risoluzione 1744 del 20 febbraio 2007 (par. 6); l'UNAMID, autorizzata *ex capitulo VII* a prendere tutte le misure richieste per l'attuazione effettiva dell'Accordo di pace pertinente, per prevenire gli attacchi armati e proteggere i civili, senza pregiudizio delle responsabilità del governo sudanese (risoluzione 1769, par. 15).

Poteri coercitivi sono presenti nelle citate operazioni della NATO in Bosnia-Erzegovina, in Macedonia, in Kosovo, nonché nel quadro dell'ISAF, caso da tenere comunque ben distinto dagli altri, in considerazione di quanto già osservato⁹⁵.

Per l'UE, possono ricordarsi nuovamente l'EUFOR in Bosnia-Erzegovina, autorizzata *ex capitulo VII* all'adozione delle misure necessarie per l'attuazione di alcune parti dell'Accordo di pace Dayton (risoluzione 1575, par. 14, ripresa nelle risoluzioni 1639 del 21 novembre 2005, e 1722 del 21 novembre 2006); l'operazione *Artemis* (con autorizzazione *ex capitulo VII* all'adozione delle misure necessarie funzionali al mandato: risoluzione 1484); l'EUFOR in Congo, Forza che la risoluzione 1671 del 25 aprile 2006 ha autorizzato, *ex cap. VII*, a prendere le misure necessarie, sempre nei limiti dei suoi mezzi, per sostenere la MONUC, contribuire alla protezione dei civili in imminente pericolo di violenza fisica, per effettuare azioni volte esclusivamente a salvare individui in pericolo (par. 8); l'EUFOR Ciad/RCA, il cui stanziamento per il periodo di un anno è stato deciso e avviato dal Consiglio dell'UE in conformità del mandato contenuto nella risoluzione 1778, adottata dal Consiglio di Sicurezza il 25 settembre 2007⁹⁶.

⁹⁵ V. *supra*, nota 90; v. pure *infra*, par. 6, *sub c*).

⁹⁶ In precedenza, il Consiglio di Sicurezza, considerati gli stretti collegamenti esistenti tra la situazione in Sudan e la crisi nel Ciad e nella RCA, aveva prospettato una «presence multidimensionale» (v. già il doc dell'UA PSC/PR/2(LXX)) negli ultimi due Stati (v. pure le risoluzioni 1706 del 31 agosto 2006, e 1769 del 31 luglio 2007, che autorizza la creazione, dell'UNAMID). Su queste basi, vista la disponibilità manifestata dal Consiglio affari generali e relazioni esterne dell'Unione (conclusioni sul Sudan/Darfur nella sessione 2817, Bruxelles 23-24 luglio 2007; inoltre la lettera dell'Alto rappresentante del Consiglio dell'Unione Solana, nell'Annexe a UN Doc. S/2007/560), il Consiglio di Sicurezza ha "approvato" la creazione di una siffatta "presenza" comprensiva della Missione delle NU (MINURCAT) e, a sostegno di questa, di una Forza dell'UE: l'Unione è stata autorizzata *ex capitulo VII* della Carta a stanziare l'operazione fornita del potere di adottare tutte le misure necessarie, nei limiti delle pertinenti capacità e zone operative, per l'adempimento dei compiti indicati in quella risoluzione (articoli 1, 2 e 6). Orbene, nella risoluzione 1778, qualificata la situazione alle frontiere di cui si tratta come una minaccia alla pace (ultimo par. del preambolo), il Consiglio ha approvato la creazione in Ciad e nella RCA della presenza multidimensionale per l'assistenza umanitaria alle popolazioni interessate (par. 1): a questo scopo il Consiglio ha attribuito alla MINURCAT i compiti elencati. In senso funzionale allo svolgimento degli stessi e alla protezione dei civili il Consiglio ha autorizzato la creazione dell'EUFOR (paragrafi 2-6; per l'Unione

Beninteso, le osservazioni che precedono, in particolare la ripartizione tra operazioni coercitive e non coercitive, non escludono affatto che possano sussistere incertezze sulle caratteristiche (coercitive o no) di una data operazione, nonché sull'effettività del fondamento consensuale e, in connessione, sulla necessità e funzione dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza nella situazione considerata. In tal senso possono richiamarsi i dubbi prospettati circa l'iniziale esperienza operativa in Liberia⁹⁷.

Rispetto a quanto precede va precisato che le caratteristiche assunte dalle operazioni non incidono sull'applicazione dell'art. 54 della Carta⁹⁸: nella risoluzione 1631 del 17 ottobre 2005, il Consiglio ha affermato l'obbligo delle organizzazioni regionali «to keep the Security Council fully informed of their activities for the maintenance of international peace and security» (par. 9), senza farne dipendere l'attuazione dalle caratteristiche delle attività – e quindi delle operazioni – delle organizzazioni. Affermazione di contenuto analogo è presente

Europea v. gli articoli 1 e 15 dell'azione comune 2007/677/PESC del 15 ottobre 2007; sull'avvio dell'operazione la decisione 2008/101/PESC del 28 gennaio 2008). In altri termini, giusta le determinazioni del *Summit* di Tripoli (UN Doc. S/2006/103, Annexe I, par. 8), spettava agli Stati interessati vigilare affinché i propri territori non fossero utilizzati per attentare all'altrui sovranità, così dando applicazione, per l'appunto, agli accordi conclusi (v. *ivi*, Annexe II; par. 15 della risoluzione 1778; l'art. 3 dell'Accordo di Tripoli per la soluzione della controversia tra il Ciad e la Repubblica del Sudan; e cfr. UN Doc. S/2008/304, par. 48). Dato quanto osservato nelle pagine che precedono e *infra*, testo e note 127-129, con le operazioni indicate nel testo non potrebbero confondersi le attività operative in Libia sulla base della risoluzione 1973 del Consiglio di Sicurezza.

⁹⁷ Si ha riguardo a quanto accaduto in Liberia nel 1990, con l'operazione dell'ECOWAS su richiesta del Presidente Doe, che peraltro non controllava buona parte del territorio. Quell'operazione fu qualificata *tout court* dal Segretario Generale come operazione di *peace-keeping*; siffatti dati potrebbero escludere la necessità dell'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, il quale con la risoluzione 788, «Recalling the provisions of Chapter VIII of the Charter of the United Nations» (preambolo, par. 6), «Condemns the continuing armed attacks against the *peace-keeping forces* [corsivi aggiunti] of ECOWAS in Liberia by one of the parties to the conflict» (par. 4), «Decides, under Chapter VII of the Charter of the United Nations» un embargo generale «on all deliveries of weapons and military equipment to Liberia [...]». Successivamente, con la risoluzione 886, il Consiglio autorizzava la creazione della propria Missione di osservazioni in Liberia (MONUL) precisando che essa non avrebbe partecipato alle attività di imposizione della pace (*enforcement operations*) dell'ECOMOG (par. 3 *h*), così qualificando detta operazione in modo diverso rispetto a quanto risulta dalla risoluzione 788. Un chiaro sostegno del Consiglio di Sicurezza a favore dell'operazione della ECOWAS in Sierra Leone è rilevabile dalla risoluzione 1132. Anche in quel caso l'intervento dell'ECOWAS, anticipato da quello di forze della Nigeria e della Guinea, risultava fondato su una richiesta derivante da un governo che non controllava effettivamente tutto il territorio. In argomento v. GAZZINI, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, 2005, 68 ss. e 112; SICILIANOS, *op. cit.*, 190 ss.; HARRELL, *op. cit.*, testo e note 113 ss. Agli stessi autori si rinvia per altre indicazioni bibliografiche.

⁹⁸ VILLANI, *La politica*, cit., 80 s.

nella dichiarazione presidenziale del 28 marzo 2007⁹⁹, nonché nella risoluzione 2033, nella quale il Consiglio, avendo riguardo alla «Cooperation between the United Nations and regional and subregional organizations in maintaining international peace and security», ha ricordato «the need for regional and subregional organizations at all times to keep the Security Council fully informed of these efforts in a comprehensive and coordinated manner» (preambolo, par. 8).

Siffatte affermazioni ben si comprendono ove si consideri che le informazioni sono funzionali all'esercizio da parte del Consiglio della sua responsabilità principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 24, par. 1)¹⁰⁰. Il dovere di informazione non concerne esclusivamente le azioni progettate o intraprese *ex capitulo VIII*; lo stesso sussiste anche ove si tratti, come per lo più accade e si vedrà tra breve, di azioni coercitive che il Consiglio autorizzi, *ex capitulo VII* della Carta, non rivolgendosi direttamente alle organizzazioni ma agli Stati nel quadro di queste (senza richiamare espressamente l'altro capitolo)¹⁰¹. In tal senso depone la *ratio* dell'art. 54, nonché, come risulta dai lavori preparatori della Carta, la considerazione del capitolo VIII quale continuazione logico-sistematica del capitolo VII¹⁰²; invero, l'autorizzazione resa *ex capitulo VIII* presuppone l'accertamento *ex art. 39* che fa parte del capitolo VII¹⁰³.

⁹⁹ S/PRST 2007/7 «Relationship between the United Nations and regional organizations, in particular the African Union, in the maintenance of international peace and security».

¹⁰⁰ Sulla base dell'esperienza esaminata nelle pagine che precedono, è prospettabile, ad esempio, che un'operazione delle NU con iniziali caratteristiche tradizionali perda le medesime e assuma sviluppi coercitivi: ciò può accadere sia sulla base della sua risoluzione istitutiva (potenzialmente evolutiva, come nel caso dell'UNTAES: *supra*, nota 78), sia in applicazione di successive delibere del Consiglio di Sicurezza. Le informazioni consentono al Consiglio di seguire da vicino l'operazione, di controllarne gli sviluppi e di esercitare le competenze che gli derivano dalla Carta, nel senso indicato (HUMMER, SCHWEITZER, *Article 54*, in SIMMA et al. (eds.), *op. cit.*, 890 ss.); le stesse, ponendo i presupposti per sottoporre l'operazione al controllo del Consiglio di Sicurezza, consente a questo di aggiornare il concetto di operazione (e le regole di ingaggio), verificandone la conformità al mandato (v. in questa linea di pensiero, ancorché con riferimento all'UNMIS, la risoluzione 1919 del 29 aprile 2010). In proposito v. VILLANI, *La politica*, cit., 2004, 80 s.; GUEYOU, *Article 54*, in COT, PELLET, FORTEAU (eds.), *op. cit.*, 1339.

¹⁰¹ Il ruolo delle informazioni nelle diverse attività del Consiglio è stato considerato dal Segretario Generale nel «Supplemento all'Agenda per la pace», paragrafi 27, 37, 39, 46 e 56.

¹⁰² ABASS, *Extraterritorial Collective Security: The European Union and Operation Artemis*, in TRYBUS, WHITE (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007, 134 ss., in specie 148 ss.

¹⁰³ Cfr. SICILIANOS, *op. cit.*, 154 ss., il quale ricorda che le informazioni vanno rese ancorché non richieste (v. la risoluzione 1744 recante l'autorizzazione agli Stati membri dell'UA a istituire un'operazione in Somalia).

5. Dalle risoluzioni considerate nelle pagine che precedono risulta che il Consiglio ha richiamato raramente il capitolo VIII; e che ha agito in base al capitolo VII avendo riguardo a operazioni di organizzazioni regionali o, ricorrentemente, degli Stati nel quadro di queste. Ciò è accaduto non solo per autorizzare azioni coercitive agli scopi indicati (ad esempio, risoluzione 1464), ma altresì per autorizzare il dislocamento di una Forza (ad esempio, risoluzioni 1484 e 2085), ovvero, più usualmente, per autorizzare gli Stati dell'organizzazione regionale al dispiegamento di un'operazione multifunzionale con poteri coercitivi (ad esempio, risoluzioni 1575, 1725 del 6 dicembre 2006 e 1744).

Il riferimento al capitolo VII, anziché al capitolo VIII, è stato interpretato variamente¹⁰⁴. È stato osservato che quel riferimento potrebbe trovare una spiegazione nell'interesse di alcune entità, disponibili a svolgere operazioni, a non essere considerate organizzazioni regionali per non sottostare all'applicazione dell'art. 54. Sennonché, dato il ruolo del Consiglio, l'obbligo di informazione sussiste anche ove si operi ai sensi del capitolo VII; in effetti, come si è avuto modo di illustrare, il Consiglio ha chiesto di essere informato avendo riguardo ad azioni autorizzate in base a quel capitolo.

Secondo altra opinione, le autorizzazioni *ex* capitolo VIII funzionerebbero per le azioni (interne alle organizzazioni coinvolte) dirette verso propri Stati membri, ma non per le azioni (esterne alle stesse) in uno Stato terzo¹⁰⁵: queste ultime (sarebbero azioni riportabili all'art. 48 e quindi) necessiterebbero di una autorizzazione *ex* capitolo VII. Tanto più che è stata rilevata la tendenza delle organizzazioni a dotarsi di competenze per siffatte azioni.

Peraltro, come è stato osservato, il capitolo VIII non presenta ostacoli logici e sistematici che impediscano al Consiglio di utilizzare/autorizzare una organizzazione regionale per operazioni in/contro Stati estranei alla stessa¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Per un'ampia esposizione delle opinioni in parola v. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, 296.

¹⁰⁵ GAJA, *Use of Force Made or Authorized by the United Nations*, in TOMUSCHAT (ed.), *The United Nations at Age Fifty. Legal Perspective*, The Hague/London/Boston, 1995, 39 ss., in specie 44; WALTER, *Regional Arrangements and the United Nations Charter*, in *Max Planck EPIL*, versione *online*. Inoltre ABASS, *op. cit.*, 136; ma v. WHITE, *The EU as a Regional Security Actor within the International Legal Order*, 329 ss., in TRYBUS, WHITE (eds.), *op. cit.*, in specie 333.

¹⁰⁶ Anche per altre indicazioni bibliografiche, v. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, 300.

È stato altresì sostenuto che il capitolo VII risulterebbe più flessibile del capitolo VIII, e quindi più facilmente utilizzabile¹⁰⁷. Si tratta di un'osservazione che coglie un aspetto di notevole importanza, ma scartata da altri autori che sostengono l'interpretazione opposta¹⁰⁸.

Ora, in linea generale, è sostenibile anzitutto che, dato il carattere di organo politico del Consiglio di Sicurezza, la circostanza che questo invochi, complessivamente, il capitolo VII, agli scopi indicati, possa essere assunta come manifestazione dell'impegno politico dello stesso Consiglio, nel senso delineato nella c.d. *Capstone Doctrine*: nelle situazioni considerate, «The Security Council's invocation of Chapter VII [...] can also be seen as a statement of firm political resolve and a means of reminding the parties to a conflict and the wider United Nations membership of their obligation to give effect to Security Council decision»¹⁰⁹. In effetti si ha riguardo a situazioni che si collocano nel quadro dell'art. 39. Da ricordare in proposito che le autorizzazioni date dal Consiglio, nei termini illustrati, appaiono immediatamente indicative, per i soggetti ed entità interessati al processo di pace, del possibile sovrapporsi delle stesse autorizzazioni al consenso, con gli effetti ricollegabili a una siffatta possibilità, nel senso già indicato.

Inoltre, le risoluzioni in parola non hanno a proprio preciso o esclusivo oggetto l'autorizzazione di un'operazione di un'organizzazione regionale; le stesse hanno una portata più ampia¹¹⁰: hanno riguardo a situazioni qualificate dal Consiglio come minaccia o violazione della pace, nelle quali il medesimo Consiglio esercita i poteri che gli derivano in generale dalla Carta rivolgendosi agli Stati nel quadro delle organizzazioni regionali. Indicando il capitolo VII (e non il capitolo VIII), il Consiglio autorizza il dispiegamento di un'operazione sostenuta dagli Stati, nonché gli svolgimenti operativi comprensivi, come si è visto, di azioni coercitive nel quadro delle operazioni: queste dunque sono poste *nel loro complesso* – giusta un'espressione dell'Assemblea Generale poc'anzi riportata – “under the authority” del Consiglio; come tali si manifestano nell'esercizio dei compiti di varia natura previsti negli atti costitutivi e, di conse-

¹⁰⁷ Osservazione che si ricollega all'opinione di BOWETT, *Self-Defence in International Law*, New York, 219 ss.

¹⁰⁸ WHITE, ULGEN, *The Security Council and the Decentralised Military Option: Constitutionality and Function*, in *NILR*, 1997, 378 ss., in specie 387 s.

¹⁰⁹ Reperibile online all'indirizzo www.effectivepeacekeeping.org (par.1.1).

¹¹⁰ VILLANI, *La politica*, cit., 86 s.

guenza, a garanzia dei principi normativi implicitamente o espressamente richiamati in quegli stessi atti.

Certo, pur richiamando il capitolo VII, il Consiglio si è rivolto talvolta alle organizzazioni regionali. Ora, visto il tenore delle risoluzioni, è legittimo pensare che, seguendo un siffatto orientamento, il Consiglio richiami lo spirito complessivo del sistema di sicurezza collettiva di cui, come affermato da quell'organo e si è già avuto modo di ricordare, il capitolo VIII, è parte integrante¹¹¹. Soprattutto, l'indicazione del capitolo VII induce a scartare l'idea che il Consiglio si rivolga alle organizzazioni regionali, quali entità cui delegare un'azione (*ex art. 53 della Carta*). Ciò posto, e dato altresì che, ai sensi dell'art. 48 della Carta, le decisioni del Consiglio di Sicurezza sono eseguite dagli Stati membri «direttamente o mediante la loro azione nelle organizzazioni internazionali competenti di cui siano membri», è prospettabile che nelle delibere in esame, il CS abbia avuto riguardo alle organizzazioni regionali pertinenti in quanto entità strumentalmente idonee a coordinare, così potenziando, le forze e le attività dei suoi Stati membri, impegnati *ex capitolo VII* per la componente militare dell'operazione¹¹².

Con tale costruzione non contrasta la circostanza che il Consiglio, pur richiamando il capitolo VII, talvolta (come nel caso dell'EUFOR Ciad/RCA) non si sia rivolto agli Stati membri ma all'(UE) organizzazione regionale; e ciò a differenza dell'orientamento seguito in altre occasioni¹¹³. Quella circostanza può spiegarsi in considerazione dell'esigenza, politico-diplomatica¹¹⁴, che l'operazione autorizzata –

¹¹¹ V. *supra*, par. 1.

¹¹² Cfr. le considerazioni generali relative all'art. 48 di VILLANI, *Les rapports*, cit., 269 ss. Degna di nota in argomento la seguente osservazione del Segretario Generale: «[...] the Security Council could consider: [...] Discussing how to make a distinction between regional organizations for Chapter VIII activities and all other regional organizations' activities, and developing a structure for identifying regional security mechanisms either by membership, focal area and/or mandate» («Report of the Secretary-General on the relationship between the United Nations and regional organizations, in particular the African Union, in the maintenance of international peace and security», UN Doc. S/2008/186, par. 71, lett. d).

¹¹³ Così nella risoluzione 1484, sulla base della quale è stata adottata l'azione comune 2003/423/PESC (del 5 maggio 2003), per la creazione dell'operazione *Artemis* a Bunia, avviata con decisione 2003/432/PESC (del 12 giugno dello stesso anno). Dal momento che l'autorizzazione era rivolta formalmente agli Stati membri partecipanti alla Forza, non all'UE, è stato possibile sostenere l'inquadramento dell'autorizzazione nell'art. 48 (capitolo VII): v. variamente VILLANI, *La politica*, cit., 86 s. (per tale autore v. pure testo e nota che precede); NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione Europea*, Padova, 2005, 378 ss. (per la costruzione riferita); ABASS, *Extraterritorial*, cit., 134 ss.

¹¹⁴ Cfr., in quest'ordine di idee, con riferimento all'*Artemis*, VILLANI, *La politica*, cit., 86 s.

potendo essere definita dell'UE – non fosse intesa come operazione dello (riportata allo) Stato membro (o Stati membri) più interessato (interessati) alla previsione e composizione della missione (Stato, si noti, già presente in Ciad con proprie truppe sulla base di un accordo di cooperazione militare con il Paese ospite). D'altro canto, quell'indicazione denota la volontà del Consiglio di controllare continuamente la situazione¹¹⁵; infine rende possibile il dispiegamento di un'operazione con la partecipazione, anche operativa, di Stati diversi da quelli membri dell'(UE) organizzazione regionale (nel modo già accaduto in altre esperienze)¹¹⁶.

Soprattutto, come poc'anzi accennato, il riferimento al capitolo VII è indicativo della serietà della situazione. Pertanto, le delibere di cui si tratta vanno intese alla luce non solo del loro contenuto complessivo ma altresì del pertinente contesto operativo; su queste basi è possibile comprendere *di volta in volta* gli effetti della loro adozione¹¹⁷. In altri termini, quel riferimento dovrebbe indurre a concentrare l'attenzione non solo sulle autorizzazioni all'uso della forza reso possibile dalle stesse, bensì sulle ragioni di tali autorizzazioni; sulle norme di diritto internazionale che vengono in gioco nel contesto di cui si tratta¹¹⁸; sul ruolo assunto dalle NU nei rapporti con siffatte operazioni, caratterizzate dalla forte presenza di Stati membri (ad esempio, la Nigeria, nell'operazione dell'ECOWAS in Sierra Leone; la Francia rispetto all'*Artemis* in Congo, e all'EUFOR Ciad/RCA) o terzi rispetto all'organizzazione regionale (ad esempio gli USA rispetto all'operazione dell'ECOWAS in Liberia, seconda fase; l'iniziale ampia presenza francese nell'operazione in Costa d'Avorio)¹¹⁹; in definitiva sulle ragioni delle autorizzazioni in funzione dei contesti operativi.

6. Questi ultimi possono essere ripartiti come segue.

a) I contesti di gravi violazioni dei diritti umani. È possibile notare anzitutto, in specie nel continente africano, l'esistenza di situazioni – più facilmente gestibili con immediatezza dalle organizzazioni re-

¹¹⁵ V. il par. 37 del rapporto del Segretario Generale in UN Doc. S/2001/394.

¹¹⁶ V. UN Doc. S/2008/215, cit., 37; inoltre la decisione Ciad 1/2008 del Comitato politico e di sicurezza (13 febbraio 2008), sull'accettazione dei contributi degli Stati terzi (l'Albania) all'EUFOR.

¹¹⁷ Per il metodo seguito v. PICONE, *Le autorizzazioni*, cit, 36 ss.

¹¹⁸ Degna di nota, in tal senso, la risoluzione 1327, parte seconda.

¹¹⁹ Cfr., tra gli altri, GAZZINI, *op. cit.*, 64 ss.; MAJINGE, *Regional Arrangements*, cit., 114 ss. Anche con riferimento alle esperienze della SADC, v. LEVITT, *Pro-democratic Intervention*, cit.

gionali insieme agli Stati¹²⁰ – nelle quali le autorizzazioni all'uso della forza, nei termini a suo tempo indicati, sono ricorrenti in presenza di (e in reazione a) gravi violazioni di valori particolarmente sentiti nella Comunità internazionale, qualificate dal Consiglio come minaccia o violazione della pace¹²¹: si pensi alla riferita ripetuta destinazione delle autorizzazioni all'uso della forza a protezione della vita dei civili in aree operative caratterizzate da conflitti armati, emergenze umanitarie e violazioni di un nucleo di diritti fondamentali dell'individuo.

La circostanza che anche le operazioni delle NU siano state autorizzate ad azioni coercitive in tal senso mostra che il Consiglio ha dato luogo a una “practice”¹²² consistente, per l'appunto, nell'utilizzare, ove possibile, il sistema del *peace-keeping* allo scopo indicato.

b) I contesti di processi di riconciliazione nazionale. Può notarsi altresì l'inserimento delle operazioni – ancorché su base consensuale, talvolta, di dubbia portata – nella gestione di processi di riconciliazione nazionale, qui sinteticamente richiamati, aventi a proprio fondamento elezioni, già celebrate o da svolgere, ispirate ai principi occidentali di democrazia liberale¹²³. In atti delle organizzazioni regionali competenti quei principi sono rappresentati frequentemente come fattore di stabilità interna, che si intende garantire con le operazioni¹²⁴: pertanto, come si desume dalle esperienze in Liberia, in Sierra Leone, in Mali e, a suo tempo, ad Haiti, le attività operative si svolgono essenzialmente a favore del regime o autorità esistenti e per evitare o contro mutamenti costituzionali violenti, così garantendo quei principi¹²⁵.

In quanto garantiti dalle operazioni con le caratteristiche indicate, quegli stessi principi, oltre a svolgere un ruolo riformistico interno¹²⁶,

¹²⁰ Tra le altre v. la risoluzione 1625 del 14 settembre 2005 e la risoluzione istitutiva dell'EUFOR Ciad/RCA (*supra*, nota 32); inoltre i rapporti in UN Doc. 58/694, par. 84; UN Doc. A/59/591; UN Doc. A/60/19, par. 148; e le dichiarazioni in S/PV.5649.

¹²¹ Indicazioni nel par. che precede e cfr. PICONE, *Il peace-keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *RDI*, 1996, 5 ss., in specie 26 ss.; ID., *Le autorizzazioni*, cit., 40 ss.

¹²² L'espressione è tratta dalla risoluzione 1674 del 28 aprile 2006, par. 16.

¹²³ PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 43 ss.

¹²⁴ Il riferimento è a quelle africane: indicazioni in LEVITT, *Pro-democratic Intervention*, cit., 790 ss.

¹²⁵ *Ibidem*, anche per l'atteggiamento tenuto dal Comitato sulle credenziali dell'Assemblea Generale, in sede di accreditamento dei rappresentanti liberiano e della Sierra Leone, rifiutando le credenziali dei rappresentanti dei governi di Taylor e Koromo, ancorché controllassero effettivamente buona parte dei territori, rispettivamente, dei due Stati. Per l'operazione in Mali v. *supra*, nota 92.

¹²⁶ CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., 187 ss., testo e bibliografia richiamata.

vengono a essere percepiti come fattore di sicurezza internazionale nelle pertinenti aree geo-politiche operative. Quanto precede, beninteso, non esclude affatto che in siffatti contesti possano crearsi situazioni di confusione con contesti precedentemente considerati¹²⁷.

Non potrebbero essere riportati ai contesti di cui si tratta gli svolgimenti che hanno riguardato la Libia sulla base della risoluzione 1973. Con la stessa il Consiglio, «Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations [...] 4. Authorizes Member States that have notified the Secretary-General, acting nationally or through regional organizations or arrangements, and acting in cooperation with the Secretary-General, to take all necessary measures, [...] to protect civilians [...]». Inoltre (par. 5) «[...] bearing in mind Chapter VIII of the Charter of the United Nations, requests the Member States of the League of Arab States to cooperate with other Member States in the implementation of paragraph 4» e «[...] 8. Authorizes Member States that have notified the Secretary-General and the Secretary-General of the League of Arab States, acting nationally or through regional organizations or arrangements, to take all necessary measures to enforce compliance with the ban on flights imposed [...]».

Si tratta, anzitutto, di una risoluzione, con obiettivi non precisi e quindi di incerta interpretazione. Inoltre, si ha riguardo a una situazione, non compiutamente documentata che, in effetti, «*may amount to crimes against humanity*»¹²⁸ (preambolo, par. 7; corsivi aggiunti): secondo la costruzione che a noi pare di dover preferire si trattava di una situazione di guerra civile¹²⁹. In secondo luogo, non potrebbe pensarsi a un'operazione a favore dell'affermazione di principi democratici. Invero, l'operazione in Libia, non era inserita in un processo di riconciliazione nazionale; essa ha favorito bensì un vero e proprio cambiamento di regime a favore di entità prive di “fondamento democratico”¹³⁰. In effetti non si è trattato di una operazione a sostegno del governo esistente volta a incidere sui risultati di processi di pacificazione: sebbene il mandato non fosse limpidamente la rimozione del Presidente Gheddafi, dalle posizioni degli Stati che hanno sostenuto

¹²⁷ Per un esempio di collegamento tra il contesto ora considerato e quello precedentemente indicato, v. quanto emerge dalle risoluzioni 2071 e 2085 sul Mali, nonché il rapporto del Segretario Generale in UN Doc. S/2012/894.

¹²⁸ PICONE, *Considerazioni*, cit., 217 s.

¹²⁹ PICONE, *Considerazioni*, cit., 220 s.; VILLANI, *L'intervento militare in Libia: responsibility to protect... o responsabilità per aggressione?*, in *I diritti dell'Uomo, Cronache e battaglie*, 2011, 53 ss., in specie 55 s.

¹³⁰ VILLANI, *L'intervento*, cit., 57.

l'operazione risulta che quell'eliminazione era considerata necessaria per il futuro della Libia, così determinando un mutamento di regime¹³¹.

Nei casi precedentemente considerati è rilevabile un ruolo “dirigistico”¹³² del Consiglio rispetto alle operazioni delle (e/o degli Stati nel quadro delle) organizzazioni regionali, talvolta non previamente autorizzate dal Consiglio ma da questo “registrate” e “sostenute” dopo la loro creazione.

Siffatto ruolo risulta da indicazioni di carattere generale¹³³, nonché dall'orientamento concretamente seguito dal Consiglio¹³⁴. In proposito, può ricordarsi, ad esempio, che, avendo riguardo all'EUFOR in Congo, il Consiglio ha autorizzato la Forza ad azioni coercitive *ex* capitolo VII e ha delineato il concetto stesso di operazione¹³⁵. Con la risoluzione 1721, del 1° novembre 2006, il Consiglio di Sicurezza ha fatto proprie alcune decisioni del Consiglio dell'UA riferite alla situazione in Costa d'Avorio: in tal modo – ci sembra – il Consiglio ha esteso a quelle decisioni la più ampia portata normativa delle proprie delibere e ha affermato, ancorché implicitamente, la propria primazia rispetto all'altro Consiglio, in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (in Africa). Ancora, nella risoluzione 1744, sull'AMISOM, nella parte concernente il ricorso all'uso della

¹³¹ Sulla risoluzione v., ancorché variamente, PICONE, *Considerazioni*, cit., 213 ss.; VILLANI, *L'intervento cit.*, 53 ss.; per quanto osservato nel testo e le dichiarazioni richiamate, v. PAYANDEH, *The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, 353 ss. Degna di nota in argomento la seguente posizione dell'UA: «Aussi, le Président sud-africain a-t-il rappelé que l'Union africaine avait élaboré une feuille de route politique pour la Libye “qui a été complètement ignorée à la faveur des bombardements de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN)”, dont les conséquences, a-t-il dit, se ressentent maintenant au niveau régional» (dichiarazione del Presidente Zuma del 12 gennaio 2012, in occasione della 6702ª seduta del Consiglio di Sicurezza).

¹³² Cfr. in generale VILLANI, *I rapporti*, cit., 82 s.; inoltre, ID., *The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations*, in *Max Planck YUNL*, 2002, 535 ss.

¹³³ V. le risoluzioni 1631 del 17 ottobre 2005; 1625 del 14 settembre 2005; v. pure S/PV. 5649, par. 3; ancora il par. 3 del preambolo della risoluzione 1809 («Recalling its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and recognizing that cooperation with regional and subregional organizations in matters relating to the maintenance of peace and security and consistent with Chapter VIII of the Charter of the United Nations, can improve collective security»).

¹³⁴ Ad esempio, per la crisi in Burundi, v. la risoluzione 1049 del 5 marzo 1996; per il Darfur, già la risoluzione 1556; per la Bosnia, le risoluzioni 1575 e 1639.

¹³⁵ V. la risoluzione 1671 del 25 aprile 2006.

forza, il Consiglio non si è attenuto strettamente al mandato del Consiglio africano¹³⁶.

Il ruolo direttivo appare evidente anche ove il Consiglio approvi o sostenga *ex capitolo VII* gli accordi conclusi dalle parti confliggenti: quegli accordi, dunque, sono sostenuti da una risoluzione con quel fondamento¹³⁷. Quello stesso ruolo risulta anche da altre indicazioni: nella risoluzione 2036, il Consiglio, facendo riferimento al concetto di operazione del Consiglio dell'UA, lo ha fatto proprio e poi ha autorizzato *ex capitolo VII* l'ampliamento del mandato dell'AMISOM. Con la risoluzione 2072 del 31 ottobre 2012, il Consiglio «*Decides on an exceptional basis and owing to the unique character of the mission to extend the United Nations logistical support package for AMISOM [...]; 3. Requests the Secretary-General to continue to provide technical, management and expert advice to the African Union in the planning and deployment of AMISOM*» e «*Requests the Secretary-General to continue to provide a logistical support package for AMISOM*» (paragrafi 2, 3, 4). Nello stesso senso, si può ricordare il riferito contenuto della risoluzione 2085¹³⁸.

Espressione di quella primazia – del tutto evidente nella transizione alle azioni del Consiglio successive a quelle delle organizzazioni regionali¹³⁹ – è altresì la manifestazione della volontà di controllare gli

¹³⁶ V. la Dichiarazione dell'UA richiamata nel preambolo della risoluzione del 20 febbraio 2007, nella quale il Consiglio non rivolgendosi all'organizzazione regionale, ma agli Stati membri della stessa, ha deciso «to establish for a period of six months a mission in Somalia, which shall be authorized to take all necessary measures as appropriate to carry out» il mandato successivamente indicato; in particolare «To contribute, as may be requested and within capabilities, to the creation of the necessary security conditions for the provision of humanitarian assistance; (e) To protect its personnel, facilities, installations, equipment and mission, and to ensure the security and freedom of movement of its personnel».

¹³⁷ Così la risoluzione 1795 del 15 gennaio 2008 relativa alla Costa d'Avorio, par. 1 s. V. pure ampiamente il preambolo della risoluzione 2085 e *supra*, par. 4, testo e note richiamate.

¹³⁸ V. *supra*, par. 1.

¹³⁹ V. la risoluzione 1609 del 24 giugno 2005 sulla Costa d'Avorio. In effetti spesso alle organizzazioni regionali spetta l'avvio operativo per la formazione delle condizioni idonee alle attività che saranno svolte successivamente dalle NU (v. gli scritti in CHETAIL (ed.), *Post-Conflict Peacebuilding: A Lexicon*, Oxford-New York, 2009), a mezzo di proprie operazioni che sostituiscono le missioni delle organizzazioni talvolta assorbendole (in Burundi; in Costa d'Avorio, come già previsto dagli Accordi di pace; in Liberia; in Sierra Leone; in Congo, nei rapporti con l'UE). La qual cosa denota, in quegli stessi casi, il ruolo complementare delle organizzazioni regionali rispetto alle NU in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (v. UN Doc. A/58/694; UN Doc. A/60/19, par. 148 ss. e la risoluzione 1631). Rispetto a quanto osservato nel testo può ricordarsi altresì che l'EUFOR Ciad/RCA è stata delineata dal Consiglio di Sicurezza quale componente di un'operazione di carattere umanitario per un'esigenza e su mandato delle NU; l'EUFOR cioè viene a caratterizzarsi come parte di un'attività più ampia di cui il Consiglio di Sicurezza è titolare ai sensi dell'art. 24 del-

svolgimenti operativi: questa può risultare da direttive sugli aspetti finanziari¹⁴⁰, dalla richiesta di regolari rapporti agli organi competenti¹⁴¹ o, implicitamente, dall'adozione di dichiarazioni e delibere aventi ad oggetto le operazioni¹⁴².

D'altro canto, in presenza di misure non implicanti l'uso della forza già decise dal Consiglio di Sicurezza, solo questo può escluderne l'applicazione a favore delle azioni delle organizzazioni regionali¹⁴³.

L'orientamento in parola, sebbene manifestatosi anche rispetto a missioni non previamente autorizzate dal Consiglio di Sicurezza, mostra che il medesimo considera le operazioni delle organizzazioni regionali parte di un'attività più complessiva di cui esso, in effetti, è titolare ai sensi dell'art. 24 della Carta, con l'assunzione di compiti previsti da atti (delle organizzazioni regionali; o dagli accordi di pace) richiamati nelle risoluzioni pertinenti e aggiuntivi rispetto alla Carta.

Su queste basi, seguendo quanto efficacemente osservato con riguardo ad altre situazioni, le attività delle organizzazioni regionali vengono a manifestarsi come "segmento" di un'attività più complessiva gestita dal Consiglio di Sicurezza¹⁴⁴.

c) Situazioni di amministrazione territoriale. Si hanno poi esperienze operative, da tener distinte da quelle testé considerate, nelle quali le organizzazioni regionali agiscono insieme agli Stati e alle NU nell'ambito di contesti generali di amministrazione territoriale¹⁴⁵.

Sinteticamente, può ricordarsi che la risoluzione 1244 del 10 giugno 1999 ha autorizzato, senza termini (par. 9), il dislocamento della

la Carta ed è riconducibile al c.d. "bridging model" operativo, in previsione di un'altra missione.

¹⁴⁰ Risoluzione 2010 del 30 settembre 2011, par. 10, sulla base del capitolo VII.

¹⁴¹ V. la risoluzione 1484, par. 9, con riferimento all'attività a Bunia; inoltre *supra*, par. 2, testo e nota 17 s.

¹⁴² V. ad esempio la dichiarazione del Presidente del Consiglio di Sicurezza, in S/PRST/2011/21: «The Security Council commends the AU's enhanced engagement on this issue through its regional cooperation initiative for the elimination of the LRA, and its efforts to establish a Regional Intervention Force, a Joint Operations Centre and a Joint Coordination Mechanism [...]. The Council notes at the same time the important role being played by UN missions in the region, particularly through the adoption of protection measures such as community liaison, and stresses the need for them to play a major role in the coordination amongst all those engaged in addressing the threat posed by the LRA [...]».

¹⁴³ V. la richiesta in tal senso del Consiglio dell'UA (PS/PR/Comm (LXII), con riferimento alla situazione in Somalia.

¹⁴⁴ PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 33 ss.

¹⁴⁵ Per tale impostazione PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 45 ss. Per una panoramica delle esperienze in parola, v. INGRAVALLO, *Amministrazione internazionale di territori*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, 2011, 58 ss.

KFOR, facente capo sostanzialmente alla NATO, quale operazione militare per la gestione del processo di pace in Kosovo, in *co-deployment*, cioè, con l'UNMIK – l'operazione politico-civile delle NU – e a garanzia di questa. La risoluzione indicata mostra una visione unitaria da parte del Consiglio di quel processo (par. 6); ciò ha riscontro nella richiesta al Segretario generale di rapporti periodici aventi ad oggetto le attività di *entrambi* le componenti operative (par. 20). Siffatta visione unitaria e la funzione di garanzia della KFOR non escludono il ruolo strutturale e autonomo dell'UNMIK nell'esercizio dei poteri di amministrazione territoriale, sulla base del pertinente Accordo di pace e delle numerose delibere del Consiglio di Sicurezza¹⁴⁶.

All'operazione della KFOR non è assimilabile la presenza operativa della NATO in Afghanistan, a seguito del noto intervento unilaterale delle forze statunitensi e britanniche (*Enduring Freedom*, con sostegno di varia natura di altri Stati) non autorizzato dal Consiglio di Sicurezza: a differenza della KFOR – anch'essa, come pure è noto, successiva a un intervento militare (della NATO medesima) non autorizzato dal Consiglio –, l'ISAF non è stata configurata sin dall'inizio come Forza caratterizzata dalla prevalente presenza di contingenti del-

¹⁴⁶ Nel senso indicato è degna di nota l'attività dell'UNMIK; qui è sufficiente ricordare che, con un proprio regolamento (2000/47), l'UNMIK ha stabilito i privilegi e le immunità della KFOR; e che quel ruolo è stato esercitato dall'UE, operativa nell'UNMIK, a mezzo del rappresentante del Regno Unito (*meeting* del Consiglio di Sicurezza, del 17 ottobre 2005 su «Cooperation between UN and Regional Organisations in Maintaining International Peace»). D'altro canto, la visione operativa unitaria – con un assorbimento delle attività delle organizzazioni regionali nel processo complessivamente delineato dal Consiglio – può ritenersi confermata dal tenore dell'azione comune del Consiglio 2008/124/PESC del 4 febbraio 2008 (sulla Missione EULEX in Kosovo), il cui fondamento è stato rinvenuto nella risoluzione 1244, sia dal Segretario Generale che dall'Unione; siffatta costruzione che delinea quella risoluzione come autorizzazione in bianco è stata criticata in dottrina, ma sembra trovare una conferma nel sostegno dato alla Missione dallo stesso Consiglio di Sicurezza: cfr. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, 283 s.

Dati gli ampi poteri attribuiti alle due componenti del processo di pace in Kosovo (JAKOBSEN, *Military Force and Public Security Challenges*, in PUGH, SIDHU (eds.), *The United Nations and Regional Security*, London, 2003, 137 ss.; MARSHALL, *Reviving The Judicial and Penal System in Kosovo*, ivi, 155 ss.; HANSEN, *Strengthening Indigenous Police Capacity and the Rule of Law in the Balkans*, ivi, 175 ss.), il contenuto del medesimo si differenzia nettamente dall'attività di amministrazione (ad esempio in Slavonia orientale: *supra*, nota 86) delle *peace-keeping operations* multifunzionali assistite esternamente ma occasionalmente da contingenti di organizzazioni regionali, ancorché da un punto di vista formale entrambi le esperienze siano riportabili ad accordi di pace. In particolare, a differenza dell'UNMIK, quelle operazioni non hanno svolto una vera e propria attività di amministrazione territoriale diretta: si è avuta bensì la partecipazione – temporalmente ben definita – degli organi delle stesse all'amministrazione dei territori a mezzo della mediazione tra le parti degli accordi di pace, nell'ambito di strutture organizzative previste da questi (CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., 97 ss.); e quindi a mezzo di una forma di interposizione tra quelle stesse parti.

la NATO¹⁴⁷; come Forza facente capo a detta Organizzazione. Si noti che, nei suoi svolgimenti (dal 4 febbraio 2007), la *leadership* dell'ISAF è stata assunta da un Comando “composite”, formato da personale proveniente dai quartieri generali della NATO, nonché da personale degli Stati membri di tale Organizzazione e di altri Stati che contribuiscono all'operazione.

D'altro canto, i poteri dell'UNMIK non trovano riscontro nell'UNAMA, Missione – si noti – creata successivamente all'ISAF, con compiti di coordinamento di alcune attività di carattere civile delle NU¹⁴⁸. È una missione certamente più modesta rispetto a quella delle NU attiva in Kosovo: la risoluzione 1806 del 20 marzo 2008 (e le altre dalla stessa richiamate), ad esempio, è significativa (sono significative) del limitato ruolo civile di coordinamento dell'UNAMA.

Non v'è dubbio dunque che nelle relazioni tra le due operazioni in Afghanistan, invero tenute tra loro ben distinte, sia nettamente prevalente la posizione di quella militare, dovendo tenersi conto al riguardo anche della continua presenza in Afghanistan dei contingenti di *Enduring Freedom*.

In conclusione, considerati altresì i rapporti poco chiari con quest'ultima operazione¹⁴⁹, l'ISAF – il cui mandato iniziale è stato potenziato con la risoluzione 1510 del 13 ottobre 2003 – non può essere accostata a nessuna delle Forze precedentemente considerate che hanno visto l'impegno operativo di organizzazioni regionali e in particolare della NATO. Nel suo complesso l'ISAF si è venuta a delineare come Forza multinazionale che, con la crescente partecipazione di contingenti della NATO, ha multilateralizzato, su mandato del Consiglio di Sicurezza, la presenza militare straniera in Afghanistan, con attività ricollegabili al c.d. Accordo di Bonn¹⁵⁰: e ciò sia allo scopo di risolvere i problemi finanziari cui non potevano far fronte le forze di occupazione già presenti in Afghanistan; sia per porre le basi per il futuro perseguimento degli scopi indicati dal Consiglio di Sicurezza nelle risoluzioni successive all'intervento unilaterale *Enduring Freedom*¹⁵¹.

¹⁴⁷ V. la risoluzione 1386.

¹⁴⁸ Istituita con risoluzione 1401 del 28 marzo 2001. Sugli svolgimenti più recenti dell'UNAMA, v. la risoluzione 2041 del 22 marzo 2012, che richiama altre risoluzioni sulla stessa Missione.

¹⁴⁹ PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 59 s.

¹⁵⁰ *Supra*, nota 90.

¹⁵¹ PICONE, *Le autorizzazioni*, cit., 61.

7. L'art. 53, par. 1, subordina lo svolgimento delle azioni coercitive progettate dalle organizzazioni regionali all'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza: in altri termini, questo verifica la sussistenza delle condizioni per tale autorizzazione e può controllare gli svolgimenti delle azioni da esso stesso autorizzate, nell'esercizio della sua responsabilità principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale¹⁵². Sul consenso del Consiglio di Sicurezza all'operazione dell'organizzazione regionale e sul momento della sua manifestazione possono incidere diversi fattori.

Può accadere che il Consiglio di Sicurezza, non utilizzando le espressioni dell'art. 53, chieda o esorti un'attività, così volendo ottenere una decisione favorevole alla stessa¹⁵³. Altre volte si ha un'autorizzazione vera e propria¹⁵⁴. Può aversi altresì una iniziativa dell'organizzazione regionale che richieda l'autorizzazione del Consiglio al dislocamento di una forza; la qual cosa può accadere anche dopo l'adozione dell'atto con cui la stessa organizzazione abbia assunto la decisione di operare: successivamente, cioè, si ha l'autorizzazione del Consiglio al dislocamento delle forze¹⁵⁵.

¹⁵² RESS, BRÖHMER, *Article 53*, in SIMMA et al. (eds.), *op. cit.*, 1403 ss. in specie 1426 ss.

¹⁵³ V. la risoluzione 770 del 13 agosto 1992, in specie il par. 2; la risoluzione 1872 del 23 luglio 2009, par. 8 (il Consiglio, «acting under Chapter VII [...] Urges Member States, regional and international organizations to contribute generously to the United Nations Trust Fund for the Somali security institutions, and to offer technical assistance for the training and equipping of the Somali security forces, consistent with paragraphs 11 (b) and 12 of resolution 1772»; l'UE ha risposto alla sollecitazione del Consiglio con la creazione dell'EUTM-Somalia, creata con la decisione 2010/96/PESC); la risoluzione 1976 dell'11 aprile 2011, par. 10 del preambolo e par. 8; il par. 20 della risoluzione 2062 del 26 luglio 2012.

¹⁵⁴ V. la risoluzione 816 del 31 marzo 1993, par. 4 (il Consiglio «Authorizes Member States, seven days after the adoption of this resolution, acting nationally or through regional organizations or arrangements[...]»), nonché la citata risoluzione 1778, par. 6, lett. a) (il Consiglio «Authorizes the European Union to deploy ... an operation»).

¹⁵⁵ V. la risoluzione 1464, par. 9; la risoluzione 1744 del 20 febbraio 2007 («Taking note of the communiqué of the African Union Peace and Security Council of 19 January 2007, which states that the African Union shall deploy for a period of six months a mission to Somalia (AMISOM), aimed essentially at evolve into a United Nations operation that will support the long-term stabilization and post-conflict restoration of Somalia... Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations [...] 4. Decides to authorize member States of the African Union to establish for a period of six months a mission in Somalia, which shall be authorized to take all necessary measures as appropriate to carry out the following mandate [...]»); infine, nella risoluzione 2071, sono presenti due delle situazioni descritte nel testo: per un verso il Consiglio, «Acting under Chapter VII [...] 7. Requests the Secretary-General to immediately provide military and security planners to assist ECOWAS and the African Union» su richiesta della prima (v. *supra*, nota 67); per altro verso, lo stesso organo «9. Calls upon, [...] the African Union and the European Union, to provide as soon as possible coordinated assistance, expertise, training and capacity-building support [...]».

D'altro canto, l'assenza di comunicazione politica o di convergenza di analisi politiche su una data situazione, nei rapporti con le organizzazioni regionali, possono essere fattore di ritardo in una presa di posizione del Consiglio di Sicurezza favorevole all'operazione dell'organizzazione regionale¹⁵⁶.

Si consideri altresì la possibilità che un'operazione, in origine riportabile al modello c.d. tradizionale, assuma (o sviluppi) poteri coercitivi dopo il suo dislocamento: come è facile scorgere, in siffatta ipotesi l'autorizzazione del Consiglio non potrebbe che essere successiva alla creazione dell'operazione.

Ora, nel noto «Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A more secure world: our shared responsibility», si legge che in situazioni urgenti l'autorizzazione «may be sought» dopo che l'operazione «have commenced»¹⁵⁷. Siffatta affermazione presuppone l'ammissibilità di una "autorizzazione successiva" al dislocamento della forza dell'organizzazione regionale. In effetti, si sono avuti casi in cui il Consiglio, pur non avendo previamente autorizzato l'operazione, si sia felicitato con l'organizzazione regionale ovvero abbia salutato o registrato l'iniziativa dell'organizzazione.

Pertanto, dato quanto disposto dall'art 53, par. 1, seconda frase, può porsi il problema dell'ammissibilità e significato da riconoscere a atti del Consiglio con i quali lo stesso assuma una chiara posizione favorevole all'operazione già avviata dall'organizzazione regionale.

Ora, a noi pare anzitutto che il carattere empirico delle operazioni consenta di interpretare con flessibilità il concetto di "autorizzazione", nel senso che questa, al di là della sua enunciazione letterale, possa essere intesa come consenso del Consiglio all'operazione.

Beninteso, non si intende sostenere *tout court* l'ammissibilità delle c.d. autorizzazioni successive: data la *ratio* dell'art. 53 poc'anzi riferita, l'atto con cui il Consiglio manifesti il proprio consenso a un'operazione già avviata, senza previa autorizzazione, si pone come eccezione rispetto alla regola, sicché è *strisctissimae interpretationis*.

¹⁵⁶ In tal senso depongono i seguenti svolgimenti del Segretario Generale, in UN Doc. S/2001/805, par. 34: «Experience from the partnerships in Darfur and Somalia illustrates the importance of harmonizing policy at the mandating and authorization phase so that planning and resourcing are commensurate to the task envisioned. For example, the initiative but nevertheless needed to obtain consent to deploy a United Nations peacekeeping operation in Darfur and therefore did not authorize support to AMIS until 2006. This time lag and post-deployment planning, among other things, lead to considerable capacity gaps and operational difficulties for AMIS».

¹⁵⁷ UN Doc. A/59/565, par. 272; v. RESS, BRÖMER, *op. loc. cit.*

Da notare in proposito che non mancano esempi di casi in cui gli organi delle NU abbiano posto in essere attività dalle quali sia possibile desumere, ci sembra, la disponibilità attuale della stessa Organizzazione all'operazione di una organizzazione regionale, pur in assenza di previa autorizzazione del Consiglio. Si pensi ai negoziati del Segretario Generale per la conclusione di accordi relativi al trattamento delle forze delle NU che sostituiranno o assorbiranno quelle già operative delle organizzazioni regionali; o a manifestazioni di volontà volte a impegnarsi concretamente nel contesto operativo¹⁵⁸. Siffatte attività si inseriscono nel procedimento di formazione del consenso (successivo) del Consiglio a quelle operazioni.

Sulla base dei rilievi svolti e di quanto osservato a proposito del controllo del Consiglio di Sicurezza sulle operazioni, può ritenersi l'ammissibilità del consenso del Consiglio a una operazione già iniziata, purché si tratti di manifestazione inequivocabile di volontà in tal senso; e a condizione che questa abbia a proprio oggetto un'operazione attualmente in corso e con obiettivi chiari. In altri termini, deve trattarsi di un'attività, esterna al Consiglio, suscettibile di essere riportata al sistema della Carta, sottoponendola al controllo del medesimo Consiglio nell'esercizio delle proprie competenze per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale: deve trattarsi di azioni (in atto) che il Consiglio possa recuperare al proprio sistema. Pertanto, non è possibile condividere l'opinione, variamente sostenuta in dottrina, che ricollega ad alcune risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza, a conclusione dell'intervento unilaterale della NATO in Kosovo, l'effetto di legittimazione/approvazione del medesimo intervento, ancorché non autorizzato e controllato dal Consiglio¹⁵⁹.

D'altro canto, l'art. 53 non pone precisi requisiti formali per l'atto con cui il Consiglio autorizzi l'organizzazione regionale: su queste basi è legittimo sostenere, l'ammissibilità, nei limiti indicati, di atti con cui il Consiglio "approvi l'operazione" (raramente), (soprattutto) "saluti", "registri" o "si felicitì" dell'attività operativa riportabile a una organizzazione regionale. Invero nelle situazioni considerate il Consiglio prende atto, comprende, tollera quanto (già) accaduto e accerta l'esistenza attuale dei presupposti dell'operazione nel contesto di cui

¹⁵⁸ Ad esempio, come rileva PEYRÓ LLOPIS, *op. cit.*, 338 ss., con riferimento alla protezione della Missione in Sierra Leone.

¹⁵⁹ Cfr. gli svolgimenti critici di STARACE *L'azione militare della NATO contro la Jugoslavia secondo il diritto internazionale*, in *Filosofia dei diritti umani*, 1999, 36 ss.; PICONE, *La «guerra del kosovo»*, cit., 350 ss.; VILLANI, *The Security Council's Authorization*, cit., 545 ss.

si tratta, così inserendola o, se si preferisce, riportandola al sistema complessivo della Carta¹⁶⁰. In ciò può ravvisarsi un comportamento unilaterale del Consiglio di Sicurezza incompatibile con la volontà dello stesso Consiglio di rilevare l'illegittimità dell'operazione cui si ha riguardo: un siffatto comportamento si presta a essere interpretato, da parte dell'organizzazione regionale pertinente e dei suoi Stati membri, come consenso del Consiglio all'operazione¹⁶¹.

In siffatte situazioni non può parlarsi di applicazione letterale dell'art. 53; ma ciò non esclude che, alle condizioni indicate, l'operazione sia riportabile al sistema complessivo della Carta.

ABSTRACT

The Activity of Peace Keeping in the Relations between the United Nations and Regional Organizations

The development of relations between UN and regional organizations in the maintenance of peace (including the management of conflicts with destabilizing effects for the States concerned) has been favored by the absence of a predetermined notion of 'regional organization' in Chap. VIII of the UN Charter. These entities have gradually assumed duties in relation to the maintenance of peace and international security. In view of the application of Chap. VIII, account should be taken of the treaties upon which regional organizations are founded. Among these treaties, there is the founding document of the African Union, complemented by the Protocol setting up AU Council. This is given the power to authorize peace-keeping operations, which are kept distinct from any intervention on behalf of the Union. The rules in question cannot be interpreted in isolation, they must be interpreted and applied by the States operating within the AU and its Council in accordance with the combined provisions of Articles 2, par. 4, 24, and 53 of the UN Charter. The view that recognizes the autonomy of the AU Council from the UN Security Council is not reflected in practice. The emerging partnership with UN appears to be characterized by a dependence of the regional organization on the resources provided by the UN, as well as by other regional organizations (such as the EU and NATO) and Western States. The Security Council has rarely invoked Chap. VIII, and has recurrently acted on the basis of Chap. VII. The reference to Chap. VII is indicative of the seriousness of

¹⁶⁰ Ancorché con riferimento a situazioni diverse, v. PICONE, *Considerazioni*, cit., 216 ss.

¹⁶¹ In argomento v. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, 288; con indicazioni (in nota 629) sul valore da riconoscere a un consenso successivo rispetto al momento in cui debba essere reso, PEYRÓ LLOPIS, *op. cit.*, 344 ss.; CONFORTI, FOCARELLI, *op. cit.*, 347.

the situation: the resolutions of the Security Council are to be understood in the light not only of their contents but also of the relevant operational context. On this basis it is possible to understand what the effects of their adoption in any specific case may be. This should lead us to focus on the reasons for authorization in the operational environment. One can pose the question of the admissibility and significance of the acts in which the Security Council takes a clear position in favor of the operation already initiated by the regional organization, without its previous authorization. In these situations, the Security Council acknowledges, understands or tolerates what has already happened and then, albeit implicitly, determines the actual existence of the conditions in the context of the operation in question, thus bringing it back within the UN system established by the Charter.

LA PRIMA PROPOSIZIONE DELL'ARTICOLO 11 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA TRA (IN)ATTUALITÀ E (IN)ATTUAZIONE. UN PRINCIPIO DECONSTITUZIONALIZ- ZATO O DA RICOSTITUZIONALIZZARE?*

MARCO BENVENUTI

1. *Introduzione.*- Ricorrono ormai diversi mesi da quando, nel marzo del 2011, nei nostri cieli sono decollati alcuni cacciabombardieri italiani diretti verso la Libia, dove il nostro Paese, insieme ad altri, ha portato avanti una decisa azione militare¹. Chi leggesse però le risoluzioni parlamentari approvate in quell'occasione² – in verità ad operazione già iniziata, perché, nonostante quanto stabilito all'art. 78 Cost., su cui si tornerà, il Parlamento italiano nella prassi istituzionale interviene sempre *ex post factum* – non troverebbe in esse alcun riferimento all'art. 11 della stessa Carta repubblicana del 1947, che pure si apre, nella sua prima proposizione, con la frase «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». E tale silenzio

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione della relazione svolta il 15 marzo 2012 presso la Fondazione Serughetti La Porta di Bergamo, nel ciclo di conferenze “L'Italia ripudia la guerra”, ed ora corredata di riferimenti bibliografici davvero essenziali e prevalentemente recenti. Vorrei cogliere l'occasione per ringraziare la Prof.ssa Barbara Pezzini per il gradito invito a tenere la relazione. Per una più ampia disamina del tema, sia consentito rinviare, sin da ora, a (M.) BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, II ed., Napoli, 2010, *passim*.

¹ Per un'ampia illustrazione delle azioni militari ivi condotte, si veda BARTOLINI, *L'operazione Unified Protector e la condotta delle ostilità in Libia*, in *RDI*, 2012, 1017 ss.

² Si tratta delle Risoluzioni Cicchitto e altri, n. 6-00071 e Franceschini e altri, n. 6-00072, in *AP Camera*, XVI legislatura, allegato A, seduta del 24 marzo 2011, n. 452, rispettivamente 8 ss. e 10; delle Risoluzioni Gasparri e altri, 6-00071, n. 1, testo 2 e Finocchiaro e altri, 6-00072, n. 2, in *AP Senato*, XVI legislatura, seduta pomeridiana del 23 marzo 2011, n. 525, rispettivamente 88 ss. e 92; della Risoluzione Nirenstein e altri, n. 7-00520, in *AP Camera*, XVI legislatura, Commissioni riunite III (Affari esteri e comunitari) e IV (Difesa), seduta del 18 marzo 2011, 8; della Risoluzione Amato e altri, doc. XXIV, n. 17, in *AP Senato*, XVI legislatura, Commissioni riunite III (Affari esteri, emigrazione) e IV (Difesa), seduta del 18 marzo 2011, allegato, 2; sul successivo dibattito parlamentare, si veda IADICICCO, *Le istituzioni italiane e la crisi libica*, in *Riv. tel. giur. AIC*, 2011, fasc. III, su www.rivistaaic.it, 11-12.

è un primo elemento che deve indurre a riflettere seriamente sul valore e sul significato di questo enunciato costituzionale nel momento attuale, a fronte del rilievo attribuito già dai Costituenti ad uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, quello del ripudio della guerra³.

Occorre allora fare un passo indietro, volgere la mente (per chi ha vissuto quel tempo: la memoria) agli anni 1946-1947, all'indomani di una guerra che, come un vero e proprio "flagello" – questo è il termine che ricorre, non a caso, nel preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945 – ha colpito tanta parte di mondo e tante terre d'Italia. Il nostro Paese sedeva allora tra gli sconfitti della Seconda guerra mondiale⁴. E non pare inutile, per bene intendere il clima del tempo, ricordare l'*incipit* dello straordinario discorso pronunciato da Alcide De Gasperi all'Assemblea generale della Conferenza della pace di Parigi il 10 agosto 1946, con cui il nostro Presidente del Consiglio dei ministri cercò di riportare l'Italia nel novero delle nazioni civili: «prendendo la parola in questo consesso mondiale sento che tutto, tranne la vostra personale cortesia, è contro di me»⁵.

Nel ripercorrere le discussioni in seno all'Assemblea costituente sul tema della guerra e della pace – e si tratta di una lettura tutt'oggi insuperata, perché in essa traspare una continua, formidabile tensione progettuale di tutte le principali forze politiche, la democristiana come la socialista, la comunista come la liberale⁶ – ci si accorge facilmente che la scelta dei termini destinati a sedimentare nella prima proposizione dell'art. 11 Cost. è stata non solo lungimirante, ma anche particolarmente accurata⁷. Si è discusso a lungo, in primo luogo, se utilizzare la parola "ripudio" o, invece, la parola "rinuncia"⁸, che però avrebbe fatto pensare a qualcosa che prima lo Stato deteneva, come se quest'ultimo, una volta sconfitto, si spogliasse *obtorto collo* di un proprio diritto originario, mentre si voleva affermare che l'ordinamento

³ Su quella vicenda, si permetta di rinviare a (M.) BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione e la (seconda) guerra di Libia*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, fasc. I, su www.costituzionalismo.it, 1 ss.

⁴ Si veda in proposito, inequivocabilmente, il Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze alleate ed associate del 1947.

⁵ DE GASPERI, *Per una pace nella fraterna collaborazione dei popoli liberi*, [1946], rist. in ID., *Scritti e discorsi politici*, Bologna, 2008, vol. III.2, 1738.

⁶ Sul punto, per tutti, CHELI, *Il problema storico della Costituente*, [1973], rist. in ID., *Il problema storico della Costituente*, Napoli, 2008, 57 ss.

⁷ Cfr. altresì, da ultimo, CARLASSARE, *L'art. 11 della Costituzione nella visione dei Costituenti*, in RONZITTI (a cura di), *L'art. 11 della Costituzione*, Napoli, 2013, 3 ss.

⁸ Cfr. l'art. 4 del Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente.

italiano sarebbe stato per il futuro in radice avverso alla dimensione bellica del proprio passato⁹. E proprio dalla scelta del termine “ripudio”, dalla sua solenne forza evocativa può dirsi germogliato un processo di sedimentazione concettuale, il cui «orizzonte di aspettativa»¹⁰ – riprendendo una formula felice di Reinhart Koselleck – determina un senso di alterità nei confronti di una realtà qual è quella della violenza bellica contemporanea, capace di portare alla catastrofe e di mettere in discussione, per la forma stessa assunta nel corso del Novecento, l'esistenza dell'uomo in quanto uomo.

L'art. 11 Cost., dunque, segna una drastica rottura, traccia un «confine [...] giuridico, politico e ideologico, fra due fasi storiche della storia italiana»¹¹. Esso, al contempo, esprime un'assoluta novità rispetto al passato militarista, bellicista e colonialista che aveva contraddistinto l'Italia, a maggior ragione nel ventennio immediatamente precedente. Come la gran parte dei nostri enunciati costituzionali, è scritto al presente, ma si legge al futuro; anzi, riprendendo le parole con cui Lorenzo Milani si è difeso nel 1965 in un processo che lo vedeva imputato di apologia di reato per aver appoggiato l'obiezione di coscienza, esso «abbraccia il passato e il futuro. È un invito a buttar tutto all'aria: all'aria buona»¹². Per questa sua forza espansiva costituisce un *principio speranza*, riprendendo una bella espressione di Ernst Bloch¹³, una disposizione costituzionalmente *ambiziosa*, come l'ha definita Antonio Cassese¹⁴. Il termine “ripudio”, in definitiva, esprime l'idea di un discrimine irreversibile, non solo giuridico, ma anche politico, ideologico e – se vogliamo – culturale fra due tempi della storia italiana, il primo dei quali si è concluso, per il nostro Paese, tra macerie civili non meno che materiali.

2. *La prima proposizione dell'art. 11 Cost. e le sue parole.*- La scelta delle parole, di tutte le parole della Carta costituzionale rappre-

⁹ Un discorso non dissimile vale per la parola “condanna”, la quale si ritrova altresì all'art. 1 del Trattato per la rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale del 1928 (c.d. Trattato di Parigi del 1928 o Patto Briand-Kellogg), a suo tempo ratificato anche dall'Italia.

¹⁰ KOSELLECK, “*Erfahrungsraum*” und “*Erwartungshorizont*”, [1976], trad. it. “*Spazio di esperienza*” e “*orizzonte di aspettativa*”, in ID., *Futuro passato*, Genova, 1996, 306 ss.

¹¹ FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, 2009, 92.

¹² MILANI, *Lettera ai giudici*, [1965], rist. in ID., *A che serve avere le mani pulite se si tengono in tasca*, Milano, 2011, 13.

¹³ BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, [1954-1959], trad. it. *Il principio speranza*, Milano, 2006, spec. 1039.

¹⁴ A. CASSESE, *Artt. 10-12*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 461.

sentata nel complesso – è stato Tullio De Mauro a segnalarlo – un caso di «eccezionalità linguistica»¹⁵. Ciascuna di esse, dunque, deve essere indagata con specifica attenzione, per intenderne appieno il senso e la portata. Appare altamente espressiva, in primo luogo, la scelta del soggetto dell'art. 11 Cost., l'«Italia». È l'«Italia», infatti, che ripudia la guerra, non lo Stato italiano; con l'espressione «Italia» si intende quindi qualcosa di più dei soli pubblici poteri, cioè dell'apparato dello Stato, si ricomprende anche, insieme ad essi, ciascuno e tutti noi consociati messi insieme. L'espressione «Italia» assume così un determinante connettivo democratico: l'Italia che ripudia la guerra è quella stessa Italia «Repubblica democratica fondata sul lavoro» che scaturisce dalla decisione politica fondamentale che si ha con il voto costituyente del 2 giugno 1946 e che, per l'appunto, dischiude anche l'art. 1 della Carta susseguentemente approvata.

Dal medesimo punto di vista, un'altra caratteristica della Carta repubblicana, anche ad uno sguardo comparativo con altri coevi documenti costituzionali, è la sua straordinaria sincerità¹⁶. Quando l'art. 3, co. 2, Cost. dice, in particolare, che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione», afferma apertamente che questi ostacoli ci sono, ci sono stati e probabilmente ci saranno sempre, anche se indica all'ordinamento giuridico nel suo complesso una direzione, impone alla Repubblica, in altre parole, «la prospettiva e il senso di un movimento»¹⁷. Allo stesso modo, la prima proposizione dell'art. 11 Cost. affronta chiaramente e sinceramente la «guerra» sì come qualcosa da ripudiare, ma, tematizzandola, la assume altresì come parte – purtroppo – dell'esperienza umana¹⁸.

Tuttavia, la guerra è un fenomeno non soltanto drammatico, ma multiforme; essa è un «camaleonte»¹⁹, ha detto già due secoli or sono Carl von Clausewitz. Ciò vale *a fortiori* sul piano più propriamente

¹⁵ DE MAURO, *Il linguaggio della Costituzione*, in RODOTÀ (a cura di), *Alle origini della Costituzione*, Bologna, 1998, 25; analogamente, ID., *Il linguaggio della Costituzione*, in *Costituzione della Repubblica italiana*, Torino, 2006, IX.

¹⁶ Sul punto, specialmente, ROMAGNOLI, *Art. 3, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 165.

¹⁷ Così CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, [1948], rist. in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 36.

¹⁸ In questo senso, si veda anche, da ultimo, LUGATO, *L'articolo 11 della Costituzione e le Nazioni Unite*, in *L'articolo 11 della Costituzione*, cit., 137.

¹⁹ VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*, [1827], trad. it. *Della Guerra*, Torino, 2000, 17.

giuridico, se solo si considera che definire il concetto di guerra vuol dire delimitarlo, attribuirgli alcune e non altre conseguenze giuridiche, politiche, morali. Dal fatto che si qualifichi un certo intervento militare come “guerra” propriamente detta o, al contrario, come “operazione di polizia internazionale”, “missione umanitaria” e via dicendo può discendere o non discendere, ad esempio, la conseguenza giuridica che cacciabombardieri italiani possano legittimamente levarsi in volo dal nostro Paese diretti verso la Libia. Quindi, capire che cosa si intende per “guerra”, ai sensi e per gli effetti della prima proposizione dell’art. 11 Cost., è cruciale per definire che cosa è ripudiato dallo e nell’ordinamento giuridico italiano e che cosa non è.

In questo senso, appare allora ineludibile una ricerca del significato costituzionale di guerra, senza che possa farsi riferimento «*in bianco*»²⁰ a quello eventualmente assunto nel diritto internazionale, né, per altro verso, che possa ascriversi in tesi un «perfetto parallelismo tra divieto dell’uso della forza nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento interno»²¹. È stata la Corte costituzionale, in particolare, ad escludere in punto di principio qualunque assiomatica corrispondenza tra l’ordinamento costituzionale italiano e ordinamenti “altri”, financo se latori di obblighi di conformazione, secondo l’art. 10, co. 1, Cost. (sent. n. 48/1979), o suscettibili di determinare limitazioni di sovranità, a mente della seconda proposizione dell’art. 11 Cost. (sent. n. 170/1984); tutto ciò in quanto – sempre secondo il nostro giudice costituzionale – un conflitto normativo tra sistemi giuridici è «sommamente improbabile [ma] pur sempre possibile» (sent. n. 232/1989), da ciò determinandosi dunque, in ogni caso, un’esigenza di «doppia garanzia»²² nei confronti dell’uno ordinamento come dell’altro²³.

Naturalmente, questo non significa in alcun modo che i Costituenti si siano mossi in un orizzonte di angusto nazionalismo²⁴, che

²⁰ Così, da ultimo, DE VERGOTTINI, *Il “ripudio della guerra”, il divieto dell’uso della forza e l’invio delle missioni militari all’estero*, in *L’articolo 11 della Costituzione*, cit., 40.

²¹ RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, IV ed., Torino, 2011, 102; si parla invero di «concordanza», anziché di «parallelismo», in ID., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, III ed., Torino, 2006, 101.

²² Così ALLEGRETTI, *Guerra del Golfo e Costituzione*, in *Foro it.*, 1991, pt. V, 393 e 412-413.

²³ Per questa impostazione con riferimento alla guerra di Libia del 2011, si veda, ad esempio, FATTIBENE, *Le risoluzioni dell’ONU sul caso libico tra intervento umanitario e ripudio della guerra*, in *Riv. tel. giur. AIC*, 2011, fasc. II, su www.rivistaaic.it, 5.

²⁴ Sul punto, cfr., da ultimo, VENTURINI, *L’articolo 11 della Costituzione e la promozione dell’organizzazione internazionale*, in *L’articolo 11 della Costituzione*, cit., 89 ss.

non abbiano avuto in mente l'«adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite», riprendendo ancora le parole della Corte costituzionale (sent. n. 183/1973), o che non abbiano rivendicato ad alta voce il «principio italianissimo»²⁵, per dirla con Meuccio Ruini, dell'obiettivo dell'unità europea. Al contrario, la tematizzazione costituzionale della guerra si congiunge in uno al medesimo movimento – palesato all'indomani di un conflitto mondiale combattuto con armi fino a qualche decennio prima impensabili e concluso con le catastrofi di Hiroshima e Nagasaki – che ha portato, sul piano del diritto internazionale, alla coeva affermazione nell'art. 2, par. 4, dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945 della necessaria astensione da parte degli Stati della minaccia o dell'uso della forza²⁶, principio poi non solo riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia come di diritto internazionale consuetudinario²⁷, ma altresì qualificato prima come «principe fondamental ou essentiel de ce droit»²⁸ e poi come «pierre angulaire»²⁹ dello stesso Statuto.

In questa prospettiva, occorre allora assumere preliminarmente il termine “guerra”, evocato nella prima proposizione dell'art. 11 Cost., nel suo significato più ampio e lineare, di un fatto per cui lo Stato – la guerra è infatti connaturata alla dimensione pubblico-politica e lo Stato è il soggetto che, paradigmaticamente con Max Weber, viene qualificato come portatore di una «pretesa di monopolio della coercizione

²⁵ In Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, rist. in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. I, 610; il punto è giustamente ricordato da CARLASSARE, *op. cit.*, 12.

²⁶ Su cui si rinvia, da ultimo, a GARGIULO, *Uso della forza (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, annali V, 2012, spec. 1381 ss., il quale ricorda come il suddetto art. 2, par. 4, «proibisc[a] non solo la ‘guerra’, ma, su un piano più generale, ‘qualsiasi’ uso della forza militare»; analogamente, ad avviso di CASTELLANETA, *Conflitti armati (diritto internazionale)*, ivi, 318, il riferimento al divieto della minaccia e dell'uso della forza ha «l'obiettivo di fissare un divieto di portata più ampia non limitato al solo caso della guerra»; sul rapporto tra stato di guerra e conflitti armati nel diritto internazionale, cfr. altresì, di recente, MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009, 85 ss.

²⁷ Corte Internazionale di Giustizia, 27 giugno 1986, *Nicaragua c. Stati Uniti d'America, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, in *CIJ Rec.*, 1986, 188 o 99; sul punto, da ultimo, BERNARDINI, *L'aggressione alla Libia, crimine internazionale dei “forti”, dunque impunito, e la replica bramata contro la Siria*, in *Riv. Coop. Giur. Int.*, 2012, fasc. XLII, 19 ss.

²⁸ Corte Internazionale di Giustizia, *Nicaragua c. Stati Uniti d'America*, cit., 190 o 100.

²⁹ Corte Internazionale di Giustizia, 19 dicembre 2005, *Repubblica democratica del Congo c. Uganda, Affaires des activités armées sur le territoire du Congo*, in *CIJ Rec.*, 2005, 148 o 223.

fisica legittima»³⁰ – adopera la forza militare al di fuori del suo territorio per imporre la propria volontà ad un altro Stato oppure annientarlo. Se quella di imporre la propria volontà è un'idea ancora ottocentesca, sviluppata da Carl von Clausewitz³¹, la finalità di annientamento della guerra è invece tematizzata – e siamo già in pieno Novecento – con particolare vigore da Carl Schmitt³², il quale ha fondato, com'è noto, la sua brillante quanto discutibile teoria del “politico” proprio sulla coppia oppositiva amico-nemico³³.

Sono questi, pertanto, gli elementi fondamentali che colorano il significato costituzionale di guerra e che rampollano da una tormentata e plurisecolare riflessione filosofico-politica, prima che giuridica, intorno alla violenza bellica e ai suoi possibili limiti. Si pensi, ad esempio, alla crucialità dell'elemento pubblico-politico nel distinguere ciò che rientra nel campo della guerra da ciò che, invece, ne va tenuto estraneo. La differenza può essere efficacemente colta attraverso l'evocazione di due figure idealtipiche, quella del pirata e quella del corsaro. Il pirata, fin dall'antica Roma – ha scritto Cicerone³⁴ – è da considerarsi nemico del genere umano. Può essere quindi cacciato dalle navi di tutti i Paesi, proprio perché è un soggetto privato, perché rapina le navi altrui per un interesse personale; e molti secoli dopo il medesimo principio si ritrova ancora nella Convenzione internazionale sull'alto mare del 1958 (art. 19) e nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (art. 105)³⁵. A un certo punto della storia occidentale, però, nel tardo Cinquecento, un navigatore inglese di nome Francis Drake si fa dare dalla regina Elisabetta d'Inghilterra una “lettera di corsa”, in cui è scritto che questo soggetto non opera più privatamente, ma in nome e per conto di un sovrano; e solo tale elemento determinante lo distingue, a quel punto, da quanti solcano i mari sotto il segno della «bandiera nera della pirateria»³⁶.

Tuttavia, il pur sostantivo confine fra la dimensione privato-personale e quella pubblico-politica della fenomenologia bellica appa-

³⁰ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, [1922], trad. it. *Economia e società*, Milano, 1961, vol. I, 53.

³¹ VON CLAUSEWITZ, *op. cit.*, 17.

³² SCHMITT, *Begriff des Politischen*, III ed., [1932], trad. it. *Il concetto di “politico”*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 120.

³³ *Ivi*, 108 ss.

³⁴ CICERONE, *De officiis*, trad. it. *Dei doveri*, rist. in ID., *Opere politiche e filosofiche*, Torino, 1953, III.29 o vol. I, 498.

³⁵ Sul punto, si rinvia, da ultimo, a GRAZIANI, *Il contrasto alla pirateria marittima nel diritto internazionale*, rist., Napoli, 2010, 63 ss.

³⁶ SCHMITT, *Land und Meer*, II ed., [1954], trad. it. *Terra e mare*, Milano, 2006, 46.

re in ogni epoca mutevole e sempre problematico. Si pensi, ad esempio, ad un'altra figura liminare, comparsa nel corso delle guerre napoleoniche³⁷, quella del partigiano. Il partigiano della nostra guerra di liberazione nazionale del 1943-1945 è un soggetto pubblico o privato? E se è un soggetto pubblico – come effettivamente è – allora in che modo la dimensione giuridica lo definisce? Su tutto questo si è arrovellata una legislazione ricchissima del periodo coevo e immediatamente successivo alla Seconda guerra mondiale, che ha portato al riconoscimento da parte del nostro ordinamento – anche alle donne combattenti, per la prima volta in Italia! (art. 1, co. 2, del d.lgs.C.p.S. n. 93/1946) – di una serie tutt'altro che trascurabile di diritti³⁸. E lo stesso problema è stato parimenti affrontato e in parte risolto, di lì a poco, anche sul piano internazionale, allorché la III Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949 ha equiparato ai membri delle forze armate di una parte in conflitto o delle milizie e dei corpi volontari che fanno parte di queste forze armate – figure già contemplate nel Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 (art. 1, par. 4) – anche i «membres [...] des mouvements de résistance organisés» (art. 4, lett. A, n. 2).

Sul crinale della caratterizzazione della guerra come fatto pubblico-politico si colloca, poi, la prima delle due qualificazioni costituzionali della guerra ripudiata, quella relativa all'«offesa alla libertà degli altri popoli». Anche qui – giova ripeterlo – le parole scelte dai Costituenti costituiscono un punto di partenza prezioso. Nell'evocare, infatti, i “popoli” e non gli Stati vi è l'idea, in sottofondo, che la politicità di cui si è parlato non si esaurisca in tutto e per tutto nella statualità. In altre parole, la Carta repubblicana assume la prospettiva – che scaturisce anche dal nostro Risorgimento e dal lunghissimo e travagliato moto di unificazione nazionale – che vi siano popoli che non sono (ancora) riconosciuti come Stati, ma che nondimeno ambiscono ad autodeterminarsi; ed anche in questo caso è notevole l'assonanza ideale della formula costituzionale con il solenne richiamo del diritto dei popoli di disporre di loro stessi, sancito all'art. 1, par. 2, dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945. Ancora, il riferimento testuale ai “popoli” al plu-

³⁷ Ad avviso di SCHMITT, *Theorie des Partisanen*, [1962], trad. it. *Teoria del partigiano*, Milano, 2008, 15, «il partigiano della guerriglia spagnola del 1808 fu il primo che osò combattere irregolarmente contro i primi eserciti regolari moderni».

³⁸ La relativa disciplina è raccolta in MOSCONE (a cura di), *Leggi sulla Resistenza e sui partigiani*, Torino, 1949, 9 ss.

rale attribuisce la massima rilevanza alla circostanza che nel mondo vi sono tanti popoli, tutti diversi, ciascuno dei quali dev'essere rispettato dall'Italia, considerato con pari dignità degli altri ed eventualmente anche aiutato a costituirsi in Stato (non con il ricorso allo strumento bellico, comunque ripudiato, ma) attraverso misure di ordine politico-diplomatico³⁹. Il riferimento costituzionale alla pluralità dei popoli, in altre parole, esprime una visione irriducibilmente pluriversa del mondo e non universale, multipolare e non unipolare, tanto più preziosa e feconda in un tempo, qual è quello attuale, di globalismo giuridico imperante⁴⁰.

A questa concezione fondamentale si raccorda altresì il secondo profilo di qualificazione della guerra ripudiata, quella per cui essa non può costituire un "mezzo di risoluzione delle controversie internazionali". Con tale riferimento – che riecheggia, anche in questo caso, l'impegno di risolvere le controversie internazionali con mezzi pacifici, previsto all'art. 2, par. 3, dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945 e disciplinato nel successivo cap. VI – si prende fermamente posizione, in tesi, in ordine all'incompatibilità tra la guerra come mezzo e la pace come fine. La prima proposizione dell'art. 11 Cost. afferma pertanto che non si può perseguire la pace ricorrendo alla guerra, perché, al contrario, il ricorso alla violenza bellica porta ad altra violenza; quindi, proprio alla luce dell'esperienza storica del nostro recente passato, per risolvere le controversie internazionali – le quali sono state intese, sin dal diritto internazionale più risalente, come un «désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes»⁴¹ – che possono eventualmente sorgere altri sono gli strumenti costituzionalmente prospettati di cui dispongono i nostri pubblici poteri, di carattere politico, diplomatico, economico, umanitario ecc.⁴².

Dall'insieme di queste considerazioni pare allora possibile far discendere un duplice ordine di conseguenze. In primo luogo, la Carta costituzionale – da interpretarsi, soprattutto con riferimento ai suoi

³⁹ Sul punto, cfr. da ultimo, con riferimento al diritto internazionale, GARGIULO, *op. cit.*, 1418.

⁴⁰ Cfr., specialmente, ZOLO, *I signori della pace*, n. ed., Roma, 2001, 18.

⁴¹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, 30 agosto 1924, *Grecia c. Gran Bretagna, Affare delle concessioni Mavrommatis in Palestina*, in *Recueil de la Cour permanente de justice internationale*, 1924, 11.

⁴² Cfr., di recente, CHIEFFI, *Art. 11 (primo periodo)*, in BIFULCO E AL. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2005, vol. I, 268.

Principi fondamentali, «*magis ut valeat*»⁴³ – rifugge da ogni possibile riduzionismo interpretativo della nozione di “guerra ripudiata” contenuta nella prima proposizione dell’art. 11 Cost., il quale ben potrebbe essere utilizzato in chiave opportunistica, ovvero – per dirlo chiaramente – con la speciosa finalità di giustificare interventi bellici semplicemente chiamandoli in altro modo⁴⁴. In secondo luogo, tale nozione muove da e ingloba di certo il categorico rifiuto di ogni forma di “aggressione”⁴⁵, ma non si riduce ad esso, comprendendo anzi, come riconosciuto dalla più attenta dottrina, «*qualunque* forma massiccia di violenza armata (che non sia usata a fini difensivi)»⁴⁶ – o, più precisamente ancora, a fini «strettamente difensivi»⁴⁷ – con la quale il nostro Stato esercitasse per avventura la «violenza prima»⁴⁸.

Tali considerazioni di vera sostanza costituzionale segnano la profonda distanza della Carta costituzionale italiana non solo dalle tendenze belliciste e militariste dell’epoca immediatamente precedente alla sua approvazione, ma anche da tutte quelle teorizzazioni che attraversano la storia del pensiero occidentale e si richiamano, esplicitamente o implicitamente, ieri come oggi, all’idea di “guerra giusta”, cioè condotta «per l’attuazione di determinate pretese giuridiche senza tener conto se essa sia, tatticamente o strategicamente, una guerra d’aggressione o di difesa»⁴⁹. Questo concetto, estremamente ricco ed elaborato, ha avuto nel Medioevo con Tommaso d’Aquino⁵⁰ la sua principale teorizzazione e ha costituito a quel tempo, attraverso l’individuazione di tre requisiti fondamentali (l’*auctoritas principis*, la *iusta causa* e la *recta intentio*), un efficace tentativo per limitare il ri-

⁴³ Almeno secondo la migliore riflessione costituzionalistica (CRISAFULLI, *Introduzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 11).

⁴⁴ Sul punto, per tutti, FERRARI, *Guerra: I) Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, 1970, vol. XIX, 831.

⁴⁵ Su cui già KELSEN, *È possibile e desiderabile definire l’aggressione?*, trad. it. in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, vol. II, 4; nonché, nella dottrina costituzionalistica, BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955, 49.

⁴⁶ CASSESE, *op. cit.*, 571; analogamente, GIARDINA, *Art. 78*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 103.

⁴⁷ CHIEFFI, *Il valore giuridico della pace*, Napoli, 1990, 118.

⁴⁸ Così, da ultimo, BOBBIO, *Risposta*, in ID. e ZOLO, *Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System*, [1998], trad. it. *La teoria del diritto e il diritto internazionale*, in ID., *L’alito della libertà*, Milano, 2008, 122.

⁴⁹ SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, [1950], trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “Jus publicum europaeum”*, Milano, 1991, 133.

⁵⁰ TOMMASO D’AQUINO, *Summa theologica*, [1266-1272], rist. parz. in ID., *Scritti politici*, Bologna, 1946, II.2.40.1 o 82-83.

corso alla violenza bellica, specie fra gli ordinamenti cristiani. Tuttavia, il concetto di guerra giusta rimane altamente equivoco e problematico, specie se trasposto sul piano più propriamente giuridico ed ancorato a più o meno definiti e definibili “diritti umani”⁵¹. Esso, infatti, tende in ogni frangente a porsi come illimitato, ad atteggiarsi come assoluto, “totale”⁵²; laddove invece il concetto di limite è connotato alla dimensione giuridica moderna ed ancor più a quella costituzionale/costituzionalistica contemporanea⁵³. Come si è chiesto Erasmo da Rotterdam in un libello scritto nel 1511, «chi non considererebbe la propria causa come giusta?»⁵⁴; e, nell'impossibilità oggettiva di rispondere a questa domanda, il rischio tangibile è, per dirla con le parole corrosive di Danilo Zolo, che nonostante tutto, sempre e comunque «il diritto seguirà»⁵⁵.

Per questo, a partire da quel tempo, con l'edificazione dello Stato moderno il concetto di guerra giusta è stato visto con crescente sospetto e poi progressivamente obliato negli studi nascenti di diritto internazionale, il cui perdurante obiettivo di contenere la guerra si è realizzato non già nel mettere fuori campo conflitti armati considerati non giusti in nome di principi ultramondani, quanto piuttosto nel limitare le modalità con cui quegli stessi conflitti sarebbero stati comunque guerreggiati. Lo “scandaloso” proposito espresso, ad esempio, da Hugo Grotius nella prima metà del XVII secolo, affinché gli Stati si comportassero nelle loro relazioni reciproche «etiamsi daremus [...] non esse Deum, non curari ab eo negotia humana»⁵⁶, è un forte richiamo alla responsabilità degli uomini⁵⁷, destinato a far sì che, anche in costanza di guerra, essi si riconoscano come *iusti hostes*, imponendosi dunque, unilateralmente ma vicendevolmente, dei vincoli auspicabilmente incrementali nella condotta delle ostilità.

⁵¹ Su cui si veda, ad esempio, la critica radicale proposta da ŽIŽEK, *Against Human Rights*, [2005], trad. it. *Contro i diritti umani*, Milano, 2005, 67.

⁵² SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, [1938], trad. it. *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, 2008, 78.

⁵³ Il punto è sottolineato da ultimo, seppure con accenti diversi, da BIFULCO, *Introduzione*, in ANGELINI, (M.) BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 10, e da LUCIANI, *Conclusioni*, ivi, 572.

⁵⁴ ERASMO DA ROTTERDAM, *Dulce bellum inexpertis*, [1515], trad. it. *Chi ama la guerra, non l'ha vista in faccia*, rist. in ID., *Adagia*, Torino, 1980, 906 o 255.

⁵⁵ ZOLO, *Chi dice umanità*, Torino, 2000, 80.

⁵⁶ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, [n. ed., 1646], rist. Washington, 1913, prolegomena XI o vol. I, 5.

⁵⁷ Sul punto, cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, Milano, 1999, 145 ss.; nonché, da ultimo, GOZZI, *Diritti e civiltà*, Bologna, 2010, 60 ss.

La guerra, in altre parole, dev'essere messa *en forme*, per riprendere una plastica espressione di Emmeric de Vattel⁵⁸, deve cioè, posto che non è possibile abolirla con la sola teoria, essere quanto più possibile limitata nella pratica⁵⁹. Nasce così e si sviluppa alla fine dell'Ottocento e nella prima metà del secolo successivo, soprattutto con le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, il diritto internazionale bellico (o diritto internazionale dei conflitti armati, come oggi si suole chiamare⁶⁰); perciò si stabilisce (ad esempio, a Ginevra nel 1925) che alcune armi che avevano terrorizzato gli eserciti nella Prima guerra mondiale, come gas asfissianti, tossici o simili e mezzi batteriologici non debbano essere mai adoperate o (come si è già detto, sempre a Ginevra, ma nel 1949) che gli stessi membri dei movimenti di resistenza organizzati debbano essere considerati alla stregua di prigionieri di guerra – di *iusti hostes*, per l'appunto – e dunque godere delle relative garanzie. Tutto questo movimento, di cui è espressione tanto lo Statuto delle Nazioni Unite del 1945⁶¹ quanto, per quel che qui più rileva, la nostra Carta costituzionale, che non a caso parla molto più di «guerra» (articoli 11 e 60), «stato di guerra» (articoli 78 e 87, co. 9) e «tempo di guerra» (articoli 103, co. 3, e 111, co. 7) che di «pace» (art. 11) e «tempo di pace» (art. 103, co. 3), è volto a prendere atto con un realismo consapevole ma mai disincantato che la dimensione bellica, ancorché apertamente ripudiata, è parte della storia dell'uomo e che tutti gli sforzi, tutte le energie devono essere rivolti a contenerla, a limitarla, con riferimento al “se”, al “come”, al “quando”.

3. *La prima proposizione dell'art. 11 Cost. e le altre disposizioni costituzionali.* - In questo senso procede e si sviluppa lo stesso art. 11 Cost., il quale, dopo aver espresso con particolare incisività ed efficacia il principio del ripudio della guerra, individua altresì due possibili ambiti di realizzazione di tale disposto: l'Italia, infatti, «consente, in

⁵⁸ DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, [1758], trad. it. *Il diritto delle genti ovvero Principii della legge naturale, applicati alla condotta e agli affari delle nazioni e de' sovrani*, Bologna, 1804-1805, III.4 o vol. III, 37 ss.

⁵⁹ Sul punto, cfr., ancora, GOZZI, *op. cit.*, 89.

⁶⁰ RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, IV ed., cit., 19-20; sul punto, cfr. altresì CASTELLANETA, *op. cit.*, 320.

⁶¹ Com'è stato detto, infatti, «nel disegno originario della Carta al mantenimento della pace è sicuramente accordata una priorità rispetto agli altri fini dell'ONU e, quindi, eventuali tensioni tra 'pace' e 'diritti umani' non possono essere risolte nel senso di giustificare interventi militari unilaterali» (GARGIULO, *op. cit.*, 1420).

condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» e, inoltre, «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Al riguardo, non può però sottacersi come, nonostante la cristallinità dell'enunciato, delle tre proposizioni che compongono questo articolo siano state fornite dai commentatori due letture divaricate, contrapposte. Secondo la prima, tra le diverse proposizioni compresenti nell'art. 11 Cost. esisterebbe un nesso di concatenazione, se non di consequenzialità. In questa direzione, dunque, l'Italia ripudia la guerra e, *quindi*, consente alle limitazioni di sovranità suaccennate, indi promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo⁶². Secondo un'altra prospettazione, invece, la seconda proposizione consentirebbe di derogare alla prima, nel senso che, nell'ambito di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, il consenso alle limitazioni di sovranità potrebbe essere tale anche da legittimare il nostro Paese a partecipare a una guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e/o, soprattutto, come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. In questo secondo senso, pertanto, l'Italia ripudia la guerra e, *tuttavia*, consente alle limitazioni di sovranità suaccennate, indi promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo⁶³.

Tra le due possibili interpretazioni, se quest'ultima può spiegare ed anche giustificare la pratica istituzionale degli ultimi vent'anni, come si dirà, la prima appare però ben più convincentemente fondata in punto di diritto costituzionale. Sotto un profilo sostanziale, infatti, solo la prima lettura consente di riempire di senso un principio fondamentale della Costituzione repubblicana qual è quello del ripudio della guerra, altrimenti largamente svuotato del suo significato più intenso e originale⁶⁴; mentre, da un punto di vista formale, essa appare assai più rispettosa della matrice unitaria dell'enunciato, che si apre con un unico soggetto (l'"Italia", appunto, di cui si è già parlato) e si

⁶² In questo primo senso, per tutti, GIANFORMAGGIO, *La guerra come negazione del diritto*, in *Dem. dir.*, 1992, fasc. I, 283; CARLASSARE, *Costituzione italiana e guerra "umanitaria"*, in DOGLIANI, SICARDI (a cura di), *Diritti umani e uso della forza*, Torino, 1999, 26-27; ID., *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in RONZITTI (a cura di), *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, 2000, 164 ss.; ID., *L'art. 11 Cost.*, cit., 14 ss.

⁶³ In quest'altro senso, per tutti, DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004, 48; ID., *Il "ripudio della guerra"*, cit., 7-8.

⁶⁴ Si è parlato, da ultimo, di «un'operazione artificiale e distorsiva, una vera e propria falsificazione» (CARLASSARE, *L'art. 11 della Costituzione*, cit., 30).

sviluppa in un unico periodo, dall'andatura incalzante proprio perché intervallato da due punti e virgola.

Al medesimo orizzonte ideale dell'art. 11 Cost., da leggersi e interpretarsi nel suo complesso, poi, concorrono molteplici altre disposizioni costituzionali, attraverso le quali la nostra Carta repubblicana, come si è già detto, esorcizza ma non ignora l'eventualità di un conflitto militare e, con eguale lungimiranza, la disciplina, la proceduralizza, la incanala. Questo vale sia nella proiezione esterna dell'ordinamento italiano sia al suo interno, perché la dimensione bellica altera profondamente tanto la garanzia delle situazioni soggettive dei consociati, cioè i nostri diritti in tempo di pace, quanto l'organizzazione costituzionale della Repubblica, cioè i rapporti fisiologici tra i diversi organi costituzionali. Non è un caso, ad esempio, se nel ciclo pittorico di Ambrogio Lorenzetti, nel Palazzo pubblico di Siena, la Guerra venga riprodotta all'interno dell'affresco che ha come tema il Malgoverno e vede al proprio centro la Tirannia: quell'immagine sta a significare, nella sua immediata espressività, che la guerra non investe solo il "fuori" di uno Stato, ma anzi si rifrange, con conseguenze non meno drammatiche, anche nel cosiddetto fronte interno⁶⁵.

Con questa consapevolezza, dunque, la Costituzione non si limita a definire e a qualificare talune tipologie di guerre come ripudiate nella prima proposizione dell'art. 11 Cost. Al contrario, appare dotato di un'eguale e inusuale intensità l'art. 52 Cost., che si apre al co. 1 con la frase «la difesa della patria è sacro dovere del cittadino». Anche in questo caso, la scelta di ciascuno dei termini che compongono l'enunciato – in primo luogo, la parola "patria"⁶⁶ – è stata pesata e soppesata in seno all'Assemblea costituente; anche in questo caso, si è voluto dire che il fenomeno bellico, purtroppo, non può essere cancellato una volta per tutte con un tratto di penna stilografica. Pertanto, la difesa della patria può rendere doverosa la partecipazione dell'Italia, suo malgrado, ad un conflitto armato, in questo caso difensivo, che non sarà certo una guerra ripudiata, ma non assurgerà nemmeno a una guerra giusta – perché la Costituzione, come si è detto, non si muove

⁶⁵ Questa immagine è altresì evocata da BOBBIO, *La pace attraverso il diritto*, [1983], rist. in ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 527; FIORILLO, *op. cit.*, 3 ss.

⁶⁶ Su cui cfr. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 244-245; BETTINELLI, *Art. 52, 1° e 2 comma*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, 90-91; LUTHER, *Art. 52*, in BIFULCO E AL. (a cura di), *op. cit.*, vol. I, 1035; FIORILLO, *op. cit.*, 102.

sul piano delle guerre giuste o ingiuste – quanto, più prosaicamente, a una guerra costituzionalmente necessaria⁶⁷.

Ancora, vi è forse una zona libera tra questi due poli dati dalla guerra ripudiata (art. 11 Cost.) e dalla guerra per la difesa della patria (art. 52 Cost.). Probabilmente, infatti, sussiste uno spazio affidato alle scelte del legislatore, e dunque delle forze espressive dell'indirizzo politico di maggioranza, che consiste nell'aderire o meno a trattati internazionali difensivi, sulla scorta di quel «diritto naturale di legittima difesa individuale o collettiva [...] fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale», previsto a livello internazionale all'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945⁶⁸.

Si tratta di un ambito applicativo di certo incomparabile rispetto a quello relativo alla guerra per la difesa della patria, la sola dotata di un plusvalore costituzionale, ma comunque di non poco momento: basti considerare che, approvata la Costituzione nel dicembre del 1947 e apertasi la prima legislatura repubblicana, in uno dei più vivaci dibattiti parlamentari di questo sessantennio, anch'esso poco studiato, si è discusso ardentemente se l'Italia dovesse o non dovesse partecipare al Trattato del Nord Atlantico del 1949. A leggere il testo di quell'accordo, poi approvato, si ha la sincera impressione che si tratti a tutti gli effetti di un trattato internazionale multilaterale difensivo: l'art. 5, che ne costituisce il cuore, stabilisce infatti che un attacco armato contro uno degli Stati contraenti debba essere «considerato come un attacco diretto contro tutte le parti» e che, pertanto, ciascuno Stato «assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata». Si noti quindi come tale art. 5 non implichi alcun automatismo nel ricorso allo strumento bellico da parte dell'ordinamento italiano; al contrario, l'art. 11 di tale Trattato si spinge da par suo a precisare che «le sue disposizioni saranno applicate dalle parti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali». E si può altresì ricordare, volendo, che un atteggiamento analogo del nostro ordinamento giuridico si riscontra, per altro verso, nell'assai meno nota ma pure significativa dichiarazione del Governo della Repubblica italiana sulla neutralità di Malta del 1980, con cui il nostro Paese si è impegnato ad adottare

⁶⁷ Sul punto, si veda, per tutti, RIGANO, *La guerra*, in *La guerra*, Napoli, 2002, 33-34.

⁶⁸ Su cui si rinvia, da ultimo, a GARGIULO, *op. cit.*, 1391 ss.

«ogni altra misura, non esclusa l'assistenza militare, che giudicherà necessaria per far fronte alla situazione» (par. 5.2), nel caso di legittima difesa, di minaccia di violazione o di violazione della «sovranità, indipendenza, neutralità, unità ed integrità territoriale della Repubblica di Malta» (par. 4).

In definitiva, appare chiaro come, in virtù del Trattato del Nord Atlantico del 1949 (o, *mutatis mutandis*, della mentovata dichiarazione del Governo della Repubblica italiana sulla neutralità di Malta del 1980), l'Italia sia libera di decidere di volta in volta e attraverso i propri organi interni se, come e quando intervenire *manu militari*. E ciò appare determinante per garantire il rispetto del dettato costituzionale, con riferimento sia al principio del ripudio della guerra di cui alla prima proposizione dell'art. 11 Cost. che all'ordine delle competenze degli organi chiamati a decidere: le Camere che deliberano lo stato di guerra, ai sensi dell'art. 78 Cost., e il Presidente della Repubblica che lo dichiara, come previsto all'art. 87, co. 9, Cost.

L'intervento di questi due organi costituzionali e non del Governo, il quale materialmente dispone della forza militare, appare doppiamente significativo. Quanto alle Camere, infatti, si tratta dell'unico organo costituzionale, a norma dell'art. 67 Cost., direttamente e immediatamente rappresentativo della Nazione. Ricordiamo poi, sul piano storico, che non solo la Seconda guerra mondiale – quando l'Italia era sotto una dittatura – ma anche la guerra del 1915-1918 è stata decisa da Re Vittorio Emanuele III (e dal Presidente del Consiglio dei ministri di allora, Antonio Salandra), con il silenzioso ma notorio dissenso dell'istituzione parlamentare. Ed è altrettanto risaputo come nelle “radiose giornate di maggio” del 1915 vi fu addirittura un tentativo di assalto alla Camera dei deputati, al punto che qualcuno, come Luigi Salvatorelli, ha visto in quell'infausto episodio uno dei prodromi della cosiddetta marcia su Roma del 1922⁶⁹. Quanto al Presidente della Repubblica, poi, va parimenti considerata la sua suprema funzione di garanzia istituzionale, collocato com'è al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato – come da ultimo ricordato anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 1/2013) – e ad un tempo «capo dello Stato» e «rappresentante dell'unità nazionale» (art. 87, co. 1, Cost.). Appare infine ugualmente notevole come, oltre ad essere investiti della fatidica decisione sulla guerra, entrambi tali organi siano parallelamente protago-

⁶⁹ SALVATORELLI, *La vittoria del quinto Stato*, [1922], rist. in ID., *Nazionalfascismo*, Torino, 1977, 82.

nisti di un altro dei settori tradizionalmente riservati al potere esecutivo, quello della ratifica dei più importanti trattati internazionali, come stabilito dal combinato disposto degli articoli 80 e 87, co. 8, Cost., anch'essi in larga parte inapplicati⁷⁰.

4. *La prima proposizione dell'art. 11 Cost. alla prova della prassi istituzionale.*- Se, come si diceva, il Trattato del Nord Atlantico del 1949 (il c.d. Patto atlantico) pare inserirsi all'interno del perimetro delle scelte certo non obbligate ma legittimamente assunte da parte delle forze politiche di maggioranza – e non si tratta affatto di una *deminutio*, perché questa opzione ha anch'essa concorso a segnare la storia repubblicana – al tempo stesso, però, da quell'accordo internazionale è scaturito qualcosa di inedito e diverso: l'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (la NATO propriamente detta). Infatti, a partire dagli anni cinquanta del Novecento si è sviluppata in ambito militare una struttura operativa molto complessa e difficile da studiare, proprio perché le organizzazioni militari non sono come i Parlamenti, case di vetro per antonomasia⁷¹, come la cupola trasparente del palazzo che a Berlino dà sede al *Bundestag*. Quel che però non solo gli studiosi di cose militari ma anche i costituzionalisti più avvertiti hanno concluso, sul punto, è che le scelte più rilevanti adottate dal nostro ordinamento giuridico in tema di difesa «sfuggono a qualsiasi realistica possibilità di intervento dell'apparato costituzionale italiano»⁷². Infatti, come ben messo in luce da Giuseppe de Vergottini, e non oggi ma quasi quarant'anni fa, non già il Trattato del Nord Atlantico del 1949 in sé, ma la sua Organizzazione avrebbe dato vita a una complessa catena di comando, le cui decisioni sarebbero però sostanzialmente sottratte alle doverose determinazioni in materia degli organi costituzionali della Repubblica italiana.

Un esempio concreto, tra i molti, può essere tratto da una vicenda tutt'altro che secondaria della prima metà degli anni ottanta del Novecento – al punto da essere stata da taluno addirittura qualificata come la «Vittorio Veneto della terza guerra mondiale»⁷³ – allorché il Presidente degli Stati Uniti d'America Ronald Reagan decise di porta-

⁷⁰ Sul punto, cfr. già BARBERA, *Gli accordi internazionali*, in *Missili e potere popolare*, Milano, 1986, 71 ss.; CLEMENTI e BARRERA, *La vicenda dell'art. 80*, ivi, 116 ss.

⁷¹ Si veda, infatti, MANZELLA, *Il parlamento*, III ed., Bologna, 2003, 298.

⁷² DE VERGOTTINI, *La modificazione delle competenze costituzionali in tema di difesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 446.

⁷³ INCISA DI CAMERANA, *La vittoria dell'Italia nella terza guerra mondiale*, Roma-Bari, 1996, 57.

re avanti una nuova politica di riarmo, perché questo avrebbe costretto l'Unione Sovietica a fare altrettanto, provocandone il collasso economico-finanziario. Il precipitato di quella scelta, in Italia, è stato l'installazione a Comiso, in Sicilia, dei missili Cruise, con notevoli implicazioni anche sul piano costituzionale⁷⁴. In primo luogo, infatti, si è trattato di armi nucleari, cioè di armi di primo colpo, quindi strutturalmente incompatibili con la guerra non ripudiata ai sensi e per gli effetti degli articoli 11 e 52 Cost. Inoltre, chi avrebbe dovuto decidere se lanciare uno di quei missili da una base collocata nel territorio italiano? Da qui scaturì allora un'importante discussione, poi dimenticata, in ordine alla necessità, prima che politica – lo si ripete – costituzionale, di istituire un sistema detto di doppia chiave: la scelta di premere il bottone sarebbe dovuta spettare, infatti, non (solo) a un ufficiale della NATO, gerarchicamente incardinato in una catena di comando con al vertice probabilmente il Presidente degli Stati Uniti d'America, ma obbligatoriamente a un ufficiale italiano. In questa cornice, la questione fu allora (ma lo stesso vale per l'oggi) tematizzata nei suoi giusti termini giuridici – e, giova ribadirlo, non politici – da Augusto Barbera, il quale pose il problema non tanto di «stare 'dentro' o 'fuori' la Nato, ma quali che siano i modi differenziati di integrazione, [di] vedere *come* starci»⁷⁵.

Quell'episodio, tra i molti che si potrebbero riportare – con riferimento, ad esempio, all'incerto regime delle basi militari⁷⁶ o, ancora, allo svolgimento prima di cosiddette operazioni “non articolo 5”⁷⁷, con esplicito ma negativo riferimento al Trattato del Nord Atlantico del 1949, ed ora ad un *Strategic Concept* che sembra piuttosto dare una più ampia definizione dell'art. 5 medesimo⁷⁸ – chiama allora in causa, oltre che la lettera, la pratica costituzionale; e ciò ancor più nel corso degli accadimenti degli ultimi vent'anni di vita e di storia italiana. È sul piano della prassi istituzionale, infatti, che si registra una preoccupante torsione – sarebbe impossibile sottacerlo – rispetto

⁷⁴ Si vedano, ad esempio, in chiave fortemente critica, gli interventi raccolti nel volume *Gli euromissili e la Costituzione*, Comiso, 1984, *passim*.

⁷⁵ BARBERA, *op. cit.*, 89.

⁷⁶ Su cui si vedano le riflessioni già a suo tempo formulate da MARCHISIO, *Le basi militari nel diritto internazionale*, Milano, 1984, 117 ss.

⁷⁷ *Strategic Concept*, [1999], su www.nato.int, 3.

⁷⁸ *Strategic Concept*, [2010], su www.nato.int, 7; sul punto, cfr. altresì CANNIZZARO, *La nuova dottrina strategica della NATO e il ruolo dell'alleanza atlantica nelle crisi internazionali*, in *RDI*, 2011, 171 ss.; PAVONE, *Il nuovo concetto strategico della NATO*, in questa *Rivista*, 2011, 455-456; IOVANE, *L'articolo 11 della Costituzione e le operazioni della NATO*, in *L'articolo 11 della Costituzione*, cit., 160-161.

all'assetto relativo al ricorso allo strumento bellico delineato nella Carta costituzionale del 1947.

Una prima tappa senz'altro significativa è rappresentata dalla cosiddetta guerra del Golfo contro l'Iraq nel 1991, quando l'Italia inviò – lo si ricorderà – diversi aerei per l'attacco al suolo e alcune navi militari. Si è trattato, infatti, della prima volta, dal secondo dopoguerra in poi, in cui il nostro Paese ha intrapreso vere e proprie azioni di tipo bellico fuori dai confini repubblicani, senza però alcun passaggio parlamentare e presidenziale, ai sensi e per gli effetti, rispettivamente, dei già citati articoli 78 e 87, co. 9, Cost. Il tornante successivo è poi rappresentato da quelle guerre – più di una, ormai – in cui l'Italia non è intervenuta a difesa di uno Stato aggredito (com'era stato in occasione della succitata guerra del Golfo, quando l'Iraq invase, com'è noto, il Kuwait), ma tecnicamente come aggressore, cioè ai danni di un altro Stato: sono i casi dell'*ex* Jugoslavia nel 1999, dell'Afghanistan nel 2001 e della Libia nel 2011. Ovviamente, ciascuno di quegli interventi militari fa storia a sé dal punto di vista del diritto internazionale e non può essere certo questa la sede né per riannodare le fila delle intense discussioni che ognuno di essi ha sollevato né per riportare gli «elementi di differenziazione, di discontinuità e, talvolta, di evidente contraddizione»⁷⁹ che hanno segnato le reciproche (re)azioni degli Stati nei tre episodi citati. Preme solo sottolineare, in punto di diritto costituzionale, che in tutte quelle «vere e proprie guerre»⁸⁰ il nostro Paese è intervenuto usando la violenza bellica per primo e non reagendo a un attacco altrui, ciò solo ponendo in sé un problema di compatibilità di quelle operazioni militari con la prima proposizione dell'art. 11 Cost.; mentre, per altro verso, non si può non censurare, più di tutto, la vicenda del primo di quegli interventi militari, quello nell'*ex* Jugoslavia, preceduto dall'assenso a un *activation order* della NATO deliberato da un Governo in quel momento privo della fiducia parlamentare e quindi legittimato, come si suol dire, al solo disbrigo degli affari correnti⁸¹.

In definitiva, l'assai problematica compatibilità di ciascuna di quelle operazioni militari con la prima proposizione dell'art. 11 Cost.; l'assenza di ogni riferimento alla procedura di deliberazione e di dichiarazione dello stato di guerra a norma degli articoli 78 e 87, co. 9, Cost.; l'assoluta centralità dell'organo costituzionale Governo nella

⁷⁹ GARGIULO, *op. cit.*, 1420.

⁸⁰ DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 35.

⁸¹ Sul punto, si rinvia a D'ALEMA, *Kosovo*, Milano, 1999, 11 ss.

decisione circa il ricorso allo strumento militare all'estero sono tutti sintomi, in questo ventennio, dell'edificazione di una pratica istituzionale sovrapposta e parallela all'assetto tratteggiato nella nostra Carta repubblicana, prassi caratterizzata, peraltro, da una serie di incoerenze profonde e ripetute⁸². Merita di essere qui evocata almeno la maggiore, che riguarda la disciplina di ordine penale da applicare ai soldati italiani in missione militare all'estero. Fuori dai casi di guerra, esiste un apposito codice, il codice penale militare di pace. A un certo punto, però, nei primi anni del secolo nuovo, ci si è resi conto che quel codice, per le missioni in Afghanistan e in Iraq, dove le condizioni erano (*rectius*, nel primo caso sono) evidentemente molto difficili, non sarebbe bastato, non avrebbe tutelato sufficientemente gli stessi soldati. E allora quello stesso Parlamento, che pure non ha ritenuto, in quella come in tutte le altre occasioni, di dover deliberare lo stato di guerra *ex art. 78 Cost.*, ha stabilito che per due situazioni (Afghanistan, a norma dell'art. 8 del d.l. n. 421/2001, convertito con modificazioni nella l. n. 6/2002, e Iraq, a norma dell'art. 16, co. 1, del d.l. n. 165/2003, convertito nella l. n. 219/2003) – e solo per quelle – si sarebbe dovuto impiegare il codice penale militare non di pace, ma di guerra, con conseguenze di tutto rilievo sul piano applicativo⁸³.

Allo stesso modo, l'art. 2, co. 1, lett. *f*), n. 2, della l. n. 331/2000 (ed ora l'art. 1929, co. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 66/2010), che ha sospeso la leva obbligatoria, ha previsto la possibile riattivazione del servizio militare ovviamente in caso di deliberazione dello stato di guerra, ma anche qualora «una grave crisi internazionale nella quale l'Italia sia coinvolta direttamente o in ragione della sua appartenenza ad una organizzazione internazionale giustifichi un aumento della consistenza numerica delle Forze armate»; ed ancora il novello codice dell'ordinamento militare di cui al citato d.lgs. n. 66/2010 riporta numerose occorrenze, com'è stato notato⁸⁴, in cui tale «grave crisi internazionale» appare a vario titolo evocata ed accostata alla guerra propriamente detta. Il legislatore, in ciascuno di questi frangenti, ha così attribuito lo stesso effetto giuridico a due circostanze che sarebbero dovute però rimanere distinte: quella di uno stato di guerra costituzionalmente de-

⁸² A ciò ha contribuito, ad avviso di CARLASSARE, *L'art. 11 della Costituzione*, cit., 3, un dibattito dottrinario che avrebbe assunto, in parallelo, «una direzione precisa: liberarsi dai limiti fastidiosi di una Costituzione rigida, indebolirne significato e valore, svincolare la politica dal diritto».

⁸³ Sul punto, da ultimo, SOMMA, *La partecipazione italiana a missioni internazionali*, in *Federalismi.it*, 2011, fasc. VII, su www.federalismi.it, 17 ss.

⁸⁴ Il punto è colto, altresì, da DE VERGOTTINI, *Il "ripudio della guerra"*, cit., 52.

liberato e dichiarato – che si verifica nei casi di guerra per la difesa della patria o, eventualmente, per la difesa di un altro Stato alleato, in virtù di un trattato internazionale difensivo – e quella, invece, di una crisi internazionale, più o meno «grave».

Alla luce di questa breve silloge di indicazioni normative può quindi convenirsi che, nel nostro più recente passato, alcune volte si è fatta la guerra senza dirlo⁸⁵ (perché ovviamente la parola “guerra” spaventa, è molto lontana dalla nostra esperienza quotidiana ed induce pertanto a più o meno spericolate «ipocrisie lessicali»⁸⁶); e altre volte, invece, si è fatta la guerra e lo si è detto⁸⁷, ma solo a mezza voce, nel senso che si è data applicazione al codice penale militare di guerra, ma senza che quegli interventi militari si inquadrasero nella dovuta cornice costituzionale.

5. In conclusione: un principio decostituzionalizzato o da ricostituzionalizzare?. - Nell'attuale orizzonte ordinamentale, appare oltremodo difficile, nonostante le rassicuranti dichiarazioni rese, ad esempio, dal nostro Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano in occasione dell'intervento militare in Libia nel 2011, improntate a un argomento di carattere riduzionista, negare che si trattasse di una guerra propriamente detta⁸⁸; così come, per altro verso, per le ragioni già innanzi dette non può risultare condivisibile la tesi derogatoria, per cui, in nome della “copertura” data da un ordinamento che «assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», come reca la seconda proposizione dell'art. 11 Cost., sarebbe lecito contravvenire a quanto scritto nella prima, in ragione di una pur «costante interpretazione evolutiva»⁸⁹. Rispetto a una discrasia così evidente tra il testo costituzionale e la sua

⁸⁵ Sul punto, cfr., specialmente, DE FIORES, “L'Italia ripudia la guerra”?, Roma, 2002, 18; nonché, da ultimo, ID., *La Libia, la costituzione e la guerra “umanitaria”*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2011, fasc. II, 44-45.

⁸⁶ Così AMATO, *La nostra Carta non nega la guerra*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 ottobre 2010, 10.

⁸⁷ Sul punto, ancora, DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 35 ss.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, l'*Intervento del Presidente Napolitano all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* del 28 marzo 2011, su www.quirinale.it; sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'intera vicenda, si rinvia, per tutti, a BELLANDI, *Il Consiglio supremo di difesa e la crisi libica*, in *Quaderni cost.*, 2011, 665 ss.

⁸⁹ Così, da ultimo, DE VERGOTTINI, *Il “ripudio della guerra”*, cit., 33; RONZITTI, *Conclusioni*, in *L'articolo 11 della Costituzione*, cit., 180; va ricordato, in proposito, l'ammonimento di ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, [1945], in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 122, per il quale «ciò che si evolve, che non può non evolversi, che si deve evolvere, non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto dell'interpretazione».

pratica applicativa, gli *argumenta*⁹⁰ sembrano ridursi a due alternative: quella di chi, in maniera lucida ma iperrealista, ritiene che ormai la prima proposizione dell'art. 11 Cost. sia da considerarsi decostituzionalizzata⁹¹, perché l'assetto mondiale in cui l'Italia di oggi si troverebbe ad agire – e ad avviso di taluno lo stesso diritto internazionale, come dimostrato di recente dal successo dell'«espressione per così dire *à la page*»⁹² della «responsibility to protect»⁹³ – sarebbe cambiato; e quella di chi, invece, rivendica nel momento presente il valore e l'attualità di quell'enunciato costituzionale.

Anche di fronte a questa scelta (soprattutto di fronte ad essa), la Carta repubblicana impone allora al cittadino-lettore una presa di posizione attiva e consapevole, soprattutto per chi crede e sostiene la seconda alternativa, a sostegno di quella che dovrà configurarsi, né più né meno, come una vera e propria ricostituzionalizzazione delle scelte fondamentali in tema di ricorso alla forza militare da parte del nostro Stato. La Costituzione, infatti – lo ha detto magistralmente Piero Ca-

⁹⁰ Cfr. già BENVENUTI, *L'Italia, la Costituzione*, cit., 2 ss.

⁹¹ Così, *in primis*, MOTZO, *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell'impero*, in *Quaderni cost.*, 1999, 232; cfr. altresì, da ultimo, DE VERGOTTINI, *Il "ripudio della guerra"*, cit., 67, il quale ipotizza una «tacita modifica derogatoria *pro parte* del disposto costituzionale».

⁹² POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali*, Napoli, 2011, XIX.

⁹³ La c.d. dottrina del *responsibility to protect* deve il suo successo alla pubblicazione dell'omonimo rapporto (Ottawa, 2001) da parte di un *International Commission on Intervention and State Sovereignty* istituito dal Canada e ai richiami ad esso effettuati nelle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza del 28 aprile 2006, n. 1674 e dell'Assemblea Generale dell'ONU del 7 ottobre 2009, n. 63/308; sul punto, si vedano, nella (sola) dottrina italiana, GARGIULO, *Dall'intervento umanitario alla responsabilità di proteggere*, in questa *Rivista*, 2007, 664 ss.; FOCARELLI, *La dottrina della "responsabilità di proteggere" e l'intervento umanitario*, in *RDI*, 2008, 343 ss.; ZORZI GIUSTINIANI, *La "responsabilità di proteggere"*, in *DUDI*, 2009, 42 ss.; POLI, *R2P as an Emerging Rule of International Law and the Opinion Necessitatis of an Accountable International Community*, in questa *Rivista*, 2010, 581 ss.; NATOLI, *Considerazioni sull'intervento militare in Libia a dieci anni dalla nascita della "Responsibility to protect"*, in *MLLWR*, 2011, 266 ss.; POLI, *La responsabilità di proteggere*, cit., 1 ss.; GARGIULO, *Uso della forza*, cit., 1422 ss.; nonché, in termini particolarmente critici, PICONE, *Recensione a Christopher Verlage*, in *RDI*, 2010, 295, il quale parla di un «fenomeno di moda, col quale si cerca di buttare [...] vino vecchio in botti nuove!»; ID., *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento "umanitario" in Libia*, in *DUDI*, 2011, 221-222; con specifico riferimento, poi, alla guerra di Libia del 2011, cfr. la risoluzione del Consiglio di Sicurezza del 17 marzo 2011, n. 1973, nonché CANNIZZARO, *Responsabilità di proteggere e intervento delle Nazioni Unite in Libia*, in *RDI*, 2011, 822 ss.; FOCARELLI, *La crisi libica*, in *DUDI*, 2011, 373 ss.; NATOLI, *op. cit.*, 268 ss.; VILLANI, *Aspetti problematici dell'intervento militare nella crisi libica*, in *DUDI*, 2011, 370-371; ID., *L'intervento militare in Libia*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2011, fasc. II, 55-56; GARGIULO, *Uso della forza*, cit., 1426.

lamandrei in un discorso ai giovani di più di cinquant'anni fa – «non è una macchina, che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta; la lascio cadere e non si muove: perché si muova bisogna, ogni giorno, rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità»⁹⁴.

La sfida di ricostituzionalizzare la prassi istituzionale in ambito bellico e di inverare e sostanziare giorno per giorno il principio del ripudio della guerra, al pari degli altri principi fondamentali, è dunque un atteggiamento che chiama senz'altro in causa il diritto costituzionale, la sua teoria e la sua pratica – posto che «fra elementi testuali e non testuali della realtà si sviluppano relazioni bidirezionali, nelle quali essi giocano ora la parte del contesto [...] condizionante, ora quello dei fenomeni condizionati»⁹⁵ – e, dunque, chi ha scelto di studiarlo⁹⁶. Al tempo stesso, però, le opposte e connesse vicende del «problema della guerra» e delle «vie della pace», riprendendo le parole di Norberto Bobbio⁹⁷, proprio perché il Novecento è il secolo in cui i conflitti armati sono stati guerre di popolo e non solamente di *élites* o di eserciti professionali, danno all'ordinamento democratico e ai cittadini che lo compongono la possibilità di dire la loro. Questa è la traccia che, ancora oggi, la prima proposizione dell'art. 11 Cost. è destinata a lasciare.

ABSTRACT

The First Proposition of Article 11 of the Italian Constitution between (ir)relevance and (mis)implementation. A de-constitutionalized principle or one to be re-constitutionalized?

The first proposition of Article 11 of the Italian Constitution states that “Italy repudiates war as an instrument of offence against the freedom of

⁹⁴ CALAMANDREI, *Discorso sulla Costituzione*, [1955], ried. in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, vol. I, 121.

⁹⁵ Così, da ultimo, LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Riv. tel. giur. AIC*, 2013, fasc. I, su www.rivistaaic.it, 2.

⁹⁶ Ciò con la consapevolezza di poter «escludere che il giurista possa limitarsi a osservare un *esistente immobile*, comprensibile unicamente attraverso gli strumenti della tecnica e della logica giuridica. Non solo il suo oggetto (il diritto), ma lo stesso fondamento di legittimazione (costituzionale) si mostrano in permanente tensione, richiedendo di continuo di essere criticamente ricostruiti e ripensati» (AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, 17).

⁹⁷ BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, [1966], rist. in ID., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 2009, 29 ss.

other peoples and as a means for settling international disputes". Firstly, the essay inquires into the historical reasons for the approval of such a trenchant, broad and clear provision during the Constituent Assembly of 1946-1947. Then, it stresses the choice of wording in composing the proposition, both in itself and in the context of the two other propositions of Article 11. The result of a systematic interpretation of the provision, which is indeed one of the fundamental principles of the Italian Constitution, is the need to read Article 11 as a whole and to reject any opinion based on a derogatory interpretation of the second and the third propositions of Article 11 as opposed to the first. In this framework, the option of resorting to war is denied by the Italian constitutional order, with the exceptions of a war necessary for the "defense of the homeland" (Article 52) or of a war caused by an attack on an allied country, within the context of an international multilateral defensive alliance, such as the North Atlantic Treaty of 1949.

However, Italian institutional practice brings out some significant discrepancies with the text of Article 11 of the Constitution. Some are related to the involvement of Italy in the North Atlantic Treaty Organization and others to its participation in military interventions against other countries, such as in the former Yugoslavia in 1999, in Afghanistan in 2001 and in Libya in 2012. The final aim of the essay is to discuss the present situation of desuetude of Article 11 and to propose, on the contrary, a re-affirmation of the binding legal obligation regarding the repudiation of war as one of the fundamental principles of the Italian Constitution.

INTELLIGENCE COLLECTION IN TIME OF PEACE AND INTERNATIONAL LAW

PIERLUIGI SALVATI

SUMMARY - 1. Introduction; 2. *Intelligence collection*: definition, elements and typologies; 3. State practice on *intelligence collection*: activities carried out in a foreign territory; 3.1 in or from international spaces: the high seas, the exclusive economic zone and other international spaces; 3.2 by diplomatic missions; 3.3 Case law on *intelligence collection*; 4. *Intelligence collection* between unlawfulness and lawfulness; 4.1 as an unfriendly act ; 4.2 as a tool of international cooperation

1. Linked to the traditional activity of espionage, which is, pursuant to a famous adage, «the world's second oldest profession»¹, intelligence collection is an atypical aspect of the international relations, lacking of an *ad hoc* legal regulation, which is a symptom of its peculiarity. Intelligence collection is «curiously ill-defined under international law»², usually described as ‘underdeveloped’³ in regulating this matter in time of peace. In fact, if the law of war somehow regulates this activity, *inter alia*, in the Hague Regulations of 1907⁴ and the Geneva Convention of 1949⁵, many scholars underline the «interesting lacuna»⁶ existing in time of peace. This essay will focus on that point, *i.e.* on the question of whether the mere collection of information – not involving sabotage or other destructive activities – carried out by States or international organizations towards

¹ See KNIGHTLEY, *The Second Oldest Profession: Spies and Spying in the Twentieth Century*, 1980.

² BAKER, *Tolerance of International Espionage: A Functional Approach*, in *Amer. UILR*, 2004, at 1091; see also RADSAN, *The Unresolved Equation of Espionage and International Law*, in *Mich. Jou. IL*, 2007, at 595; SULMASY, YOO, *Counterintuitive: Intelligence Operations and International Law*, *ivi*, 2007, at 625; DEMAREST, *Espionage in International Law*, in *Denver JILP*, 1996, at 321.

³ See FORCESE, *Spies Without Borders: International Law and Intelligence Collection*, in *JNSLP*, 2011, at 185.

⁴ See Chapter II, Arts. 29-31 of the The Hague Convention of 1907 - The Laws and Customs of War on Land, The Hague, October 13, 1907, in avalon.law.yale.edu.

⁵ See Art. 5 of the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, in www.icrc.org.

⁶ DEMAREST, *op. cit.*, at 321.

other States without their consent or knowledge gets a sort of regulation in international law.

State practice shows that if most of the domestic legal systems provide for the repression of intelligence collection conducted inside the national territory by foreign powers, States keep on protecting and strengthening their own intelligence capacities to conduct these activities abroad. This represents a downright oxymoron as States consider such activities pursuant to a *double-standard*⁷ by grounding, from time to time, their lawfulness on the protection of their national security, where carried out by them to detriment of other foreign entities, or their unlawfulness on the violation of their national law and sovereignty, where carried out by foreign States inside their territory to their detriment. However, although intelligence collection may violate the domestic law of the target-State, this does not automatically entail its unlawfulness also under international law. On the contrary, often considered just as unfriendly acts, these activities may become a fundamental tool for international relations, representing a ‘fluidifying’ element of international politics in some important matters.

2. Defining *intelligence collection* is, of course, crucial⁸ also considering that there is not a universally recognized definition of this activity⁹ which is certainly similar to the traditional activities of espionage: very often these words are improperly confused and used as synonyms, although common and differential aspects clearly come out.

As both activities are directed to gather information, the main difference between them can be found on their specific and different purposes; if “intelligence collection” is a process of gathering and analysis of confidential information for political purposes¹⁰, aimed at

⁷ Commander SCOTT, *Territorially intrusive intelligence collection and international law*, in *Air Force LR*, 1999, at 226.

⁸ See WHEATON, BEERBORNE, *Toward a New Definition of Intelligence*, in *Stanford LPR*, 2006, at 320, citing LOWENTHAL, *Intelligence: from Secrets to Policy*, Washington, 2002, at 432.

⁹ SULMASY, YOO, *op. cit.*, at 631. International law in time of peace does not provide for a definition of *intelligence collection*, unlike international law of war which, although not expressly defining “espionage”, provides at articles 29 and following of The Hague Convention of 1907 that «a person can only be considered a spy when, acting clandestinely or on false pretences, he obtains or endeavours to obtain information in the zone of operations of a belligerent, with the intention of communicating it to the hostile party».

¹⁰ See DEMAREST, *op. cit.*, *supra* note 2, at 322.

understanding and influencing States or other foreign entities in their strategic choices¹¹, “espionage” is a clandestine tool of acquisition of information, not necessarily linked to political decisions and not automatically aimed at influencing the so-called *policy-makers*, but ranging over different levels, economic, financial, industrial, commercial etc.

If this demarcation manages to point out the difference between the two activities, the effective characteristics of *intelligence collection* come from the State legislations which represent an auxiliary but essential tool to reach a notion¹².

From these provisions, it follows that the elements composing the notion of *intelligence collection* are¹³: a) the qualities of the subjects carrying it out, that is State agents – both civil and military – acting on behalf of a State (or international organizations); b) the targets of such activities, that have to be States or other international subjects; c) the main goal of such activities, that is to understand and influence political or government acts of the target States or entities; and d) that such activities are to be carried out secretly¹⁴. In this context, intelligence collection can be defined as a «secret state activity to understand or influence foreign entities»¹⁵ through a complex process of gathering and analysis of confidential information for political purposes¹⁶.

¹¹ The British security agency MI5 defines intelligence as «information of all sorts gathered by a government or organization to guide its decisions»; see MI5, “Intelligence and Espionage”, in www.mi5.gov.uk.

¹² COHEN-JONATHAN, KOVAR, *L’Espionnage en temps de paix*, in *AFDI*, 1960, at 240.

¹³ As a title of example, the New Zealand criminal code considers espionage the act to transmit confidential information «to a country or organization outside New Zealand or to a person acting on behalf of any such country or organization», in www.legislation.govt.nz; see also the Sweden criminal code provides at chapter 19, para. 5: «A person who, in order to aid a foreign power, without authorization obtains, transmits, gives or otherwise reveals information concerning a defense facility, arms, supplies, imports, exports, means of production, negotiations, decisions or other conditions, the disclosure of which to a foreign power can cause harm to the total defense of the Realm, or otherwise to the security of the Realm, shall be sentenced, whether the information is correct or not, for espionage to imprisonment [...]», in www.regeringen.se.

¹⁴ The secrecy is an aspect much stressed by the scholars considering that «the connection between intelligence and secrecy is central to most of what distinguishes intelligence from other intellectual activities»; see SHULSKY, *Silent Warfare: Understanding the World of Intelligence*, Washington, DC, 2002, at 171.

¹⁵ WARNER, *Wanted: A Definition of ‘Intelligence’*, in *St. Intel.*, 2002, at 35.

¹⁶ The American intelligence agency CIA considers intelligence as «the collecting and processing of what information about foreign countries and their agents which is needed by a government for its foreign policy and for National security, the conduct of non-attributable activities abroad to facilitate the implementation of foreign policy, and the protection of both

Although States usually use the word “espionage” in their domestic legislation, as such a word expresses an evident worse acceptation, the activities provided therein coincide with the notion of “intelligence collection” as just pointed out.

However, “intelligence” and “espionage” may often end up by englobing mutually; in fact, if the word “espionage” seems to entail a broader meaning than intelligence, as the last one is characterized by clandestine collection of information just for political purposes by state agents, the contrary can also be true: intelligence is a broader category than espionage, which is a mere collection of information, while intelligence involves also its analysis and final use¹⁷. The first moment, that is the information gathering (*intelligence collection strictu sensu*), is relevant under international law, while the second one, that is the same information collected and its use by the States¹⁸, falls within the political evaluation of the States.

Intelligence collection can be carried out by two main different means: human intelligence (*humint*), *i.e.* intelligence gathered by means of interpersonal contact; or signals intelligence (*sigint*), *i.e.* intelligence gathered by electronic surveillance by satellites, aerial operations and other technological tools.

Humint is the activity more linked to the classical idea of ‘espionage’ in both times of war and peace as it has been the more common system to collect information from far-off times at least until the half of the XX century, often by involving clandestine activities and sources¹⁹.

The end of the cold war and a sudden technological development has partially downsized the role of *humint* because of the creation of new and more effective tools of information collection, although human intelligence undoubtedly played an important role until the fall of the Berlin wall²⁰. However, intelligence collection carried out by

process and product, as well as persons and organisations concerned with these, against unauthorised disclosure», in BIMFORT, *A Definition of Intelligence*, in *St. Intel.*, 1958, at 78.

¹⁷ See KENT, *Prospects for the National Intelligence Service*, in *Yale R.*, 1946, at 117; see also LAQUEUR, *A World of Secrets: The Uses and Limits of Intelligence*, New York, 1985, at 12.

¹⁸ See *amplius* RADSAN, *op. cit.*, at 599.

¹⁹ NATO defines *humint* as «a category of intelligence derived from information collected and provided by human sources»; see NATO, *Glossary of terms and definitions*, 2010.

²⁰ ANDREW, GORDIEVSKII, *La Storia Segreta del KGB*, Milano, 1991, at 614-38. See also CHRISTOPHER, OLEG, *Comrade Kryuchkov's Instructions: Top Secret Files on KGB Foreign Operations*, 1975-1985, Stanford California, 1993, at 67-90.

technological means is nowadays the more common tools to gather information, by *sigint* in a strict meaning²¹, communications intelligence (*comint*) *i.e.* intelligence gathered by interception of signals among people; electronic intelligence (*elint*), *i.e.* information deriving from electromagnetic radiations and electronic signals; and imagery intelligence (*imint*), *i.e.* information collected by pictures or other images via satellite or aerial photography²².

After the collapse of the Soviet Union, and, above all, because of the globalization phenomena, the role of *humint* has increased again and is likely to play a more and more incisive role in a new multipolar world, considering the volatility and unpredictability of the new subjects acting worldwide, as rogue States and terrorist groups²³.

3. From State practice, the legal regime of *intelligence collection* can be outlined, the lawfulness or unlawfulness of which cannot be correctly framed aside from its localization. In particular, a crucial distinction must be pointed out between the activities of intelligence carried out inside a territory without the consent of the State concerned and the ones carried out in or from international spaces. In fact, in case of *intrusive intelligence collection*, such activity entails supplemental international law issues, most notably the potential clash between intelligence gathering and fundamental principles of international law as the respect of State sovereignty and non-interference in the internal affairs²⁴.

Very often, the question related to the lawfulness (or unlawfulness) of the activities under discussion intertwines with problems related to the not-authorized admission in the territory of the target-State, so that the judgment of the offended State identifies and gets confused with the internationally unlawful violation of its territorial sovereignty²⁵.

²¹ The US Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms defines *sigint* as: «A category of intelligence comprising either individually or in combination all communications intelligence (COMINT), electronic intelligence (ELINT), and Foreign instrumentation signals intelligence, however transmitted»; in www.dtic.mil.

²² PARKS, *The International Law of Intelligence Collection*, in *NSL*, 1999, at 433. See amplius ANDREW, *For the president's Eyes Only. Inside CIA's Private World: Declassified Articles from the Agency's International Journal*, 1995.

²³ ANDREW, *L'intelligence in un mondo multipolare*, in *Modernizzazione e Sviluppo*, VI, 2/3, 1995; see also 'Per Aspera ad Veritatem' no.8 May-August 1997, in www.sisde.it.

²⁴ See FORCESE, *op. cit.*, at 197.

²⁵ The fundamental principle of territorial sovereignty has been reasserted in the United Nation Chart at Art. 2(4) prohibiting the violation of the territorial integrity of States. On this

This is the approach coming from state practice. Emblematic is the notorious case of the U2 incident in 1960 when a US spy-plane, left from its base in Peshawar, Pakistan, for an intelligence collection mission in USSR, was located over the Soviet skies and shot down over Sverdlovsk. It may be of interest to note that, in that occasion, both the States concerned focused the analysis of the incident above all on the violation of the USSR territorial sovereignty. In fact, before the Soviet Tribunal, Attorney General Roudenko reaffirmed the principle of inviolability of airspace above the State territory, but never stated that 'espionage' was held to be an international unlawful activity or a violation of international law²⁶. In particular, in the note of protest sent by the USSR to the US on May 10, 1960, the government of Moscow emphasized that the American aircraft had intruded across the borders of the Soviet Union for reconnaissance purposes²⁷ but, as noted «the Soviet response was not in terms of the legality of espionage, but rather that aerial espionage was especially dangerous to world order since armed and unarmed aircrafts were undistinguished on radar»²⁸.

In a similar case, a few months later, a US RB-47 spy-plane, which was on a mission from the United Kingdom, was shot down by a Soviet MIG-19 near the borders of Norway and the Soviet Union, over the Barents Sea. According to the British government, State from where the RB-47 aircraft had departed, the flight had been «perfectly legal» as, although conducting intelligence collection activities, it never intruded the Soviet national air space. Thus, the United Kingdom clearly affirmed that the aircraft was carrying out intelligence gathering operations on the coastal State and that this activity could be

point, the *General Assembly Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States* declares, «[e]very State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State» and «[n]o State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State»; see G.A. Res. 2625 (XXV), Annex, U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, at 123, U.N. Doc. A/5217 (Oct. 20, 1970).

²⁶ On the proceedings, see amplius LISSITZYN, *Some Legal Implication of the U2 and RB-47 Incidents*, *AJIL*, 1962, at 135.

²⁷ See Soviet Note to the United States, May 10, 1960, in avalon.law.yale.edu; see amplius COHEN, KOVAR, *supra* note 12, at 246.

²⁸ See EDMONSON, *Espionage in Transnational Law*, in *Vanderbilt J Trans. L.*, 1972, at 448. On the point, the 1902 Resolution on the Law of the Air, Art. 7 stated that «every State has rights over its airspace which are necessary for its protection and for the suppression of espionage».

legitimately conducted outside the air space of the target-State²⁹. After all, a few months before, with reference to the just cited U2 case, the United States had already affirmed that «it is certainly no secret that, given the state of the world today, intelligence collection activities are practiced by all countries»³⁰.

Lingering over a more recent practice³¹, on May 20, 2009, the Lebanese Permanent Representatives to the United Nations sent the Secretary General and the President of the Security Council a letter denouncing «the Israeli spying network» inside the Lebanese territory; after listing several cases of intelligence collection carried out by Israeli agents in Lebanon, ambassador Salam affirmed that «the above mentioned spying activities constitute a violation of Lebanon's sovereignty»³². Also in this case, the intelligence collection carried out by the Israeli Mossad has been considered as a violation of international law not chiefly as activity of information gathering but as a violation of the Lebanese territorial sovereignty so that the Lebanese ambassador, underlying the daily flying over and the incursions of Israeli agents in the Lebanese territory, clearly stated that «the Israeli actions are flagrant and striking violations of the sovereignty of the Lebanon»³³.

Accordingly, on October, 2009, Venezuelan Interior and Justice Minister Tarek El-Aissami denounced officers from Colombia's domestic intelligence agency operating clandestinely in order to destabilize the government. He presented before the National Assembly documents on covert operations carried out by the Colombian Security Service agency inside Venezuela; according to

²⁹ Reported in WOODLIFFE, *The peacetime use of foreign military installations under modern international law*, The Hague, 1992, at 266; see also CICIRIELLO, *Voce "Spionaggio" (Dir. Int.)*, Enc. giur., 1993, at 3.

³⁰ See State Department Statement, May 7, 1960, in Department of State Bulletin, May 23, 1960, at 818-819, in avalon.law.yale.edu.

³¹ On February 24, 1982, a Soviet nuclear submarine intruded the Gulf of Taranto, Italy, inside the Italian national waters, and so violating Italy's sovereignty and causing a serious diplomatic incident between the two countries. In that occasion, the Italian authorities simply obligated the USSR submarine to leave and put out to sea as it did not represent a real threat to the national security. However, also in that case, the unlawfulness of the Soviet action was identified by the Italian government in the violation of the national sovereignty of the offended State. See *amplius* Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Resoconto Stenografico – 474 – session held on March 5, 1982, in www.camera.it.

³² UN Doc. A/63/860-S/2009/264. Identical letters dated 20 May 2009 from the Permanent Representative of Lebanon to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, May 21, 2009.

³³ *Ibidem*.

Interior Minister, these were clear «destabilizing actions promoted by the Colombian government», considering such activities as «an unacceptable violation of our sovereignty»³⁴. President Chavez affirmed that Colombia had sent spies to destabilize Venezuela, clearly stressing the violation of the national sovereignty and the principle of non-interference in internal affairs.

On December 4, 2011, an American spy-drone was captured by Iranian forces near the city of Kashmar in northeastern Iran. The government of the United States claimed that a CIA drone was flying on the Afghan side of the Afghanistan-Iran border when, the same day, its operators lost control: consequently, US admitted there was a possibility that it was the vehicle crashed near Kashmar. Iran, on the contrary, affirmed that the US spy-craft voluntarily had intruded Iran territory, violating Iranian airspace. On December 9, 2011, Iranian government lodged a complaint to the United Nations Security Council formally denouncing the drone had violated its national airspace; Iran ambassador to the United Nations Mohammad Khazaei stated that his government «emphasizes that this blatant and unprovoked air violation by the United States government is [...] an act of hostility against the Islamic Republic of Iran in clear contravention of international law, in particular, the basic tenets of the United Nations Charter»³⁵. A few days later, the ministry spokesman stressed again the violation of Iran national airspace, also making reference to the ‘spying operation’ carried out by the US, in violation of Iran’s internal affairs³⁶. Also in this statement, the breach of the territorial integrity seems to be considered by the same offended State as the main violation of the international law following the intelligence collection operation, though denouncing the ‘espionage’ purposes of the mission.

In most cases, therefore, the aim of intelligence collection of the activities carried out in the foreign territory intertwined with the principles of international law stating the respect of the territorial integrity of States and non-intervention in internal affairs, which is the violation mainly denounced by the target-States, more than the simple intelligence purposes of the operations. The goal to collect confidential information is considered no more than an aggravating and almost political circumstance of the mentioned violation. In some

³⁴ www.bloomberg.com.

³⁵ www.iran-un.org.

³⁶ www.telegraph.co.uk.

cases, as in the U2 case, the target-State usually contests expressly the espionage purposes during the domestic criminal proceedings toward the foreign agent violating the domestic ‘espionage’ law and according to its national legal system³⁷.

3.1 The legal regime of the high seas, codified in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)³⁸ of 1982, is characterized by the so-called ‘freedom of the high seas’, allowing *de facto* States, as far as it concerns our analysis, to carry out intelligence gathering operations therein. Art. 87(1) UNCLOS affirms that high seas are open to all States, recognizing the freedom of navigation and over-flight and the invalidity of any claim of sovereignty over the high seas, as better specified in the following Art. 89.

State practice constantly shows that intelligence collection operations carried out in and from high seas are considered as lawful (or, however, not unlawful) activities: in 1960, the Soviet listening ship “Vega” was caught in collecting information on detriment of the United States off the American coasts³⁹; as the spy-ship was over the limit of the US national waters, the United States did not protest, referring to such an episode just as a political weapon against USSR in the following intelligence collection disputes between the two super-powers.

In 1968, the American Navy intelligence ship USS *Pueblo* was approached by North Korean vessels and its 82 crew members were taken prisoner. US immediately protested affirming *Pueblo* was in international waters, 24 miles off the North Korean coasts⁴⁰, while the North Koreans claimed the US ship was within North Korean territory. To resolve the crisis, the US acknowledged that the ship had «illegally intruded into the territorial waters of North Korea» and apologized for «the grave acts committed by the U.S. ship»⁴¹, admitting the *Pueblo*'s intrusion into North Korean territory and

³⁷ In the cited U2 case, the US pilot Powers was sentenced to 10 years in prison according to Art. 58-6 Soviet Criminal Code of 1934, in www.cyberussr.com. The judgment was passed on August 19, 1960; see ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *RGDIP*, 1962, at 621; the judgment is also available at ru.wikisource.org.

³⁸ www.un.org.

³⁹ Cited in CICIRIELLO, *op. cit.*, at 3.

⁴⁰ See ALDRICH, Assistant Legal Adviser, US Department of State, *Questions of International Law raised by the seizure of the U.S.S. Pueblo*, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), 1969, at 2.

⁴¹ The official statement of apology is reported in *AJIL*, 1969, at 684.

pledged to cease any action in the future. United States also clearly admitted that *Pueblo* was carrying out intelligence gathering activities but, though agreeing not to undertake similar intelligence gathering activities in the future against North Korea, did not consider them as unlawful operations, as international law does not expressly prohibit them. North Koreans, on the contrary, claimed that *Pueblo* was sailing in their national waters without its consent and that the passage was not-innocent. The violation of their national sovereignty was then considered as an unlawful act rather than the intelligence activities carried out by the American ship as such⁴² since the unlawfulness of such activities under international law seemed to be ambiguous to the same target-State. Also in this case, the fulcrum of the issue was the localization of the ship within North Korean national waters, as stressed in the confession and apology coerced to the *Pueblo* commander.

The regime provided for the high seas has been reasserted in the UNCLOS in relation to the Exclusive Economic Zone (EEZ)⁴³. Here, pursuant to Art. 58(1), all States enjoy the freedoms of navigation and over-flight and other «internationally lawful uses» of the sea related to these freedoms. Therefore, the possibility to carry out intelligence gathering operations also seems to extend to the EEZ, although it is questionable if such activities are an “internationally lawful use” of the sea. In fact, if intelligence collection in the EEZ seems to be guaranteed by Art. 58(1), becoming internationally unlawful just when a violation of national air space or sea occurs, «the ambiguities in the EEZ articles of [UNCLOS] provide ample raw material for dispute»⁴⁴. In fact, it is doubtful if activities carried out by using radars or electric systems against communication or defense systems of other States (so-called ‘active’ intelligence gathering) can be considered lawful acts under Art. 58(1)⁴⁵.

However, from State practice in the EEZ derives the legitimacy of the intelligence operations carried out therein, as in the case of the

⁴² See POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974, at 44.

⁴³ See Art. 58(2) UNCLOS.

⁴⁴ See amplius Commander ROSE, *Operational Law: Naval Activity in the EEZ – Troubled Waters Ahead?*, in *NLR*, 67, 1990, at 90.

⁴⁵ See HAYASHI, *Military and intelligence gathering activities in the EEZ: definition of key terms*, in *Mar. Pol.*, 2005, at 136; see also LIACOURAS, *Intelligence gathering on the high seas*, in *Unresolved issues and new challenges to the law of the sea: time before and time after*, Leiden, 2006, at 43.

famous Hainan incident. On April 1, 2001 a collision between a United States EP-3 intelligence aircraft and a Chinese interceptor jet caused an international incident between the United States and the People's Republic of China (PRC): the American aircraft was flying about 70 miles away from the Chinese island of Hainan carrying out intelligence collection operations when it was intercepted by two Chinese fighters. The following collision between the US aircraft and one of the Chinese jets caused the death of a PRC pilot, while the American jet was forced to make an emergency landing on Hainan. The American crew members were detained and interrogated by the Chinese authorities until a formal letter of apology was delivered by United States government to defuse the incident. Also in this case, United States and China did not agree on the lawfulness of the flying over and, in particular, on the area of the incident, *i.e.* a zone of the South China Sea including part of the PRC's Exclusive Economic Zone. Although the Chinese Ministry of the Foreign Affairs spokesman had recognized that «all countries enjoy the freedom of over-flight in the exclusive economic waters of a nation», he observed that the American aircraft had entered the Chinese air space and, moreover, it was carrying out intelligence collection activities towards Chinese coasts⁴⁶. Chinese president Jiang Zemin demanded that the US apologized for the crash of the US spy plane and a Chinese fighter jet and the US sent the Chinese authorities a letter of apology (so-called letter of “two sorries”)⁴⁷, expressing «regret» over the death of the Chinese pilot and «for entering China's airspace» during the EP-3 emergency landing.

Also in this case, the incident has been considered by Chinese and US authorities a violation of China's territorial sovereignty even if US clearly specified that their letter was not a letter of apology but just “an expression of regret and sorrow”⁴⁸ because the US pilot had not been able to request permission before landing, because of the ‘in extremis’ situation. Chinese officials, on the other hand, approved the letter from US releasing the crew members.

More recently, some Canadian jets intercepted a Russian aircraft

⁴⁶ «reconnaissance acts were targeted at China in the airspace over China's coastal area [...] and thus abused the principle of over-flight freedom». Chinese FM Spokesman Gives Full Account of Air Collision, Xinhua General News Serv., April 3, 2001, in LEXIS, News Library, Wire Service Stories File.

⁴⁷ See the text of the letter reported in transcripts.cnn.com.

⁴⁸ dir.salon.com.

on the borders of the Canada air space on August 2007, in the EEZ off Newfoundland⁴⁹. The Russian government spokesman affirmed the legitimacy of the flight, specifying that «the flights by long-range aviation were made according to international rules of the use of air space, over neutral waters, without violating the borders of other states»⁵⁰. Subsequently, the same President Vladimir Putin expressly affirmed that the Russian spy-aircrafts were carrying out ‘control’ activities on behalf of the Russian Federation and had been intercepted while monitoring military activities by United States, United Kingdom and Norway in their EEZ, and that it could not be considered a violation of international law.

The general rule according to which the flag State exercises its jurisdiction on the space vehicle and the lack of sovereignty on the outer space seems to entail, as for the high seas, the possibility to carry out intelligence gathering in this area⁵¹. The principles asserted in the *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* (known as the ‘Outer Space Treaty’), also reasserted in the *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*⁵² (considered as a follow-on to the Outer Space Treaty), strengthen the legitimacy of intelligence collection and observation in or from celestial bodies not prejudicing the space station safety⁵³.

State practice shows that States consider intelligence gathering from outer space as a lawful activity and, after the launch of the Sputnik 1 by the Soviet Union, the launch of space vehicles has become more and more an ordinary tool to collect information from outer space and no State has ever formally protested for such a practice⁵⁴, which is progressively increased during the years⁵⁵.

⁴⁹ Canadian Forces Keep Eye on Russian Exercise, Deny Airspace Incident, CanWest News Serv., October 24, 2007, in www.canada.com; see also Cold War Shivers: Two Russian Strategic Bombers Fly Along Alaska, Canada Coasts, ITAR-TASS, September 20, 2007, in www.itartass.ru.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ KISH, *International Law and Espionage*, The Hague, 1995, at 116.

⁵² *Agreement on the Moon and the Other Celestial Bodies*, New York, 18.12.1979, in *ILM*, 1979, at 1439.

⁵³ KISH, *op. cit.*, at 119.

⁵⁴ MCDUGAL, LASSWELL, REISMAN, *The Intelligence Function and World Public Order*, in *Temple LQ*, 1973, at 434; see also GOEDHUIS, *The Changing Legal Regime of Air and Outer Space*, in *ICLQ*, 1978, at 289: «[I]t is now generally recognized that, as reconnaissance satellites operate in a medium which is not subject to the sovereignty of any State their use is

Nowadays, pictures taken by satellites are fully available by new services on the internet and although some States have occasionally expressed their concern⁵⁶, it is clear that the collection or the use of such images cannot be considered as unlawful⁵⁷.

Such a regime grounded on the freedom of international spaces can also be applicable to the Antarctica. According to the Antarctic Treaty – providing at Art. VII, that Treaty State observers have free access, including aerial observation, to any area and may inspect all stations, installations, and equipment⁵⁸ – a joint observation systems among States is set up on this area. In particular, the activity of control is grounded on the general right to aerial observation provided by Art. VII(4); if one considers that all the States conducting exploration in Antarctica have become parties of the Treaty, the international legal regime provided therein, by defining a system of strategic observation, *de facto* allows States to carry out intelligence collection operations in or from the continent⁵⁹.

3.2. Collecting information is a traditional function of diplomatic missions on duty abroad. The Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961⁶⁰ recognizes the members of the diplomatic missions a function of observation affirming, at Art. 3(1)(d), that «the functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in: [...] (d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State». The express acknowledgment of the investigation function attributed to the members of the diplomatic missions seems to be one of the main aims of the Convention, so that many scholars

not illegal»; BOWMAN, *Intelligence and International Law*, in *Int. J. Intel. Count.*, 1995, at 331: «Today, 'spy' satellites are so common the United Nations expects nations merely to register their space objects, giving specified information about the object, including a general description of its function».

⁵⁵ See Commission on the Peaceful Uses of Outer Space, Information furnished in conformity with the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, Annex, U.N. Doc. ST/SG/SER.E/458, December 12, 2004.

⁵⁶ See CHESTERMAN, *The Spy Who Came In From The Cold War*, in *Mich. Jou. IL*, 2006, at 1099, citing Indian President Abdul Kalam expressing his concern about the possibility that Google Earth could provide maps and potential target to terrorists.

⁵⁷ CHESTERMAN, *op. cit.*, at 1086.

⁵⁸ See Antarctic Treaty, Washington, D.C., Dec. 1, 1959, in force since June 23, 1961, Art. VII.

⁵⁹ KISH, *op. cit.*, at 114.

⁶⁰ The Vienna Convention on Diplomatic Relations. 1961. Done at Vienna on April 18, 1961, entered into force on April 24, 1964, in untreaty.un.org.

think the above mentioned article has been intentionally formulated in very general terms so to include in the notion of «ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State» also more sensible matters as politics, economy, public order, defense and foreign relations⁶¹.

Art. 3(1)(d) affirms that the activity provided therein must be carried out by ‘*lawful means*’: this term must be intended according to customary international law, as expressly provided by Art. 3(1)(b) making reference to «the limits permitted by international law», as also confirmed by the Preamble of the Convention expressly affirming that «the rules of customary international law should continue to govern questions not expressly regulated by the provisions of the present Convention»⁶².

Although the reference to ‘*lawful means*’ could be intended according to the national law of the hosting State, as also provided by Art. 41(1) of the Convention stating: «it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State», the huge differences among national legal systems and an unconditioned application of the domestic law of the hosting State is an extremely variable parameter to regulate diplomatic observation, in contrast to the principle of reciprocity recognized by Art. 47(2)(a) of the same Vienna Convention.

The Vienna Convention on Consular Relations of 1963 also provides at Art. 5(c) a very similar rule to Art. 3(1)(d) of the Vienna Convention of 1961⁶³.

⁶¹ See KISH, *op. cit.*, at 55.

⁶² On this point, see amplius KISH, *op. cit.*, at 55. The International Court of Justice, in the case *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* of 1980 – focused on the diplomatic inviolability expressly regulated by Art. 9 para. 1 of the Vienna Convention – speaking on the function of diplomatic observation, underlined that «paragraph 1 of Article 9 of the 1961 [Vienna] Convention [...] takes account of the difficulty that may be experienced in practice of [...] determining exactly when exercise of the diplomatic function, expressly recognized in Article 3 (1) (d) of the 1961 Convention, of ‘ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State’ may be considered as involving such acts as “espionage” or “interference in internal affairs”», expressly recognizing the complexity of the regulation of the function provided by Art. 3(1)(d) and the potential overlapping between diplomatic observation and intelligence collection.

⁶³ The Vienna Convention on Consular Relations. 1963. Done at Vienna on 24 April 1963, entered into force on 19 March 1967, in untreaty.un.org; see Art. 5(c): «consular functions consist in: [...] (c) ascertaining by all lawful means conditions and developments in the commercial, economic, cultural and scientific life of the receiving State, reporting thereon to the Government of the sending State and giving information to persons interested». By

State practice on intelligence collection carried out by diplomatic corps abroad shows that the receiving State cannot reasonably protest for an assumed violation of its territorial sovereignty as the foreign diplomatic agent has been allowed to enter the country following the accreditation by the same hosting State. In these cases, the diplomatic agent caught in carrying out intelligence (more often 'espionage') activities is usually declared *persona non grata* and is ordered to leave the country.

The expulsion of a member of the diplomatic mission accused of spying has been, during the cold war and for a long time, a political tool of pressure for the two superpowers and represents still today a classic retaliation by the accrediting State. The practice is substantially univocal in dealing with incidents concerning *intelligence collection* activities by diplomats.

On March 2001, the American government expelled four members of the Russian embassy accused of intelligence collection in the US. The Russian Foreign Minister Ivanov declared he would expel 50 members of the American embassy, defining the expulsion of the Russian diplomats as a groundless political act and specifying that the question could have been resolved by «special channels»⁶⁴.

On May 2003, United States expelled 14 Cuban diplomats, 7 of which accredited to the United Nations, who were invited to leave as involved in intelligence collection and «for engaging in activities deemed harmful to the United States outside their official capacity»⁶⁵; the State Department spokesman affirmed that the diplomats had been named *personae non gratae* «because of intelligence activities incompatible with their diplomatic status».

On August 18, 2009 two Russian diplomats have been expelled from Czech Republic as accused of 'espionage'⁶⁶; the Foreign Ministry of the Russian Federation declared to consider such an expulsion as an «unfriendly act by the Czech side», as the two members of the diplomatic staff had been declared *personae non*

comparing the said provisions, the consular functions regulated herein have a narrower range, being limited to commercial, economic, cultural and scientific matters and, also in this case, they must be carried out by 'lawful means', within the terms above specified.

⁶⁴ Similarly, on June 14, 2002 the United States expelled Abdul Rahman Saad, an Iraqi diplomat to the United Nations, accusing him of "abuse of the privilege of residence" by carrying out 'espionage' activities.

⁶⁵ www.usatoday.com.

⁶⁶ www.reuters.com.

gratae; consequently the Russian government decided to expel two members of the Czech diplomatic mission in Moscow⁶⁷.

A famous spy-affair between Romania and Russian Federation began on August 16, 2010 when the Russia's Federal Security Service (FSB) arrested the First Secretary of the Political Department of the Romanian embassy in Moscow, Mr. Gabriel Greco, who was allegedly caught in 'espionage' activities. Greco was accused of «attempting to solicit classified military information from a Russian national»⁶⁸ and, according to Russian government, was found in possession of various pieces of espionage equipment. Two days later, the Romanian government declared *persona non grata* the Russian diplomat Anatoly Akopov – First Secretary of the embassy of the Russian Federation in Bucharest – inviting him to leave the country. Similarly, Romanian authorities accused Akopov to be a FSB agent carrying out activities of espionage. On the other hand, Moscow declared to consider such an expulsion as an «unfriendly act» by Romania.

More recently, on April 2011, the Ecuadorian government named the US Ambassador Heather Hodges *persona non grata*, inviting him to leave Ecuador. The expulsion was grounded on the revelations released by Wikileaks describing a strategy by the US and Colombian government to link Ecuadorian President Rafael Correa to the Colombian guerrillas (FARC). On March 27, 2008 a cable from the US embassy in Bogotá, disclosed by Wikileaks reported that government of Colombia planned «to selectively leak information from FARC computers connecting Presidents Chavez and Correa and their Governments to the FARC». Moreover, the cable described how the Colombian government planned «to selectively provide intelligence from the computers to carefully chosen North American, Colombian, Spanish, and Latin media»⁶⁹ tied to specific themes as «the FARC and President Correa».

From State practice clearly emerges that the episodes of intelligence collection carried out by diplomats are considered by the target-States as *unfriendly acts*, incompatible with the diplomatic *status*, but not unlawful activities under international law as not violating Art. 3(1)(d) of the Vienna Convention, so that, in most cases, the classic consequence of such incidents is the expulsion of the

⁶⁷ www.straitstimes.com.

⁶⁸ intelligencenews.wordpress.com.

⁶⁹ www.cepr.net.

foreign diplomats involved or, in other cases, the break-up of the diplomatic relations among the States concerned.

Both these consequences are to be considered as a retorsion by the target State which has the full discretion to declare a member of the foreign diplomatic staff *persona non grata*⁷⁰, according to Art. 9(1) of the Vienna Convention expressly stating that «the receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is *persona non grata* or that any other member of the staff of the mission is not acceptable».

However, the retaliation at issue has a political meaning as the same States often hope that activities of intelligence gathering do not modify the existing bilateral relations.

3.3 The International Court of Justice (ICJ) has never had the chance to rule out on the lawfulness or unlawfulness of intelligence collection in time of peace, but it has only shed some light on the question. In the case of the US hostages in Teheran⁷¹, the Iranian Ministry of Foreign Affairs declared that the United States had been carrying out operations of intelligence gathering, interfering in the Iranian internal affairs, from their embassy in Teheran; the ICJ, however, did not consider such an accusation as a justification for Iran's behavior as «diplomatic law itself provides the necessary means of defense against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic or consular missions»⁷².

In *Nicaragua vs. United States case*⁷³, the request by Nicaragua to make the ICJ intervene in the dispute with the United States was based *inter alia* on the denounced activities of intelligence and support provided by the United States to the *contras*⁷⁴. The Court lingered over the *Friendly Relations Declaration*, affirming that «no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist

⁷⁰ See amplius Jean d'Aspremont, *Persona Non Grata*, in *Max Planck EPIL*, 2009.

⁷¹ See ICJ, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, Judgment of 24 May 1980; the judgment is also available at www.icj-cij.org.

⁷² *Ibidem*, para. 38.

⁷³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. U.S.), 1984, in www.icj-cij.org.

⁷⁴ Also in this case, Nicaragua considered intelligence operations carried out within its territory as a violation of its national sovereignty; see ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, para. 87. See also, on this point, Dieter Fleck, *Individual and State responsibility for Intelligence Gathering*, in *Mich. Jou. IL*, 2007, at 692.

or armed activities directed towards the violent overthrow of the régime of another State, or interfere in civil strife of another State⁷⁵». Although the Court found it clear «that a number of military and paramilitary operations by this force were decided and planned, if not actually by United States advisers, then at least in close collaboration with them, and on the basis of the intelligence and logistic support which the United States was able to offer, particularly the supply aircraft provided to the contras by the United States»⁷⁶, it concluded that «the United States of America, by training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to intervene in the affairs of another State», without making an express reference to the intelligence operations carried out in behalf of the *contras*, which had been clearly contested by Nicaragua.

Differently, national courts pronouncing on intelligence operations carried out within their territory by a foreign State, work within a different frame, as they refer to national law protecting the State interests as the only rule to evaluate and repress these operations.

As a title of example, it suffices to consider the numerous aerial intrusions in the period between the two world wars and, in particular, the violation of the German sovereignty in Rhineland and East Prussia by respectively French and Polish pathfinders⁷⁷. In the judgments granted by German courts, the foreign pilots caught have been often sentenced to prison because of violating German sovereignty and its national law on aerial traffic. In particular, in 1931 a German court affirmed the principle according to which a non-authorized penetration by a foreign aircraft must be considered *ipso facto* a violation of the national sovereignty of the State concerned and of national law⁷⁸.

In 1951 the Hungarian authorities processed the crew of an American aircraft compelled to land in Hungary because it had

⁷⁵ *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, supra n. 25.

⁷⁶ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, para. 106.

⁷⁷ For references, see DE SENA, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Statali*, Napoli, 1996, at 113.

⁷⁸ See also LISSITZYN, *The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law*, in AJIL, 1953, at 565.

violated its national aerial space; although the press had clearly denounced the intelligence collection activity carried out by the aircraft and the Hungarian and Soviet authorities had stressed the violation of the Hungary borders for clear espionage purposes, the military court in Budapest sentenced the American crew for its violation of the Hungarian national territory and because trespassing on national boundaries⁷⁹.

In the mentioned U2 case⁸⁰, the American pilot Powers was sentenced by the Soviet court for espionage under the Soviet Union's law of criminal responsibility for State crimes⁸¹.

In 2000 an Israeli spy was sentenced by a Swiss federal court for espionage against Switzerland: in 1998 the foreign agent had been caught installing electric devices in an apartment lived by a Lebanese car dealer who was suspected by the Israeli Mossad to be linked to Hezbollah⁸². The Public Prosecutor declared the agent had been carrying out a spying activity on behalf of a foreign power and the five members of the Federal court held him responsible for an «intolerable violation of Switzerland's sovereignty»⁸³.

In January 2012, an Iranian court sentenced Amir Mirzaei Hekmati, an American ex-marine, to death, accusing him of espionage; the Revolutionary Court in Teheran convicted him for «cooperating with the hostile government [the US], membership of the American espionage organization [Central Intelligence Agency]» and accusing him to carry out terrorist operations against Iran. The White House and the State Department denied that Mr. Hekmati was a spy and called for his immediate release; on the contrary, Iran's official news media reported he had admitted that he had been sent to Iran by the CIA and that he had been assigned to infiltrate the Intelligence Ministry⁸⁴.

⁷⁹ See ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *RGDIP*, 1961, at 195.

⁸⁰ See *supra*, note 26.

⁸¹ See ROUSSEAU, *Chronique des faits internationaux*, in *RGDIP*, 1962, cit.

⁸² ROUSSEAU, *Espionnage israélien à Berne*, *Chronique des faits internationaux*, in *RGDIP*, 1998, at 234.

⁸³ *The New York Times*, July 8, 2000 in query.nytimes.com.

⁸⁴ www.nytimes.com. A few months later, Timo Kivimäki, a Finnish political scientist working as a professor of international politics at the University of Copenhagen, has been sentenced by a Danish court to five months in prison for spying, for illegal passing of information to a foreign power. In particular, according to prosecutor Ole Weikop, Mr. Kivimäki would meet with Russian diplomats in Copenhagen over a period of several years and handed over information and documents to them.

4. The traditional approach to the matter typically polarizes in two opposing views: on the one hand, scholars considering intelligence collection as unlawful, on the other, those recognizing a substantial “tolerance” of this activity by States, for lack of any clear element of unlawfulness therein.

The first view, on the basis of international law rules on sovereignty and political integrity of States, considers intelligence collection, often defined as “espionage”, as «international delinquency and a violation of international law»⁸⁵, since it entails the presence of foreign agents clandestinely sent into the territory of another State. Although widely carried out, this activity is held as unlawful because «it is not accompanied by a sense of right but by a sense of wrong»⁸⁶, since it is a *species* of the *genus* constituted by the “illicit intervention” of a State in the internal affairs of another State⁸⁷.

According to the second view, intelligence collection is a lawful activity both in time of war and peace⁸⁸ as a fundamental tool in order to reach political aims and take important decisions grounded on sure informations; that is why every State should have a strong and efficient intelligence system⁸⁹. In fact, intelligence collection activities are expression of State sovereignty and a commonly accepted practice by most States and, even though intelligence activities carried out inside the territory of a foreign country could violate its territorial sovereignty, «the nature of such a potential conflict remains ambiguous»⁹⁰. In this context, the lack of an *ad hoc* prohibitive rule would confirm the lawfulness of intelligence collection *per se* considered, and that the tolerance towards these acts would be «a deep but reluctant admission of the lawfulness of such intelligence gathering, when conducted within customary normative limits»⁹¹.

Furthermore, some scholars think that intelligence collection

⁸⁵ GARCIA-MORA, *Treason, Sedition and Espionage as Political Offenses under the Law of Extradition*, in *Pittsburg LR*, 1954, at 79.

⁸⁶ WRIGHT, *Espionage and the doctrine of Non-Intervention in internal affairs*, in STANGER (ed.), *Essay on Espionage and International Law*, Columbus – Ohio State University Press, 1962, at 17.

⁸⁷ See Wright, *Legal aspects of the U2 incident*, in *AJIL*, 1960, at 836. Also the need to keep a balance of powers among States would have just a political weight but it would not constitute a legal principle; see SCHWARZENBERGER, *Hegemonial Intervention*, in *Yearbook WA*, 1959, at 261.

⁸⁸ DEMAREST, *op. cit.*, at 321.

⁸⁹ See amplius MACDOUGAL, *op. cit.*

⁹⁰ SCOTT, *op. cit.*, at 223.

⁹¹ MACDOUGAL, *op. cit.*, at 224.

cannot be a «fundamentally wrongful activity» as it does not violate any rule of *jus cogens*, as territorial sovereignty does not belong to this category⁹². In addition, according to some opinion, intelligence collection is a lawful act as grounded on the principle of the pre-emptive self defense⁹³.

Actually, from the examined practice, it emerges that generally States consider intelligence activities pursuant to a double standard, that is as lawful act if carried out by them, and as unlawful if carried out to their detriment.

At a critical evaluation, the first view according to which intelligence collection is an unlawful act, does not clarify if it would be unlawful in itself or since it is a violation of the territorial sovereignty of a State. Moreover, practice shows that generally States do not make a protest against intelligence activities carried out to their detriment just as such, but make it against the violation of territorial sovereignty and the interference in internal affairs. In addition, practice brings out that, once these collection activities are discovered by the target State, this seldom blames the offending State which manifestly denied its involvement⁹⁴.

Criticisms can also be made to the second view, and in particular to the opinion according to which intelligence collection is a lawful act as grounded on principle of the pre-emptive self-defense⁹⁵, in view of the objections raised to this theory⁹⁶.

4.1 The opinion according to which intelligence collection operations cannot be correctly examined in terms of lawfulness and unlawfulness is a more appropriate approach to the matter, in view of the “*ambiguous status*” of intelligence⁹⁷.

Since intelligence collection does not violate any international obligation, it does not entail an international liability only because it violates the domestic law of the target State. In fact, according to Art.

⁹² SCOTT, *op. cit.*, at 218.

⁹³ See amplius, POLEBAUM, *National Self-Defence in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age*, in *New York Univ. LR*, 1984, at 194.

⁹⁴ As noted, «if espionage were a state delinquency in itself the aggrieved State would not always have been content to take such disclaimers at their face value». See STONE, *op. cit.*, at 29.

⁹⁵ On this point see FALK, *Space Espionage and World Order: A Consideration of the Samos-Midas Program*, in Stanger (ed.), *op. cit.*, at 58.

⁹⁶ See amplius, O’CONNELL, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, *The American Society of International Law*, August 2002, in www.asil.org.

⁹⁷ SILVER, *Intelligence and Counterintelligence*, in *NSL*, 2005, at 965.

3 of the Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, «the characterization of a given act as internationally wrongful is independent of its characterization as unlawful under the internal law of the State concerned [...] unless it constitutes a breach of an international obligation, even if it violates a provision of the State's own law»⁹⁸.

Thus, since international law does not provide for an *ad hoc* prohibitive rule, intelligence collection may be considered just as «an unfriendly act among nations»⁹⁹ and its consequences are political and not legal¹⁰⁰.

The more recurring consequence of intelligence operations, if discovered by the target State, is a request of excuses by the offending State¹⁰¹ as a satisfaction for the “moral prejudice” caused¹⁰² and this request is mainly grounded on the unauthorized penetration inside the territory of the target State¹⁰³ and is not directed to intelligence collection as such, which is considered a *quid pluris*¹⁰⁴.

If the subjects involved in activities of intelligence collection are members of the diplomatic corps abroad, the immediate consequence of such acts is not a request of excuses as a satisfaction¹⁰⁵ but a mere protest by the offended State followed by the injunction to the

⁹⁸ See Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, in untreaty.un.org; Commentary to art. 3, para. 1.

⁹⁹ DEMAREST, *op. cit.*, at 347; on the definition of ‘unfriendly act’, see HERMANN, *Unfriendly act*, in *EPIL*, 1982, at 252-253.

¹⁰⁰ See *amplius* COHEN-JONATHAN, KOVAR, *op. cit.*, at 252; see also HERMANN, *Intelligence power in peace and war*, Cambridge University Press, 1996, at 252.

¹⁰¹ LAFOUASSE, *L'espionnage en droit international*, in *AFDI*, 2001, at 130.

¹⁰² Satisfaction, under the terms of Art. 37 of the Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, must be intended as a consequence of the internationally unlawful act represented by the violation of the territorial sovereignty of the target State, which is the obligation of international law violated by the offending State in case of intrusive intelligence collection.

¹⁰³ Many incidents related to “intelligence” operations closed with a request and give of excuses very often related to the violation of the State territorial sovereignty: *e.g.*, during the Hainan incident in 2001, the US ambassador sent the Chinese Ministry of Foreign Affairs a letter expressing President Bush's and Secretary of State Powell's “*sincere regret*” for the loss of the Chinese pilot, also affirming their sorrow for entering China's airspace. See Letter from Ambassador Prueher to Chinese Minister of Foreign Affairs Jang, Office of the Press Secretary, April 11, 2001, in www.nytimes.com.

¹⁰⁴ Contrariwise, see the RB-47 case of 1960, when the target State manifestly protested also because of the intelligence collection purposes carried out to its detriment; in CICIRIELLO, *op. cit.*, at 3.

¹⁰⁵ On apology as a form of satisfaction in diplomatic practice, see also *Commentary to Draft articles on Responsibility of States*, at Art. 37, para. 7.

members of the diplomatic staff of the foreign State involved to leave the country. Then, also in this case, the consequence of intelligence collection activities are political since no international obligation exists for a State to keep diplomatic relations with other States.

4.2 Actually, State practice shows that intelligence collection, even in case of “intrusive” gathering, is often substantially tolerated by States because of the real benefits linked to these operations.

In fact, States carry out these activities in order to control and verify international obligations reciprocally taken on, what can reduce frictions with other States through activities of information gathering which are, if not expressly authorized, *de facto* endured.

Insofar as since intelligence activity can help *inter alia* to guarantee and strengthen the peaceful coexistence of States by a silent reciprocal control, they do not consider intelligence collection as a violation of international law¹⁰⁶, and also in case of intrusive collection, there would be a substantial tolerance by the target State¹⁰⁷.

From this perspective, intelligence collection assumes a positive value, easing international cooperation and mutual monitoring and enabling States to understand needs and plans of other States chiefly in security matters.

In fact, information gathering activities allow each State to collect data to be used to preemptively evaluate the positions of other countries, facilitating and encouraging strategic dialogue; consequently, they can make the international system “more fluid” by collecting and analyzing information which persuade or force other States to reach an agreement in important matters so as to avoid political or military struggles. Intelligence collection represents a ‘buttress’ of the current international cooperation¹⁰⁸ and is considered not only as a fundamental tool of knowledge but also a necessary mean to facilitate cooperation for peace and global security, reducing the ‘uncertainty’ factor, which is a destabilizing element of international relations.

Intelligence collection, in its different facets, has become more

¹⁰⁶ See STONE, *op. cit.*, at 36.

¹⁰⁷ Moreover, intelligence activities are generally tolerated by the target State also on the basis of the so called “*tu quoque*” principle allowing a State to do whatever another State does in its territory with its tolerance. See amplius, YEE, *The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment*, in *Chinese JIL*, 2004, at 87.

¹⁰⁸ BAKER, *op. cit.*, at 1108.

and more an ordinary tool of international relations, by helping States to deal with current affairs worldwide, in particular with reference to the issues of international security, disarmament and peace-keeping.

In this context, it is worthy at least giving an hint to the important role played by intelligence collection within some international organizations, as the United Nations, the IAEA or the European Union; in fact, they have been building or strengthening their tools to collect and analyze information, most of which obtained through open sources, in order to improve international cooperation in same 'sensible' matters¹⁰⁹.

ABSTRACT

Intelligence Collection in Time of Peace and International Law

Intelligence gathering is an atypical aspect of international relations among States, lacking *ad hoc* legal regulation.

States see such activity in terms of a *double standard*, *i.e.* as a lawful act when carried out by them to the detriment of other foreign entities, or as an unlawful act when carried out by foreign States inside their territory to their detriment.

However, although intelligence collection may violate the domestic law of the target-State, this does not automatically entail its unlawfulness under international law.

The question relating to the lawfulness or unlawfulness of intelligence activities is bound up with problems relating to unauthorized admission to the territory of the target-State, so that any ruling on these activities gets confused with the international violation of territorial sovereignty. However, State practice shows that these operations as such are often seen as unfriendly acts between nations rather than unlawful act.

Intelligence collection is increasingly becoming a tool for States and international organizations in dealing with current affairs. As a 'fluidifying' element of international relations in important matters, intelligence gathering acquires a positive value, quite unlike the negative connotations associated with the traditional term "espionage".

¹⁰⁹ As a title of example, within the United Nations, several bodies have been nowadays involved in collecting and analysing information, most of which collected *open source*. The departments more involved in this activity are the *Department of Political Affairs* (DPA), the *Office for Coordination of Humanitarian Affairs* (OCHA) and, above all, the *Department of Peacekeeping Operations* (DPKO). See *amplius* EKPE, *The Intelligence Assets of the United Nations: Sources, Methods and Implications*, in *Int. J Intel. Counter.*, 2007, at 384.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

L'EQUILIBRIO FRA RICORSI INTERNI E RICORSI INTERNAZIONALI NEL PROCESSO DI RIFORMA DEL SISTEMA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI DOPO LA DICHIARAZIONE DI BRIGHTON

ROSARIO SAPIENZA

SOMMARIO: 1. Brighton 2012: una nuova tappa nella complessa strategia di riforma del sistema della Convenzione europea? – 2. Il difficile equilibrio tra il ruolo degli Stati e della giurisdizione internazionale nel sistema della Convenzione. – 3. La Dichiarazione di Brighton e l'obbligo degli Stati di garantire il diritto a ricorsi effettivi nei propri ordinamenti per la garanzia dei diritti tutelati dalla Convenzione. – 4. Il diritto di ricorso individuale alla Corte nella Dichiarazione di Brighton. – 5. Considerazioni conclusive

1. Da quando, con il Protocollo addizionale n. 11, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stato riformato consentendo agli individui l'accesso diretto alla Corte, senza la mediazione della Commissione, ha acquisito sempre più interesse il tema della ulteriore riforma del sistema, atteso che l'accesso diretto degli individui ha determinato non solamente un numero sempre crescente di ricorsi, ma anche la pressante esigenza di un ripensamento del *modus operandi* della Corte e del suo sistema di ricorsi¹.

Con la Dichiarazione adottata a Brighton da una Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Convenzione europea dei diritti umani, ivi riunita nei giorni 18-20 aprile 2012, si è giunti a un importante momento di maturazione di un processo di riforma del sistema della Convenzione, che ha conosciuto un rilancio negli ultimi anni con le Conferenze di Alto Livello di Interlaken (2010), di Izmir (2011) e di Brighton (2012), ma che è in realtà in atto dalla fine degli anni novanta, quando il Protocollo n. 11 riformò il sistema dei ricorsi della Convenzione. La Dichiarazione ha fi-

¹ Sia consentito rinviare qui al nostro *I cinquant'anni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Agg. Soc.*, 2000, 515 ss. Segnalo anche il prudente bilancio operato dalla Corte stessa nella sua *Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, del 20 febbraio 2012.

nora riscontrato soltanto commenti prudenti o addirittura radicalmente critici².

Il nostro intento è quello di offrirne una valutazione per quanto possibile obiettiva. Certo il tema si presta a nette contrapposizioni. In particolare, diventa sempre più urgente definire meglio il complesso rapporto tra la Corte europea e le giurisdizioni interne degli Stati membri, dato che la competenza della Corte appare sempre di più come parte di un sistema giudiziario unitario e complesso nel quale si integrano le competenze dei giudici interni e quella della Corte stessa. Ciò ha fatto sì che sempre di più la Corte sia stata vista (e forse si sia pensata essa stessa a tratti) come un organo di tutela dei diritti umani all'interno di un sistema di garanzia di natura intrinsecamente costituzionale, nascente dalla rinnovata integrazione tra le competenze dei giudici interni e della Corte stessa, prospettiva che, secondo molti commentatori, sarebbe uscita rafforzata proprio dalla previsione di un ricorso individuale direttamente indirizzato alla Corte europea³.

² Sulla Dichiarazione di Brighton possono leggersi vari commenti sulle riviste italiane, tra i quali, BULTRINI, *La Conferenza di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni cost.*, 2012, 668 ss.; CONFORTI, *Osservazioni sulla Dichiarazione di Brighton*, in *DUDI*, 2012, 649 ss.; MACCIONI, *Il futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo nella Dichiarazione adottata a Brighton dal Consiglio d'Europa*, in *DPCE*, 2012, 1543 ss. Grande interesse si riscontra anche sul web specie da parte di autori inglesi. Possono segnalarsi al riguardo BATES, *Who should have the final word on Human Rights?*, in UK Human Rights Blog, *ukhumanrightsblog.com*; ancora del medesimo autore, *The Brighton Declaration and the meddling Court*, *ivi*; tra i costituzionalisti O'MEARA, *Reforming or redefining the European Court of Human Rights?*, *ivi*, nonché *Brighton Rocked Next Steps for reforming the European Court of Human Rights*, nel blog dei costituzionalisti inglesi *ukconstitutional-law.org*; ELLIOTT, *The Brighton Declaration. Where now for the Human Rights Act and the Bill of Rights Debate?*, *ivi*, e, dello stesso autore, *Law and Politics and the Draft Brighton Declaration*, in *ukhumanrightsblog.com*. Non mancano poi interventi anche di autori italiani tra i quali v. BULTRINI, *The Future of the European Convention on Human Rights after the Brighton Conference*, IAI Working Papers 12/23, settembre 2012, www.iai.it, RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 3, www.rivistaaic.it.

³ HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights. Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *EJIL*, 2008, 125 ss. Ed anche MACCIONI, *op. cit.*, 1549 ss. Il processo di riforma si è avviato in realtà con il Protocollo n. 14, adottato nel 2004, ma entrato in vigore solamente il 1° giugno 2010. Dopo l'adozione del Protocollo n. 14, il Terzo Vertice dei Capi di Stato e di governo del Consiglio degli Stati membri Europa (Varsavia, maggio 2005) ha istituito un Gruppo dei Saggi (Wise Persons) con il compito di considerare l'efficacia a lungo termine del meccanismo di controllo della Convenzione. Il Gruppo dei Saggi ha riferito al Comitato dei Ministri nel novembre 2006 e nel 2007 è stato istituito il "Gruppo di riflessione per il follow-up della riforma della Corte" (DH-S-GDR), sotto l'egida e l'autorità del Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDH), per esaminare ulteriormente e rielaborare le proposte del Gruppo dei Saggi. Nel maggio 2009, essendo ancora il Protocollo n. 14 in attesa della ratifica finale necessaria per la sua entrata in vigore, gli Stati hanno adottato il Protocollo n. 14bis e l'Accordo di Madrid, entrambi con

Il tutto si regge su un delicato equilibrio che la Dichiarazione costruisce sulla enunciazione del principio di sussidiarietà⁴.

2. La Dichiarazione di Brighton dedica alla tematica in questione le prime due sezioni (A e B) e, mentre nella sezione A riprende le questioni generali enunciate nelle sezioni B delle precedenti dichiarazioni (che fanno per un verso riferimento al dovere degli Stati parti di assicurare effettivi ricorsi interni per la tutela dei diritti contemplati dalla Convenzione e di eseguire puntualmente i giudicati della Corte, per altro a un generico dovere di informazione dei cittadini sulle tutele apprestate dal sistema europeo), nella sezione B si sofferma invece su una adeguata elaborazione del tema della sussidiarietà e della connessa dottrina del margine d'apprezzamento statale.

In verità, le tre dichiarazioni politiche succedutesi negli anni dal 2010 al 2012 contengono nelle rispettive parti iniziali espliciti riferimenti all'idea della sussidiarietà del sistema europeo di controllo. Nello specifico, leggiamo nei *considerando* della Dichiarazione di Interlaken: «Stressing the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and notably the fundamental role which national authorities, i.e. governments, courts and parliaments, must play in guaranteeing and protecting human rights at the national level».

l'obiettivo di rendere immediatamente applicabili alcune disposizioni del Protocollo n. 14 nei confronti degli Stati membri che avessero accettato questa soluzione. Poco dopo, la Svizzera organizzava sotto la sua Presidenza del Comitato dei Ministri una Conferenza ad alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo a Interlaken nel febbraio 2010 che approvava una Dichiarazione che riaffermava l'impegno degli Stati parti della Convenzione a dare nuovo slancio al processo di riforma. Subito prima della Conferenza, interveniva la ratifica finale del Protocollo n. 14 che entrava pienamente in vigore il 1° giugno 2010. La Conferenza di Interlaken è stata seguita da ulteriori conferenze di alto livello organizzate dalla Presidenza turca a Izmir nel mese di aprile 2011 e dalla Presidenza britannica a Brighton nel mese di aprile 2012, che adottavano entrambe, come ricordato sopra, delle dichiarazioni finali. Possiamo comunque ritenere ormai concluso il periodo delle grandi dichiarazioni politiche, almeno per ora, dato che lo studio dei progetti di riforma prosegue adesso nei vari gruppi di lavoro costituiti in seno al Comitato direttivo per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che stanno esaminando tutta la problematica relativa alla riforma del sistema della Convenzione. La Corte peraltro, nell'ottica di una sempre più spinta integrazione a livello europeo, sarà gravata di nuove responsabilità al momento dell'adesione alla Convenzione dell'Unione Europea, decisa dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore alla fine del 2009 e giunta proprio in questi giorni a un tornante decisivo con il quinto incontro di negoziato tra il Gruppo *ad hoc* del Comitato direttivo per i diritti umani del Consiglio d'Europa e la Commissione UE dal 3 al 5 aprile, nel corso del quale è stato adottato un progetto di accordo sull'accessione della Unione alla Convenzione. Vedi a tale proposito, il doc. 47+1(2013)008 e sull'intera vicenda, in senso assai critico, CONFORTI, *op. cit.*

⁴ Sul principio di sussidiarietà nel sistema della Convenzione vedi, per tutti, DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Firenze-Catania, 2009.

Questa formulazione è echeggiata dalla Dichiarazione di Izmir: «Recalling that the subsidiary character of the Convention mechanism constitutes a fundamental and transversal principle which both the Court and the States Parties must take into account».

Più ampia e forse inutilmente complessa è la formula utilizzata nella Dichiarazione di Brighton: «The States Parties and the Court share responsibility for realizing the effective implementation of the Convention, underpinned by the fundamental principle of subsidiarity. The Convention was concluded on the basis, *inter alia*, of the sovereign equality of States. States Parties must respect the rights and freedoms guaranteed by the Convention, and must effectively resolve violations at the national level. The Court acts as a safeguard for violations that have not been remedied at the national level. Where the Court finds a violation, States Parties must abide by the final judgment of the Court».

Comunque questa riaffermazione del principio ha determinato anche una sua esplicita menzione nel progetto di Protocollo addizionale n. 15, il cui art. 1 prevede: «At the end of the Preamble to the Convention, a new paragraph shall be added, which shall read as follows: ‘Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and in doing so enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention’»⁵.

In esso, come si vede, l’idea della sussidiarietà del sistema della Convenzione viene posta in relazione sia con la primaria responsabilità degli Stati nella tutela dei diritti enunciati e garantiti dalla Convenzione, sia con il riconoscimento del margine d’apprezzamento del quale gli Stati godono nell’assolvimento di questa primaria responsabilità, beninteso sotto la supervisione della Corte. Una formula complessa, come si vede, che cela dietro la sua bella e rassicurante struttura sintattica (nella quale pare che tutto si tenga in forza della cogenza di una stringente *consecutio logica*) anni di stratificazione giurisprudenziale alla ricerca proprio di questo delicato equilibrio.

Diversa era però ci pare la ricostruzione di questo equilibrio nella sezione B della Dichiarazione di Brighton ove dopo aver precisato al par. 10 il riparto dei ruoli tra Stati parti e Corte («The States Parties to the Convention are obliged to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, and to provide an effective remedy before a national authority for everyone whose rights and freedoms are vio-

⁵ Lo scorso 26 aprile, l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa ha espresso parere interamente favorevole alla adozione da parte del Comitato dei Ministri del progetto di Protocollo addizionale n. 15 alla Convenzione europea dei diritti umani. Vedi al riguardo il documento AS/Jur (2013) 11.

lated. The Court authoritatively interprets the Convention. It also acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level»), si segnalava al paragrafo successivo che l'esistenza del margine d'apprezzamento statale fondava in qualche modo il nesso sussidiario tra la competenza della Corte e quella degli Stati: «The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation».

E ciò contrariamente alla formula scelta dal Protocollo n. 15, ci pare, ma in linea con l'*acquis* giurisprudenziale in materia. Nessuna norma della Convenzione europea prevedeva infatti fin qui espressamente il principio di sussidiarietà. Ciò nondimeno, si è sempre ritenuto che di un principio di sussidiarietà potesse parlarsi anche in relazione all'operare degli organi istituiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e comunque, come vedremo di qui a breve, la Corte ha costruito una sua dottrina della sussidiarietà dei propri compiti di controllo⁶.

Già in occasione della sentenza relativa all'affare *Handyside*, la Corte europea dei diritti umani affermava il 7 dicembre 1976: «The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. The Convention leaves to each contracting States, in the first place, the task of securing the rights and freedoms it enshrines»⁷.

Elemento questo confermato anche dall'*Explanatory Report* adottato per il Protocollo n. 14, che fa esplicito riferimento al principio di sussidiarietà, quale fondamento della priorità della competenza locale all'interno degli Stati ad esaminare le doglianze relative alle violazioni della Convenzione⁸.

⁶ Vedi per tutti DI STEFANO, *op. cit.*, 264 ss. anche per l'ampia letteratura ivi citata.

⁷ Il passo è tratto dalla decisione nell'*Handyside Case*, 7 dicembre 1976, in *Series A*, n. 24, par. 48. Ma vedi anche *Case relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, 23 luglio 1968, *ivi*, n. 6, par. 10; *Akdivar and others*, 16 settembre 1996, in *Reports*, 1996-IV, § 35; *Tsirlis and Koloumpas*, 29 maggio 1997, *ivi*, 1997-III, par. 69.

⁸ Il Report si intrattiene sul profilo della sussidiarietà in due passaggi. Nel primo riferimento, dopo aver chiarito che le riforme di cui al Protocollo n. 14 devono servire ad alleggerire il carico di lavoro per la Corte, divenuto, come si sa, insostenibile, esso enuncia la portata generale del principio di sussidiarietà (par. 15), mentre ai successivi paragrafi 79-82 discute le

Se questo è sufficiente a meglio collocare storicamente l'approccio al tema della sussidiarietà, occorre adesso dire della dottrina del margine d'apprezzamento che, come dicevamo, nella Dichiarazione di Brighton viene posta in relazione con il carattere sussidiario del controllo effettuato dalla Corte. La previsione relativa al margine d'apprezzamento però appare ispirata, ci pare, non tanto all'esigenza di una consacrazione ufficiale nel testo della Convenzione della nota dottrina interpretativa elaborata dalla Corte nel corso della sua giurisprudenza, quanto piuttosto alla volontà, condivisa da molti Stati, di indurre la Corte a non andare oltre ... il margine d'apprezzamento, cosa alla quale, in verità, si è sempre più spesso indotta la Corte. Mi pare infatti che la Corte abbia da qualche tempo mutato il suo *modus operandi* concedendo sempre meno al margine d'apprezzamento e muovendo invece decisamente verso la costruzione di *standards* europei, starei per dire a tutti i costi. Sempre più spesso la Corte europea identifica situazioni nelle quali potrebbe riconoscere agli Stati un margine d'apprezzamento anche ampio, per poi concludere invece che l'esistenza di questo margine d'apprezzamento non le impedisce di considerare il comportamento statale in violazione della Convenzione⁹.

È facile accorgersi che siamo davanti a ipotesi nelle quali la Corte si è comportata come una quarta istanza giudicante di fronte alla questione, non mancando di sostituire la propria valutazione a quella degli organi giudicanti. E ciò, in ultima analisi, perché la Corte, secondo uno schema che aveva già da tempo in verità annunciato, ritiene di poter procedere a una valutazione autonoma della situazione sulla base di parametri europei e non già di dover concedere alle autorità nazionali più che un formale ossequio. Si ha insomma la sensazione che negli ultimi tempi la Corte sia sempre meno preoccupata di operare come giudice internazionale, che sa di avere davanti uno Stato sovrano, e sempre più come "giudice costituzionale" di un ordine "costituzionale" europeo dei diritti umani.

Ciò deve indubbiamente ricondursi al mutato contesto sociale e istituzionale europeo, dove la circolazione di valori si è fatta più intensa e dunque occorre che qualcuno (chi meglio della Corte?) assuma il ruolo di guida, che incoraggia i timidi e frena gli animosi, affinché una vera e propria società europea si consolidi e si evolva in maniera coesa e con passo comparabile. A questo mutato atteggiamento possono ricondursi anche, su altri versanti, la decisa linea d'attacco alla ricerca di una soluzione per il problema dell'eccessiva durata dei processi interni in una con

implicazioni del principio per l'interpretazione dell'art. 35. Vedi al riguardo SALERNO (dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n° 14*, Bruxelles, 2007.

⁹ Sia consentito rinviare ai miei commenti alla vicenda Lautsi apparsi in *DUDI*, 2010, 75 ss.; 2011, 564 ss.

la sollecitazione agli Stati verso la costruzione di sistemi di ricorsi interni realmente effettivi, alla ricerca costante di una migliore efficienza complessiva del sistema di tutela europeo dei diritti umani, indicando talvolta esplicitamente agli Stati quali siano le soluzioni da adottare¹⁰.

Ora è precisamente questo atteggiamento della Corte che il Protocollo n. 15 intende ricondurre all'interno di uno schema più accettabile per gli Stati parti, con la sua bella formula che trova, però, spazio solo nei *considerando* della Convenzione e non in un articolo della parte dispositiva. Ne risulta comunque un'immagine del sistema come particolarmente rispettoso del suo livello statale di tutela, la cui problematica nella Dichiarazione di Brighton viene esaminata per prima, alle lettere A e B, contrariamente a quanto era accaduto a Interlaken e Izmir, le cui dichiarazioni si aprivano con la considerazione del diritto di ricorso individuale alla Corte¹¹.

3. Questa priorità riservata alla questione dell'applicazione interna della Convenzione viene riproposta in altri passaggi della Dichiarazione, che non appare particolarmente incisiva né propositiva, limitandosi a una sorta di recensione di alcuni temi già presenti nel dibattito e alla canonica riproposizione della centralità del tema dell'effettività dei ricorsi interni¹².

Nell'ottica di un complessivo ripensamento e potenziamento del momento interno della tutela dei diritti contemplati dalla Convenzione, il par. 12, lett. *d*) della Dichiarazione di Brighton invita il Comitato dei Ministri ad elaborare un protocollo opzionale volto ad introdurre il nuovo meccanismo dei pareri consultivi della Corte Europea.

¹⁰ Si veda ad esempio la decisione della Corte nel caso *Surmeli c. Repubblica Federale Tedesca*, 8 giugno 2006, nella quale la Corte non esita a dire che ci sono Stati che hanno compreso appieno cosa bisogna fare per risolvere il problema della durata eccessiva dei procedimenti e Stati che sono ancora attestati su soluzioni non pienamente accettabili (par. 104).

¹¹ Ma che anche così prudentemente enunciato suscita non poche critiche. Vedi il *Joint NGO Statement* del 13 aprile 2012 e la *Open Letter* delle medesime NGOs del 15 aprile 2013.

¹² Centrale fra gli obblighi che gravano sugli Stati in un sistema come quello della Convenzione è quello di garantire nel proprio ordinamento ricorsi effettivi per la tutela dei diritti contemplati dalla Convenzione. Come si sa, dopo aver considerato per lungo tempo l'art. 13 sostanzialmente come un *tamquam non esset*, la Corte lo ha "riscoperto" dopo la riforma del 1998 e a partire dalla decisione nel caso *Kudla c. Polonia*, ha avviato una strategia di ripensamento della portata precettiva di tale disposizione dilatandone fino alle estreme conseguenze le implicazioni. Ma, più ampiamente, la Corte ha posto l'art. 13 a presidio proprio di quella che si ritiene essere (in un'ottica sussidiaria) l'obbligazione centrale che grava sui Governi degli Stati parti e cioè quella di dare piena e concreta garanzia nei propri ordinamenti ai diritti protetti dalla Convenzione. Vedi più ampiamente il commento di DI STEFANO, *Articolo 13*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione europea dei diritti umani*, Padova, 2012, e gli studi del Segretariato del Consiglio d'Europa sulla prassi statale in tema di *effective remedies* nei documenti GT-GDR-D (2013) 002 e 003.

La materia è così estensivamente affrontata nel progetto di Protocollo n. 16 che limita però la possibilità di richiedere il parere agli «highest courts or tribunals» e solo per «questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto», formula questa che riprende il disposto dell'art. 43.2 della Convenzione relativo all'attivazione della competenza della Grande Camera da parte delle Camere (art. 1.1. del progetto di Protocollo). A ciò aggiungasi che, ai sensi del par. 2 del medesimo art. 1, la questione deve essere sollevata in relazione a un caso effettivamente in discussione davanti al tribunale nazionale. Non è dunque ammessa la possibilità di richiedere pareri sulla astratta compatibilità con la Convenzione di una legge interna. Il parere della Corte non è però vincolante (art. 5). Si istituisce, insomma, un meccanismo simile a quello del rinvio pregiudiziale nell'Unione Europea¹³.

Al par. 12, lett. e) della Dichiarazione di Brighton troviamo poi un prudente riferimento alla *vexata quaestio* delle misure provvisorie nel sistema della Convenzione, già menzionata nella Dichiarazione di Izmir, che, più analiticamente, aveva affrontato il problema in relazione alle questioni di immigrazione: «Recalls that the Izmir Conference invited the Committee of Ministers to consider further the question of interim measures under Rule 39 of the Rules of the Court; and invites the Committee of Ministers to assess both whether there has been a significant reduction in their numbers and whether applications in which interim measures are applied are now dealt with speedily, and to propose any necessary action».

Del resto, è noto che gli Stati parti non amano le misure provvisorie, che non sono peraltro previste nella Convenzione, perché le ritengono occasione di ingerenza nelle questioni interne, in spregio alla distinzione tra momento interno e momento internazionale della tutela, trasformando il ricorso alla Corte in una specie di quarta istanza¹⁴.

4. Più analitica risulta invece la Dichiarazione sul ricorso individuale alla Corte, che viene definito «a cornerstone of the Convention system», peraltro in linea con le precedenti Dichiarazioni. E d'altra parte, dopo il Protocollo n. 11 esso, come dicevamo, assume rilevanza centrale nell'economia della Convenzione. Nell'ottica della integrazione con il livello nazionale del sistema di tutela, esso ha infatti la funzione di offrire un

¹³ Così il doc. DH-GDR (2013) R3 Addendum I. *Draft Explanatory Report on Protocol no. 16 ECHR*.

¹⁴ SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006, 202 ss., e DH-GDR (2013) R3 Addendum II, *Draft CDDH Report on interim measures*.

redress alle violazioni della Convenzione che non hanno ricevuto effettiva trattazione a livello degli ordinamenti interni.

Al riguardo la Dichiarazione formula una serie di proposte cui ha dato riscontro il progetto di Protocollo n. 15 ove, oltre al riferimento alla dottrina del margine d'apprezzamento e al principio di sussidiarietà, del quale abbiamo già detto, si prevedono altre modifiche, la più significativa delle quali ci pare essere la riscrittura dell'art. 35 attraverso l'eliminazione della previsione che permetteva alla Corte di non esaminare un ricorso quando il ricorrente non avesse subito un grave danno, ma solo «à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne». Questo inciso verrebbe adesso eliminato per effetto del Protocollo n. 15, dando certo alla Corte più libertà di manovra.

Altre proposte avanzate nel corso dei lavori preparatori sono invece alla fine rimaste fuori dalla Dichiarazione¹⁵. Ad esempio, la cosiddetta "sunset clause", cioè l'eliminazione dal ruolo dei ricorsi trascorso un certo tempo; questa idea non ha trovato posto nella Dichiarazione, benché si trattasse di una proposta non priva di una sua logica. Infatti, specie da quando la Corte si è data un sistema di priorità nell'esame dei ricorsi, può accadere che i ricorsi che ricevono una priorità più bassa nel *trriage*, rimangano inesaminati per un periodo più o meno lungo¹⁶. Si sarebbe insomma trattato di prevedere che, trascorso un periodo variamente identificato da un anno a due dalla introduzione del ricorso, lo stesso avrebbe potuto essere automaticamente cancellato dal ruolo senza alcun esame. Si è deciso, però, di non prevedere l'inclusione di questa modifica, dato che essa avrebbe difficilmente potuto conciliarsi con l'idea che il ricorso individuale alla Corte sia appunto "the cornerstone" del sistema europeo di tutela dei diritti individuali¹⁷.

¹⁵ Ad esempio la questione dell'eventuale introduzione di una tassa da pagarsi per il ricorso alla Corte, ampiamente esaminata nel doc. CDDH (2012)R74 Addendum I, CDDH *Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights*, del 15 febbraio 2012, 22-31.

¹⁶ Il sistema di priorità della Corte prevede sette categorie: I, urgent applications; II, applications raising questions capable of having an impact on the effectiveness of the Convention system or an important question of general interest; III, applications raising "core rights" (Articles 2, 3, 4 or 5(1) of the Convention); IV, potentially well-founded applications raising other rights; V, repetitive cases; VI, applications giving rise to problems of admissibility; and VII, manifestly inadmissibly applications. Maggiori informazioni all'indirizzo www.echr.coe.int.

¹⁷ Vedi più ampiamente il documento CDDH (2012)R74 Addendum I, CDDH *Final Report on measures*, cit., 51-54 per gli argomenti pro e contro la clausola di perenzione automatica.

Considerazioni analoghe hanno portato all'esclusione della possibilità per la Corte di "scegliere" i ricorsi più significativi (c.d. *pick and choose*)¹⁸.

Tutte proposte che, pur presentate come finalizzate ad una migliore e più efficiente operatività della Corte, avevano, mi pare invece, l'obiettivo di rendere questo ricorso meramente eventuale, se non addirittura legato ad una funzione simbolica di indirizzo¹⁹.

5. Quanto abbiamo fin qui esposto mostra, ci pare, che gli Stati hanno inteso frenare il sistema della Convenzione, ribadendone, peraltro in tutta la sua originalità, l'assetto internazionale. Come abbiamo detto in apertura di queste nostre riflessioni, la riforma del 1998 aveva messo il sistema della Convenzione di fronte a un percorso di riforma che in qualche modo lo "costituzionalizzasse" nel duplice significato di puntare tutto sulla natura intrinsecamente costituzionale del ricorso individuale davanti alla Corte e di realizzare l'inserimento pieno del sistema di Strasburgo negli ordinamenti degli Stati parti (il cosiddetto *embeddedment*). Gli anni della dimensione internazionale, nel senso di intergovernativa, sembravano definitivamente tramontati. La Dichiarazione di Brighton, invece, peraltro in linea con le posizioni espresse nelle precedenti Dichiarazioni di Interlaken e Izmir, restituisce, ci pare, il sistema alla sua autentica natura e ispirazione internazionale²⁰.

A giudicare, insomma, da quello che stiamo fin qui osservando, il sistema si sta atteggiando in maniera tale da non ripudiare né tutta la carica di novità che deriva dalla possibilità di introdurre un ricorso individuale davanti ad un organo giudicante internazionale né la dimensione internazionale del sistema nel suo complesso, costruendo questo equilibrio delicato su una sagace e complessiva rielaborazione dei duplici strumenti del margine d'apprezzamento e della sussidiarietà.

Ne deriva dunque un sistema ibrido, che è internazionale quanto alla sua struttura di insieme, ma che è reso però funzionale alla garanzia di diritti individuali, come suole accadere in contesti "costituzionali", riconfermando così l'originalità del sistema della Convenzione europea nel panorama dei trattati internazionali.

¹⁸ *Ibidem*, 55-56

¹⁹ Vedi a tal proposito i commenti critici del *Joint NGO Statement* del 13 aprile 2012, cit.

²⁰ E ciò, senza dubbio, sotto la guida e la spinta del Regno Unito, dove il tema della protezione dei diritti umani e della possibile adozione di un *UK Bill of Rights*, cui si potrebbe accompagnare un recesso dai meccanismi di supervisione internazionale della Convenzione è un *hot issue* del dibattito politico e giuridico. Vedi, ad esempio, Commission on a Bill of Rights, *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, dicembre 2012, in www.justice.gov.uk, o ancora DONALD, GORDON, LEACH, *The UK and the European Court of Human Rights*, Spring 2012, in www.equalityhumanrights.com.

Certo, si dirà, questo è il punto di vista degli Stati riuniti in una conferenza internazionale, mentre la Convenzione è poi uno schema istituzionale più complesso, all'interno del quale rientrano ad esempio anche l'operato della Corte e dei giudici nazionali o ancora il punto di vista delle altre istituzioni internazionali preposte alla gestione del sistema.

Ma anche ciò concedendo, resta il fatto che questa Dichiarazione ha nella sostanza definito un quadro di insieme e un piano di lavoro di qui al 2015, nell'esercizio di una responsabilità che non può non competere agli Stati parti della Convenzione.

ABSTRACT

Balancing Domestic and International Remedies in the European Convention on Human Rights after the Brighton Declaration

This paper provides a review of the ongoing process of reform of the European Convention on Human Rights mechanisms after the Brighton Conference. Through a brief sketch of the Declaration adopted there in April 2012 by the High Level Conference of the State Parties, the paper shows that States are not willing to accept a Court operating as a fourth level of judgment and therefore are doing their best to keep the Court's proceedings at an international level. Though speaking of the right of the individual to apply to the Court as "a cornerstone of the Convention system", the emphasis laid on the subsidiarity of the Convention mechanism and the margin of appreciation of States still keeps the Court's review to the international level, while stressing once more the importance of domestic remedies for the effective guaranteeing of the rights enshrined in the Convention. Thus the European Convention appears to be a unique system, which, while recognizing the right of the individual to apply to a supranational court, gives this Court guidelines to operate in a way which takes into account the sovereignty of States.

IL DIRITTO ALL'ACQUA: DALL'ENUNCIAZIONE ALL'ATTUAZIONE

ANNA MARIA DI LIETO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto all'acqua nel diritto interno. – 3. Il diritto all'acqua nel diritto internazionale. – 4. La prassi giurisprudenziale internazionale in tema di diritto all'acqua. – 5. Conclusioni.

1. Negli ultimi anni grande attenzione è stata dedicata, e a livello interno e a livello internazionale, ai problemi connessi all'approvvigionamento, all'utilizzazione e alla gestione delle risorse idriche a fronte della preoccupazione che queste risorse diventino sempre più limitate e che possano essere contaminate. Negli Stati industrializzati da tempo sono state emanate norme contro l'inquinamento per tutelare le acque e sancire obblighi di risarcimento per chi inquina.

Più incisivamente, in vari Stati in via di sviluppo africani e dell'America Latina, il diritto all'acqua è sancito a livello costituzionale o in specifiche leggi *ad hoc* e di conseguenza si va sviluppando una giurisprudenza interna (Argentina, Botswana, India, Sud-Africa) in cui si afferma che il diritto all'acqua è un diritto umano fondamentale ed è sanzionato il comportamento di quelle autorità che ne ostacolano o impediscono l'esercizio¹.

A livello internazionale, la maggior parte delle norme esistenti in tema di risorse idriche riguardano la loro ripartizione e la loro utilizzazione. Esistono trattati tra Stati rivieraschi di singoli fiumi internazionali relativamente allo sfruttamento del corso d'acqua comune e si è consolidata una norma consuetudinaria che afferma il diritto di ogni Stato di utilizzare in maniera equa e ragionevole le acque di un fiume internazionale, diritto che deve però essere esercitato in modo da non compromettere il pari diritto di utilizzazione degli altri Stati rivieraschi. Ciascuno Stato ha l'obbligo di evitare che l'utilizzazione del fiume internazionale nel proprio territorio sia fonte di danni gravi nel territorio

¹ In Europa soltanto in Belgio il Governo ha adottato il 14 aprile 2005 una "risoluzione acqua", in cui si riconosce l'accesso all'acqua potabile come un diritto umano che dovrebbe essere incluso nella Costituzione belga.

degli altri Stati rivieraschi e tutti gli Stati rivieraschi devono cooperare in buona fede nella utilizzazione e gestione di un fiume internazionale².

Vi sono poi le norme relative alla protezione, alla conservazione e alla tutela ambientale delle risorse idriche dei fiumi internazionali. A tal riguardo ricordiamo gli accordi e i trattati conclusi dagli Stati rivieraschi di singoli corsi d'acqua e le convenzioni multilaterali come la Convenzione delle Nazioni Unite del 1997 che contiene alcune disposizioni specificamente dedicate alla tutela ambientale, prescrivendo che gli Stati rivieraschi debbano proteggere e preservare gli ecosistemi dei corsi d'acqua internazionali e prevenire, ridurre e controllare le forme di inquinamento dei corsi d'acqua³.

Minore rilievo è dato al diritto di ogni individuo ad un quantitativo minimo di acqua sufficiente a soddisfare i suoi bisogni essenziali. Nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 tale diritto non è espressamente menzionato e la ragione di tale mancanza potrebbe forse dipendere dal fatto che, all'epoca in cui la Dichiarazione venne emanata, l'approvvigionamento dell'acqua non sembrava costituire un problema tanto rilevante da richiedere una specifica enunciazione⁴. Quando, più tardi, il problema della mancanza o della scarsità delle risorse idriche è

² V. le Regole sugli usi delle acque dei fiumi internazionali adottate ad Helsinki dall'*International Law Association* nel 1966. L'art. X di tali regole stabilisce: «1. 1. Consistent with the principle of equitable utilization of the waters of an international drainage basin, a State: (a) Must prevent any new form of water pollution or any increase in the degree of existing water pollution in an international drainage basin which would cause substantial injury in the territory of a co-basin State; (b) Should take all reasonable measures to abate existing water pollution in an international drainage basin to such an extent that no substantial damage is caused in the territory of a co-basin State». La Convenzione ONU sulle norme per i corsi d'acqua internazionali per usi diversi dalla navigazione all'art. 5 afferma: «1. Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse shall be used and developed by watercourse States with a view to attaining optimal and sustainable utilization thereof and benefits there from, taking into account the interests of the watercourse States concerned, consistent with adequate protection of the watercourse. 2. Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the watercourse and the duty to cooperate in the protection and development thereof, as provided in the present Convention».

³ La Convenzione ONU sulle norme per i corsi d'acqua internazionali per usi diversi dalla navigazione all'art. 7 afferma: «1. Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States. 2. Where significant harm nevertheless is caused to another watercourse State, the States whose use causes such harm shall, in the absence of agreement to such use, take all appropriate measures, having due regard for the provisions of articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation».

⁴ Sull'argomento v. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 5.

stato avvertito, si è cominciato a considerare l'accesso all'acqua un prerequisito fondamentale per l'esercizio di vari diritti umani quali il diritto alla vita, all'educazione, al cibo, alla salute, al lavoro e alla protezione contro trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti ed un elemento cruciale per assicurare l'eguaglianza di genere e lo sradicamento di discriminazioni⁵.

Si è a lungo discusso se considerare l'acqua un bene economico o un bene comune pubblico e globale. Secondo la dichiarazione di Dublino sull'acqua e sullo sviluppo sostenibile adottata nel 1992 dall'*International Conference on Water and the Environment* l'acqua è un bene economico⁶. Anche la Banca Mondiale e il Fondo Monetario Internazionale, che sostengono il ruolo fondamentale del settore privato nella fornitura dei servizi di base e nello sviluppo delle infrastrutture, parlano di privatizzazione e commercializzazione dell'acqua⁷.

Il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo, nel suo rapporto sullo sviluppo umano del 2006, interamente dedicato al problema della scarsità della risorsa idrica, riconosce il carattere speciale dell'acqua come bene comune e afferma che deve essere garantita a tutti la fruizione di un quantitativo adeguato. Il criterio per la valutazione delle politiche da adottare in questo settore non deve essere la presenza del settore pubblico o di quello privato, bensì i risultati ottenuti o non ottenuti a favore dei poveri⁸.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità si è a lungo battuta per l'esplicita affermazione del diritto all'acqua⁹, inizialmente riconosciuto solo a individui che vivono in situazione di particolare difficoltà quali i prigionieri di guerra¹⁰, i civili in tempo di guerra¹¹, le vittime dei conflitti

⁵ V. Office of the United Nation High Commissioner for Human Rights, *The Right to Water*, Fact Sheet No. 35, Geneva, 2010, 12 ss., reperibile sul sito www.ohchr.org.

⁶ Il principio n. 4 della Dichiarazione dice espressamente: «Water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good. Within this principle, it is vital to recognize first the basic right of all human beings to have access to clean water and sanitation at an affordable price. Past failure to recognize the economic value of water has led to wasteful and environmentally damaging uses of the resource. Managing water as an economic good is an important way of achieving efficient and equitable use, and of encouraging conservation and protection of water resources».

⁷ V. *Water Resources Management Policy Paper*, in www.ielrc.org, e *Private Sector Development Strategy* del 2002, in rru.worldbank.org.

⁸ V. hdr.undp.org.

⁹ BLUEMEL, *The Implications of Formulating a Human Right to Water*, in *Ecology Law Quarterly*, 2004, 957, spec. 963 ss.; v. anche la risoluzione dell'Assemblea dell'Organizzazione Mondiale della Sanità n. 64/24 dell'11 maggio 2011 reperibile all'indirizzo apps.who.int.

¹⁰ La III Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra in più disposizioni prevede l'obbligo per la potenza detentrica di garantire ai prigionieri di guerra acqua potabile in misura sufficiente (art. 20, par. 2 e art. 26, par. 3) acqua per la loro pulizia

armati internazionali¹² e non internazionali¹³, le donne¹⁴, i bambini¹⁵, le persone con disabilità¹⁶.

Soltanto nel 2010 si è giunti ad un'esplicita formulazione del diritto all'acqua con la risoluzione n. 64/292 dell'Assemblea Generale del 28 luglio 2010¹⁷ a cui però ha fatto seguito la risoluzione n. 15/9 del Consiglio dei diritti umani del 30 settembre 2010 in cui il diritto all'acqua è stato di nuovo considerato di natura strumentale rispetto alla realizzazione del diritto ad un adeguato standard di vita e non, quindi, come diritto a se stante¹⁸.

2. In molti Stati africani il diritto all'acqua è costituzionalmente garantito, in specifico in Congo¹⁹, Etiopia²⁰, Gambia²¹, Kenya²², Sud

personali e la biancheria (art. 29, par. 3) anche durante eventuali trasferimenti (art. 46, par. 3).

¹¹ Anche la IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione della popolazione civile in tempo di guerra prevede in diverse disposizioni l'obbligo di fornire agli internati acqua potabile e acqua sufficiente per la propria cura anche durante eventuali trasferimenti (art. 85, par. 3; art. 89, par. 3; art. 127, par. 2).

¹² Il I Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali all'art. 54, paragrafi 2 e 3 stabilisce il divieto di attaccare, distruggere, asportare o mettere fuori uso beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile, tra i quali sono indicate le installazioni e riserve di acqua potabile e in ogni caso sono vietate azioni dirette a lasciare la popolazione civile con acqua (e alimenti) in misura talmente scarsa che essa sarebbe ridotta alla fame o costretta a spostarsi.

¹³ Anche il II Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali prevede che gli internati e i detenuti ricevano, tra l'altro, acqua potabile nella stessa misura della popolazione civile (art. 5). Il II Protocollo vieta altresì l'utilizzo, come metodo di guerra, di azioni dirette a far soffrire di fame la popolazione civile, privandola, tra l'altro, di acqua potabile (art. 14).

¹⁴ La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1980, all'art. 14, par. 2, obbliga gli Stati parti a prendere le misure appropriate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nelle aree rurali prevedendo che le stesse possano godere, tra l'altro, del diritto a forniture d'acqua in misura sufficiente.

¹⁵ La Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 prevede, all'art. 24, il diritto di accesso del minore ad una serie di servizi tra i quali è inclusa anche la fornitura di acqua potabile.

¹⁶ Nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, all'art. 28, gli Stati parti riconoscono il diritto di accesso delle persone disabili, senza discriminazioni, «to clean water services».

¹⁷ V. *infra*, par. 3.

¹⁸ V. *infra*, par. 3.

¹⁹ La Costituzione, all'art. 48, afferma: «Le droit à un logement décent, le droit d'accès à l'eau potable et à l'énergie électrique sont garantis».

²⁰ L'art. 90, c. 1, della Costituzione del 1998 dice: «Every Ethiopian is entitled, within the limits of the country's resources, to [...] clean water».

²¹ L'art. 216, c. 4, della Costituzione del 1996 afferma: «The State shall endeavour to facilitate equal access to clean and safe water».

²² L'art. 43, c. 1, lett. d), della Costituzione del 2010 afferma: «Every person has the right

Africa²³, Uganda²⁴, Zambia²⁵. Anche nelle Costituzioni di alcuni Stati dell'America Latina – la Bolivia²⁶ la Colombia²⁷, l'Ecuador²⁸, e l'Uruguay²⁹ – si afferma il diritto all'acqua.

In Stati come l'Algeria³⁰, l'Angola³¹, il Madagascar³², la

to clean and safe water in adequate quantities».

²³ La sez. 27 della Costituzione del 1996 stabilisce: «Everyone has the right to have access to (a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of these rights».

²⁴ L'art. XIV della Costituzione del 1995 stabilisce: «The State shall endeavour to fulfill the fundamental rights of all Ugandans to social justice and economic development and shall, in particular, ensure that [...] all Ugandans enjoy rights and opportunities and access to education, health services, clean and safe water, decent shelter, adequate clothing, food, security and pension and retirements benefits».

²⁵ L'art. 112 della Costituzione del 1996 stabilisce: «The State shall endeavour to provide clean and safe water».

²⁶ L'art. 16 della Costituzione del 2009 riconosce: «I. Ogni persona ha diritto all'acqua e all'alimentazione. II. Lo Stato ha l'obbligo di garantire la sicurezza alimentare, tramite un'alimentazione sana, adeguata e sufficiente per tutta la popolazione»; l'art. 20 precisa: «I. Ogni persona ha diritto all'accesso universale e equo ai servizi basici di acqua potabile, fognature, elettricità, gas per uso domestico, poste e telecomunicazioni. II. È responsabilità dello Stato, in tutti i suoi livelli di governo, la fornitura dei servizi basici attraverso enti pubblici, misti, cooperativi o comunitari. Nei casi dell'elettricità, del gas per uso domestico e delle telecomunicazioni si potrà fornire il servizio tramite contratti con imprese private. La distribuzione dei servizi deve rispondere a criteri di universalità, responsabilità, accessibilità, continuità, qualità, efficienza, efficacia, tariffe eque e copertura necessaria, con partecipazione e controllo sociale. III. L'accesso all'acqua e al sistema fognario costituiscono diritti umani, non sono oggetto di concessioni o privatizzazioni e sono sottoposti a regime di licenze e registri, secondo la legge».

²⁷ L'art. 366 della Costituzione afferma: «The general welfare and improvement of the population quality of life are social purposes of the state. A basic objective of the state's activity will be to address unsatisfied public health, educational, environmental, and potable water needs».

²⁸ L'art. 23 prevede che «Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:... 20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios».

²⁹ L'art. 47 stabilisce: «El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales».

³⁰ L'art. 3 della legge sull'acqua n. 05-12 del 5 agosto 2005 dice: «Les principes sur lesquels se fondent l'utilisation, la gestion et le développement durable des ressources en eau sont: le droit d'accès à l'eau et à l'assainissement pour satisfaire les besoins fondamentaux de la population dans le respect de l'équité et des règles fixées par la présente loi, en matière de services publics de l'eau et de l'assainissement».

³¹ L'art. 10 della legge sull'acqua del 2002 obbliga il governo a fornire alla popolazione quantitativi d'acqua sufficienti per usi domestici e di igiene.

³² Il codice dell'acqua, legge n. 98-029 del 20 giugno 1999 all'art. 37 afferma: «Le service public de l'approvisionnement en eau potable et de l'assainissement collectif des eaux

Tanzania³³, il Paraguay³⁴ ed il Perù³⁵ sono state adottate specifiche leggi in cui si afferma l'obbligo dello Stato di garantire l'accesso all'acqua, considerato come un diritto fondamentale.

Dall'analisi della giurisprudenza interna in materia si segnalano interessanti sentenze emanate sia in Stati in cui il diritto all'acqua ha un esplicito riconoscimento nell'ordinamento giuridico interno, come il Sud Africa, sia in Stati in cui non c'è alcun riferimento normativo come l'Argentina, il Botswana e l'India. In tali pronunce si riconosce il diritto all'acqua come diritto umano fondamentale, semmai correlato ad altri diritti quali il diritto alla vita e, in alcuni casi, si sancisce l'obbligo dello Stato di assicurare a tutti l'utilizzo di una quantità sufficiente a soddisfare i propri bisogni.

Particolarmente interessante risulta a tal riguardo una pronuncia dell'Alta Corte del Kerala, in India, del 16 dicembre 2003³⁶, dove si è affermato che l'acqua di falda è una risorsa che appartiene a tutti e le autorità governative non possono permettere ai privati di sfruttarle a loro piacimento, anzi devono proteggerle e vietare uno sfruttamento eccessivo³⁷.

Rilevante è anche la sentenza della Corte d'appello del Botswana del 27 gennaio 2011 che ha riconosciuto ai Boscimani il diritto di accedere all'acqua, di usare il vecchio pozzo di Mothomelo che il Governo aveva smantellato e sigillato nel 2002 e di aprirne di nuovi³⁸. La Corte ha

usées domestiques, appelé au sens du présent chapitre 'service public de l'eau et de l'assainissement' est un service d'approvisionnement en eau potable et d'assainissement collectif des eaux usées domestiques fourni au public, c'est à dire à tout usager, personne physique ou morale de droit public ou privé avec obligation de service public définies dans des cahiers des charges. Le service universel de l'approvisionnement en eau potable est l'attribut du service public basé sur l'obligation de fourniture à tous les usagers d'une quantité minimum et d'un service minimum d'eau potable».

³³ L'art. 10 del *Water Utilization Act* del 1974 stabilisce «Any person having lawful access to any water may abstract and use the same for domestic purposes».

³⁴ La legge n. 3239/07 del 10 luglio 2007, all'art. 3, afferma: «La gestion integral y sustentable de los recursos hidricos del Paraguay se regira por los siguientes Principios: a) las aguas superficiales y suterraneas, son propiedad de dominio publico del Estado y su dominio es inalienable e imprescriptible. b) el acceso al agua para la satisfaccion de la necesidades basicas es un derecho humano y debe ser garantizado por el Estad, en cantidad y calidad adecuada».

³⁵ La legge n. 29338 del 23 marzo 2009, all'art. 2 stabilisce: «el agua constituye patrimonio de la nacion. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso subloco su administracion solo puede ser otorgada y ejercida en armonia con el bin comun, la proteccion ambiental y el interes de la nacion.No hay propiedad privada sobre el agua».

³⁶ The Hindu del 17 dicembre 2003 in www.thehindu.com.

³⁷ Ivi.

³⁸ Da anni è in corso una controversia tra il Governo del Botswana e le tribù Gana e Gwi appartenenti al popolo boscimano stanziate nella Central Kalahari Game Reserve. Il governo del Botswana nel 1997 li espulse e li confinò in altri insediamenti (Khaudwane e New Xade)

esaminato il caso non solo in base al diritto interno, in particolare al Water Act³⁹, ma anche al diritto internazionale, sottolineando che essa «is entitled to have regard to international consensus on the importance of access to water». Essa ha, quindi, fatto riferimento sia a quanto affermato, in relazione al diritto all'acqua, nel Rapporto del 2002 del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali sull'attuazione dell'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali⁴⁰, sia al contenuto della già richiamata risoluzione n. 64/292 dall'Assemblea Generale.

Di diverso tenore è la pronuncia della Corte costituzionale Sudafricana dell'8 ottobre 2009 relativa al caso *Mazibuko v. City of Johannesburg* (il c.d. "Phiri case"), in cui la Corte afferma che non esiste un obbligo costituzionale di stabilire uno specifico ammontare di acqua gratuita e che la previsione del diritto all'acqua non implica la fornitura di un minimo quantitativo di acqua cui lo Stato è obbligato ed il dettato costituzionale deve essere interpretato nel senso di un dovere alla progressiva realizzazione del diritto attraverso ragionevoli strumenti legislativi e per mezzo di successive revisioni⁴¹. Secondo la Corte il pagamento per l'acqua e l'eventuale interruzione della fornitura per morosità, esaurita la quota assegnata, non sono né ingiusti, né discriminatori, in quanto difendono i diritti degli altri cittadini e la progressività della realizzazione di un diritto all'acqua è corretta e passa anche attraverso la riduzione degli allacciamenti abusivi⁴².

offrendo esclusivamente dei sussidi molto limitati. Il piano di trasferimento forzato era però scattato a seguito della scoperta di giacimenti di diamanti e gemme nel deserto del Kalahari. Nel febbraio 2002 il Governo del Botswana decise di tagliare l'approvvigionamento d'acqua invocando la necessità di proteggere la fauna selvatica della riserva, dichiarando proibitivi i costi di gestione dei servizi di base destinati alle comunità e affermando che avrebbe inserito i Boscimani in altre zone. Alcuni Boscimani si sono rivolti alla Suprema Corte di Lobatse che il 13 dicembre 2006 si è pronunciata sulla controversia, ha dichiarato che i ricorrenti sono stati privati del possesso delle terre in modo illegittimo ed incostituzionale ed ha riconosciuto il diritto dei Boscimani del Kalahari a riappropriarsi di quelle zone da cui erano stati scacciati (testo della sentenza in www.iwant2gohome.org). Il Governo ha continuato a boicottare il reinserimento dei Boscimani bloccando l'accesso all'acqua. Nel 2010 l'Alta Corte del Botswana, con la sentenza emessa il 21 luglio, negava agli indigeni il diritto all'acqua dichiarando che non potevano accedere al pozzo presente nelle loro terre, né scavarne uno nuovo all'interno della riserva. Contro questa sentenza i ricorrenti hanno proposto appello che hanno vinto, appunto, nel 2011.

³⁹ V. il testo in faolex.fao.org.

⁴⁰ V. *infra*, par. 3.

⁴¹ V. il testo della sentenza in www.escri-net.org. Oggetto dell'esame della Corte era la vicenda dell'installazione di contatori idrici prepagati per i consumi idrici superiori ai 6 kilolitri di acqua al mese per famiglia. In precedenza, in primo grado, l'Alta Corte di Johannesburg e la Corte d'Appello avevano considerato l'installazione dei contatori contraria alle disposizioni costituzionali.

⁴² DANCHIM, *A Human Right to Water? The South African Constitutional Court's*

3. La prima iniziativa internazionale dedicata al diritto all'acqua è stata la Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua svoltosi a Mar de la Plata (Argentina) nel 1977. In essa venne affermato il «diritto di tutti ad accedere all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondenti ai propri bisogni fondamentali»⁴³.

Immediatamente dopo, nel 1980 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite proclamò il periodo 1981-1990 decennio internazionale dell'acqua potabile e del risanamento, durante il quale gli Stati membri si dovevano impegnare ad apportare un miglioramento sostanziale negli standard e nei livelli dei servizi di approvvigionamento dell'acqua potabile entro l'anno 1990.

Risale al 1992 la Conferenza internazionale delle Nazioni Unite su Acqua e Ambiente, conclusasi con la già richiamata "Dichiarazione di Dublino" in cui si affermava che l'acqua, risorsa fragile e non rinnovabile, è indispensabile alla vita, allo sviluppo e all'ambiente⁴⁴. Nello stesso anno ebbe luogo la Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo che si occupò, tra l'altro, della protezione delle risorse idriche e della loro qualità⁴⁵ e l'Assemblea Generale proclamò il 22 marzo giornata Mondiale dell'Acqua⁴⁶.

Decision in the Mazibuko Case, in www.ejiltalk.org.

⁴³ V. UN Doc. E/Conf.70/29.

⁴⁴ L'acqua dolce è definita al principio n. 1 una risorsa limitata e vulnerabile, essenziale per sostenere la vita, lo sviluppo e l'ambiente. Poiché l'acqua sostiene la vita, la gestione efficace delle risorse idriche richiede un approccio olistico, che collega lo sviluppo sociale ed economico con la tutela degli ecosistemi naturali. Lo sviluppo e la gestione delle acque dovrebbe essere basata, in base al principio n. 2, su un approccio partecipativo che coinvolga utenti, progettisti e responsabili politici a tutti i livelli. L'approccio partecipativo implica sensibilizzare l'importanza dell'acqua tra coloro che decidono a livello politico e l'opinione pubblica. Ciò significa che le decisioni dovrebbero essere adottate con consultazione pubblica e con il coinvolgimento degli utenti nella progettazione e realizzazione di progetti idrici. Viene riconosciuto, nel principio n. 3, un ruolo centrale nella fornitura, nella gestione e nella tutela delle acque alle donne come fornitori e utenti di acqua e custodi dell'ambiente di vita. L'accettazione e l'attuazione di questo principio richiede politiche positive per affrontare le esigenze specifiche delle donne e per attrezzare e responsabilizzare le donne a partecipare a tutti i livelli ai programmi delle risorse idriche, al processo decisionale e all'attuazione dei programmi. Infine, nel principio n. 4, si afferma che l'acqua ha un valore economico e va considerato come un bene economico rispettando però il diritto fondamentale di tutti gli esseri umani di avere accesso ad acqua potabile e servizi igienici a un prezzo accessibile. Per il passato il riconoscimento del valore economico dell'acqua ha portato ad impieghi inutili e dannosi per l'ambiente. Occorre invece raggiungere un uso efficiente ed equo incoraggiando la conservazione e la protezione delle risorse idriche.

⁴⁵ Al capitolo 18 dell'Agenda 21 si afferma che le risorse di acqua dolce rappresentano una componente essenziale della idrosfera terrestre e una parte indispensabile di tutti gli ecosistemi terrestri.

⁴⁶ V. A/RES/47/193, 22 dicembre 1992.

Nella Dichiarazione del Millennio del 2000, adottata al Vertice del Millennio delle Nazioni Unite a New York, 150 Capi di Stato e di Governo si sono impegnati a dimezzare, entro il 2015, la percentuale di persone prive di accesso sostenibile all'acqua potabile.

Nel novembre 2002 il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, organo di controllo dell'attuazione dell'omonimo Patto internazionale del 1966, ha dichiarato che «the human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is prerequisite for realization of other human rights»⁴⁷. Il Comitato collega tale diritto a quelli espressamente previsti dall'art. 11, par. 1, del Patto, che specifica un numero di diritti indispensabili per la realizzazione del diritto ad un adeguato standard di vita⁴⁸, e dall'art 12 dello stesso Patto, che fa riferimento ad un adeguato standard di salute precisando che «water should be treated as a social and cultural good, and not primarily as an economic good»⁴⁹.

Per quanto concerne il contenuto di tale diritto, il Comitato precisa che esso include la libertà di accesso alle forniture d'acqua necessarie, il divieto di sconnessioni arbitrarie e di contaminazioni delle acque, nonché la titolarità di un diritto ad una fornitura adeguata. Questa deve essere sufficiente e continua per gli usi personali e domestici, la qualità deve essere accettabile, l'accesso deve essere garantito. Gli Stati devono assicurare tale diritto a tutti, senza discriminazioni (art. 2, par. 2, del Patto) e devono porre gradualmente in essere i provvedimenti necessari per la realizzazione degli obiettivi precisati agli articoli 11 e 12⁵⁰. Essi devono astenersi dall'ostacolare, direttamente o indirettamente, il godimento del diritto e sono tenuti a prevenire le azioni di terzi che possano intralciare o disturbare il godimento del diritto all'acqua. Inoltre, essi devono assumere misure concrete per assistere gli individui e le comunità nella piena realizzazione del diritto all'acqua, garantire che l'acqua sia accessibile, attuare strategie integrate e programmi per permetterne un uso sufficiente all'attuale e alle future generazioni.

Nel 2010 l'Assemblea Generale, su proposta della Bolivia, ha approvato la già richiamata risoluzione n. 64/292 in cui si riconosce «the

⁴⁷ V. UN Doc. E/C.12/2002/11, 20 gennaio 2003.

⁴⁸ Cfr. l'art. 11, par. 1: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la loro famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita».

⁴⁹ Cfr. l'art. 12: «Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire».

⁵⁰ «States parties have a constant and continuing duty under the Covenant to move as expeditiously and effectively as possible towards the full realization of the rights to water», UN Doc. E/C.12/2002/11, punto 18.

right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights». Vale la pena di segnalare che l'atto in questione è stato approvato con l'astensione di vari Stati industrializzati tra cui Regno Unito, Irlanda, Australia, Austria, Canada, Grecia, Svezia, Giappone, Turchia, Israele e Stati Uniti. Quest'ultimo Paese, in particolare, ha motivato la sua decisione ritenendo che la risoluzione avrebbe potuto intralciare i lavori nella materia del Consiglio dei diritti umani⁵¹.

In sede di Consiglio dei diritti umani si è cercato un maggior consenso, anche se ciò ha comportato, come già segnalato, un arretramento rispetto all'affermazione di una dimensione autonoma del diritto all'acqua. La risoluzione del Consiglio n. 15/9 è stata infatti approvata con il voto favorevole anche degli Stati Uniti in quanto non riconosce il diritto umano fondamentale all'acqua come tale ma si limita a considerare che «the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity» cioè di quei diritti contenuti all'art. 11 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali. Ciò significa, contrariamente a quanto riconosciuto dalla risoluzione dell'Assemblea Generale, che per il Consiglio dei diritti umani il diritto all'acqua non esiste in se stesso, ma è di natura strumentale alla realizzazione del diritto ad un adeguato standard di vita. Inoltre, la risoluzione del Consiglio riconosce che gli Stati sono liberi di optare per il coinvolgimento di soggetti non-statali nella gestione dei servizi idrici⁵². Questo indica, in altre parole, che l'approvvigionamento dell'acqua è un bisogno, non un diritto, e che è possibile la privatizzazione dei servizi idrici⁵³.

⁵¹ Il rappresentante degli Stati Uniti ha affermato: «The United States regrets that this draft resolution diverts us from the serious international efforts under way to promote greater coordination and cooperation on water and sanitation issues. The draft resolution attempts to take a short cut around the serious work of formulating, articulating and upholding universal rights. It was not drafted in a transparent, inclusive manner and the legal implications of a declared right to water have not yet been carefully and fully considered in this body or in Geneva». V. UN Doc. A/64/PV.108, 8.

⁵² Al par. 7 della risoluzione si afferma che «States, in accordance with their laws, regulations and public policies, may opt to involve non-State actors in the provision of safe drinking water and sanitation services and, regardless of the form of provision, should ensure transparency, non-discrimination and accountability».

⁵³ Di diversa opinione è OLMO, *Diritto all'acqua potabile e alle misure igienico-sanitarie*, in *DUDI*, 2011, 178 ss. Secondo tale autore la risoluzione del Consiglio segna una tappa importante nella tutela dei diritti dell'uomo. A suo avviso: «Oltre al riconoscimento dell'esistenza di un nuovo diritto – evento che di per sé già giustifica il linguaggio della celebrazione – il Consiglio ha chiarito anche l'origine dello stesso, attribuendogli valore vincolante e

Rispetto all'attività del Consiglio dei diritti umani sul diritto all'acqua due altre risoluzioni meritano di essere richiamate. La prima è la n. 18/1 nella quale il Consiglio dei diritti umani utilizza un linguaggio meno esplicito sotto il profilo che qui interessa, chiedendo agli Stati di «assess whether the existing legislative and policy framework is in line with the right to safe drinking water and sanitation, and to repeal, amend or adapt it in order to meet human rights standards and principles», di tener conto delle esigenze degli individui che vivono in situazione di particolare difficoltà⁵⁴ e di assicurare che i servizi abbiano un costo alla portata di tutti⁵⁵. La seconda è la risoluzione n. 21/2 del 27 settembre 2012 nella quale il Consiglio riafferma il carattere strumentale del diritto all'acqua rispetto alla realizzazione di un adeguato standard di vita e chiede agli Stati di «monitor the affordability of safe drinking water and sanitation in order to determine whether specific measures are needed to ensure that household contributions are and remain affordable by means of, inter alia, effective regulation and oversight of all service providers».

Sul piano delle iniziative internazionali un richiamo merita anche la Conferenza sullo sviluppo sostenibile (Rio+20), tenutasi dal 20 al 22 giugno 2012 a Rio de Janeiro, nel corso della quale il tema del diritto all'acqua è stato affrontato senza tuttavia raggiungere un consenso sulla consacrazione dell'accesso all'acqua come diritto fondamentale. La Dichiarazione finale della Conferenza si limita infatti a reiterare gli impegni assunti dagli Stati nei *summit* precedenti e al par. 121 riafferma gli impegni dei partecipanti per la progressiva realizzazione per le proprie popolazioni, con il pieno rispetto della sovranità nazionale, dello «human right to safe drinking water and sanitation», nonché per le iniziative della «2005-2015 International Decade for Action, Water for Life»⁵⁶.

Infine, l'importanza del tema è altresì evidenziata dalla proclamazione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 2013 come *Anno internazionale della cooperazione nel settore idrico*⁵⁷.

dotandolo, di conseguenza, dell'efficacia tipica dei diritti umani già consolidati» (182).

⁵⁴ La risoluzione chiede agli Stati di «ensure full transparency of the monitoring and assessment of the implementation of plans of action, projects and programmes in the sectors of water and sanitation and to ensure, including in the planning process, the free, effective, meaningful and non-discriminatory participation of all people and communities concerned, particularly people living in disadvantaged, marginalized and vulnerable situations» (par. 7, lett. e).

⁵⁵ Al par. 7, lett. h), la risoluzione chiede agli Stati di «ensure financing to the maximum of available resources in order to implement all the necessary measures to ensure that water and sanitation systems are sustainable and that services are affordable for everyone».

⁵⁶ V. il testo in UN Doc. A/CONF.216/L.1.

⁵⁷ V. la risoluzione n. 65/154 del 20 dicembre 2010.

4. Non esiste una prassi giurisprudenziale internazionale che si occupi esplicitamente del diritto all'acqua nell'ambito di sistemi regionali di protezione dei diritti umani. Un riferimento a tale diritto è rintracciabile in alcune pronunce di organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali ma sempre in riferimento ad altri diritti umani la cui tutela è espressamente prevista negli strumenti pertinenti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso *Lopez Ostra*⁵⁸, che riguardava un problema di inquinamento delle acque, ha cominciato ad occuparsi solo marginalmente del diritto all'acqua, un diritto di cui non vi è alcun riferimento nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁹. Così, la Corte ha considerato violazione del diritto alla vita privata e familiare l'interruzione del rifornimento idrico delle abitazioni⁶⁰, mentre ha constatato una violazione del diritto ad un equo processo per degli individui che non avevano avuto la possibilità di esperire alcun ricorso giudiziario per la violazione del diritto a disporre dell'acqua dei loro pozzi a fini potabili, quale elemento del loro diritto di proprietà del terreno⁶¹.

⁵⁸ V. sentenza del 9 dicembre 1994 caso n. 16798/90. La ricorrente López Ostra, una cittadina spagnola residente a Lorca, possedeva un'abitazione a pochi metri da un impianto di trattamento dei rifiuti prodotti da alcune industrie vicine: le emissioni di questo impianto raggiungevano concentrazioni elevate e si rilevavano nocive per la salute. A suo avviso, l'atteggiamento passivo tenuto dalle autorità spagnole circa la continuazione della attività dell'impianto e la situazione di disagio provocata dalle emissioni, nonché i disturbi alla salute subiti soprattutto dalla figlia costituivano una violazione degli articoli 8 (tutela diritto alla vita privata e familiare) e 3 (diritto di ogni individuo a non essere sottoposto a trattamento inumano e degradante) della Convenzione di Roma del 1950. La Corte ha ritenuto che attentati gravi all'ambiente naturale possano pregiudicare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo domicilio, così nocendo alla sua vita privata e familiare.

⁵⁹ Nei casi *Taşkin e altri c. Turchia*, ricorso n. 46117/99, sentenza del 10 novembre 2004, e *Öçkan c. Turchia*, ricorso n. 46771/99, sentenza del 28 marzo 2006, la Corte ha considerato l'attività estrattiva di una miniera d'oro che aveva causato un'infiltrazione di rifiuti nelle acque sotterranee utilizzate dagli abitanti della regione una violazione dell'art. 8 CEDU. Nel caso *Tâtar c. Romania*, ricorso no 67021/01 con sentenza del 27 gennaio 2009 la Corte ha ritenuto che le decisioni delle autorità rumene di concedere la licenza di sfruttamento di una miniera d'oro ad una società che utilizzava per l'estrazione cianuro di sodio, nonostante uno studio del Ministero dell'ambiente dimostrasse l'esistenza di un rischio serio per l'ambiente e la salute, di consentire tale attività anche in seguito ad un grave disastro ecologico e di non aver informato la popolazione dei possibili rischi alla salute, siano in contrasto con il diritto al rispetto del ricorrente a vivere in un ambiente sano e protetto. Nel caso *Giacomelli c. Italia* ricorso n. 59990/00, sentenza de 12 novembre 2006, in materia di valutazione di impatto ambientale con riferimento ad attività di trattamento di rifiuti, la Corte ha constatato la violazione dell'art. 8 della CEDU in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare, in relazione alla tutela del domicilio.

⁶⁰ Nel caso *Butan e Dragomir c. Romania*, ricorso n. 40067706, sentenza del 14 febbraio 2008, la Corte ha condannato la Romania per non aver preso le misure necessarie per evitare che i ricorrenti fossero privati dell'accesso all'acqua.

⁶¹ V. caso *Zander c. Svezia*, ricorso n. 14282/88, sentenza del 25 novembre 1993.

Ma è in tema di divieto di trattamenti inumani o degradanti che la Corte europea si è pronunciata in modo più chiaro sul diritto all'acqua potabile, condannando gli Stati che non assicurano un sufficiente approvvigionamento d'acqua ai detenuti. Nel caso *Kadiëis c. Lettonia*, la Corte ha affermato che la mancanza di acqua corrente nella cella del richiedente costituisce una violazione del diritto alla dignità umana⁶². Essa, inoltre, ha condannato la Romania nel caso *Marian e Stoicescu* per aver privato un detenuto dell'accesso ad acqua potabile, sottoponendolo a «une épreuve d'une intensité qui excédait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention»⁶³. Infine, la Corte ha condannato la Francia per lo stato disastroso delle prigioni in cui «l'équipement sanitaire était minimal, le seul point d'eau en cellule étant un robinet donnant directement dans la cuvette des toilettes et qui faisait également office de chasse d'eau. Par ailleurs, les toilettes n'étaient pas cloisonnées, alors qu'elles étaient situées près du coin repas»⁶⁴.

Neanche la Carta africana dei diritti dell'uomo contempla il diritto all'acqua. Tuttavia la Commissione africana dei diritti dell'uomo ha considerato la sua violazione come un'indiretta violazione del diritto alla salute e del diritto allo sviluppo. Nel 1996 essa ha affermato che il governo dello Zaire non era stato in grado «to provide basic services necessary for a minimum standard of health, such as safe drinking water and electricity»⁶⁵, violando con il suo comportamento l'art. 16 della Carta sul diritto di godere del migliore stato di salute fisica e mentale⁶⁶. Successivamente, nel 2001, la Commissione ha ritenuto la Nigeria direttamente responsabile dell'inquinamento del suolo, dell'acqua e dell'aria causato dall'attività estrattiva operata da un consorzio di società petrolifere, di cui è membro la Compagnia petrolifera nazionale (*Nigerian National Petroleum Corporation*) che aveva provocato gravi danni all'ambiente e problemi di salute alla popolazione Ogoni⁶⁷.

Nel caso del popolo Endorois, la Commissione ha riconosciuto che il Kenya, avendo forzatamente espulso tale popolo dalle terre ancestrali per

⁶² V. ricorso n. 62393/00, sentenza del 4 maggio 2006.

⁶³ V. ricorso n. 12934/02, sentenza del 16 luglio 2009.

⁶⁴ V. sentenza del 21 gennaio 2011 relativa al caso *Payer*, ricorso n. 19606/08.

⁶⁵ V. Comm. n. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93: *World Organisation Against Torture, Lawyers' Committee for Human Rights, Jehovah Witnesses, Inter-African Union for Human Rights/Zaire*.

⁶⁶ Il testo dell'art. 16 dice: «1. Every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health. 2. State Parties to the present Charter shall take the necessary measures to protect the health of their people and to ensure that they receive medical attention when they are sick».

⁶⁷ V. Comm. n. 155/96: *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/Nigeria*.

stabilirvi una riserva naturale, ha violato il diritto di praticare una religione, il diritto di proprietà, il diritto all'educazione, il diritto alla libera disposizione delle risorse naturali ed il diritto allo sviluppo⁶⁸. In particolare, per quanto riguarda il diritto allo sviluppo, la Commissione ha accolto l'interpretazione di tale diritto data dai ricorrenti in base alla *World Bank's Operational Directive 4.10*, e in più ha affermato che «particular attention should be given to the rights of indigenous peoples to use and develop the lands that they occupy, to be protected against illegal intruders, and to have access to natural resources (such as forests, wildlife, and water) vital to their subsistence and reproduction»⁶⁹ (corsivo nostro).

Infine, nel caso relativo al massacro di popolazioni della regione del Darfur, in particolare di membri di tribù Four, Masseleit e Zaghawa, i ricorrenti sostenevano che «forced evictions and accompanying human rights violations constitute violations by the Respondent State of the right to adequate food and the right to water implicitly guaranteed under Articles 4, 16 and 22 of the Charter as informed by standards and principles of international human rights law» e la Commissione nel 2009 ha affermato che «the destruction of homes, livestock and farms as well as the poisoning of water sources, such as wells exposed the victims to serious health risks and amounts to a violation of Article 16 of the Charter»⁷⁰.

In maniera più esplicita a favore del diritto all'acqua si è pronunciata la Corte interamericana dei diritti dell'uomo. A tal riguardo vanno segnalate le sentenze relative alle comunità del Paraguay Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xakmok Kasek, nonché al popolo Saramaka in Suriname. La Corte ha condannato il Paraguay nel 2005 per non aver assicurato ai membri della comunità Yakye Axa le condizioni materiali essenziali (accesso a fonti di acqua potabile, alimentazione sana) per la loro salute⁷¹, l'anno successivo per non aver garantito alla comunità

⁶⁸ Il rapporto della Commissione adottato nel maggio 2009 è stato approvato dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana nella riunione del gennaio 2010 ad Addis Abeba e pubblicato il 4 febbraio 2010. V. il testo sul sito della Commissione www.achpr.org, Comm. n. 276/03: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council/Kenya*. In dottrina sull'argomento v. VEZZANI, *L'unicorno esiste(ed è africano): il diritto allo sviluppo nel rapporto della Commissione africana dei diritti umani e dei popoli nel caso degli Endorois*, in *DUDI*, 2010, 603 ss.

⁶⁹ V. www.achpr.org.

⁷⁰ *Ivi*.

⁷¹ «[The] Court established that the State did not guarantee the right of the members of the Yakye Axa Community to communal property. The Court deems that this fact has had a negative effect on the right of the members of the Community to a decent life because it has deprived them of the possibility of access to their traditional means of subsistence, as well as

Sawhoyamaxa una vita dignitosa⁷² ed infine, nel 2010, per non aver dato acqua in quantità sufficiente e di qualità adeguata alla comunità indigena Xakmok Kasek esponendola, così, a rischi e malattie⁷³. La stessa Corte, inoltre, con sentenza del 28 novembre 2007, ha condannato lo Stato del Suriname per aver scacciato il popolo Saramaka dalle terre ancestrali e privato dell'acqua necessaria per garantire la sopravvivenza degli indigeni⁷⁴.

5. Dall'esame fin qui condotto e per quanto il tema del diritto all'acqua sia oggetto di diffusa attenzione, soprattutto nell'ambito delle Nazioni Unite, non riteniamo si possa considerare attualmente esistente una norma consuetudinaria che sancisca uno specifico diritto di ogni individuo ad un quantitativo minimo di acqua sufficiente a soddisfare i suoi bisogni essenziali, né vi sono norme convenzionali che lo prevedano.

Di fatto, anche dopo la risoluzione n. 64/292 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il diritto all'acqua continua ad essere considerato un prerequisito per il godimento di altri diritti umani quali il diritto alla vita, alla salute, allo sviluppo sostenibile e non meraviglia, quindi, che il Consiglio dei diritti umani abbia sottolineato la sua natura strumentale alla realizzazione del diritto ad un adeguato standard di vita.

Anche nella prassi giurisprudenziale sia interna sia internazionale si può cogliere la tendenza ad affermare spazi di "giustiziabilità" per tale

to use and enjoyment of the natural resources necessary to obtain clean water and to practice traditional medicine to prevent and cure illnesses». V. I/A Court H.R., *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, sentenza del 17 giugno 2005, par. 168, consultabile all'indirizzo www.corteidh.or.cr.

⁷² V. *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, sentenza del 29 marzo 2006, consultabile all'indirizzo www.corteidh.or.cr. La Corte specifica, al par. 168: «In the instant case, together with the lack of lands, the life of the members of the Sawhoyamaxa Community is characterized by unemployment, illiteracy, morbidity rates caused by evitable illnesses, malnutrition, precarious conditions in their dwelling places and environment, limitations to access and use health services and drinking water, as well as marginalization due to economic, geographic and cultural causes».

⁷³ V. *Case of the Xakmok Kasek Indigenous Community v. Paraguay*, sentenza del 24 agosto 2010, consultabile all'indirizzo www.corteidh.or.cr. Al par. 196 la Corte afferma espressamente che «the actions that the State has taken following the issuing of Decree No. 1830 have not been sufficient for providing the members of the Community with water of sufficient quantities and adequate quality. This has exposed the members of the Community to risks and disease».

⁷⁴ V. I/A Court H.R., *Case of the Saramaka People v. Suriname*, sentenza del 28 novembre 2007, consultabile all'indirizzo www.corteidh.or.cr. Al par. 126 la Corte afferma: «Clean natural water [...] is a natural resource essential for the Saramakas to be able to carry out some of their subsistence economic activities, like fishing. The Court observes that this natural resource is likely to be affected by extraction activities related to other natural resources that are not traditionally used by or essential for the survival of the Saramaka people and, consequently, its members».

diritto per lo più come condizione essenziale per il godimento di altri diritti. D'altra parte, l'attività degli organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali in materia di tutela del diritto all'acqua ha avuto certamente il merito di far conoscere all'opinione pubblica mondiale il problema di molti popoli nell'accesso alle risorse idriche.

Resta irrisolto il problema della natura del bene acqua, che alcuni considerano un semplice bene economico che segue le normali leggi di mercato e può quindi essere privatizzato e commercializzato, mentre altri ritengono che si tratti di uno di quei beni che per loro stessa natura non possono essere oggetto di calcolo economico e devono essere resi fruibili per tutti⁷⁵.

È da tenere presente, tuttavia, che l'alternativa tra gestione pubblica e privata può costituire un limite aprioristico ad una efficace gestione del bene acqua ai fini del perseguimento di un interesse comune e generale⁷⁶.

Un esempio a tal riguardo è dato dal caso Cochabamba in Bolivia, dove sia il servizio privato sia quello pubblico sono risultati inefficienti, insoddisfacenti ed inadeguati. Nel settembre 1999 il comune di Cochabamba firmò un contratto con la società Aguas de Tunari, controllata dalla multinazionale statunitense Bechtel che aumentò le tariffe di circa il 50% senza effettuare alcuna operazione di mantenimento o miglioramento della rete idrica. Nel 2000, a seguito di manifestazioni di protesta degli abitanti, il comune ha rescisso il contratto con il consorzio ed ha affidato il servizio all'impresa pubblica Semapa. A seguito di tali vicende è stata approvata una modifica costituzionale per affermare la natura di diritto umano dell'accesso all'acqua ed escludere fenomeni di privatizzazione⁷⁷. Tuttavia oggi, a più di dieci anni dall'inizio della gestione pubblica, metà delle case nella zona sud di Cochabamba, quella più povera, è ancora senza servizio idrico, in molte case l'approvvigionamento è limitato a poche ore, vi sono forti perdite

⁷⁵ La dottrina internazionalistica utilizza l'espressione "common concern of mankind" o "préoccupation commune à l'humanité" introdotta per la prima volta nel 1988 dall'Assemblea Generale in riferimento al clima globale, per indicare le risorse naturali, tra cui l'acqua, di cui si deve assicurare la conservazione ed un uso sostenibile a profitto delle generazioni future. V. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali di interesse generale per la comunità internazionale*, Torino, 1996, 393 ss.; SCOVAZZI, *Biodiversity in the deep seabed*, in *Yearbook IEL*, 1996, 486 ss. La dottrina italiana, soprattutto dopo l'individuazione da parte della Commissione Rodotà per la riforma della proprietà pubblica della categoria dei "beni comuni" ha aperto un interessante dibattito sul concetto di bene comune globale. A tal riguardo v. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 25.

⁷⁶ LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, reperibile all'indirizzo lugaresiunitn.files.wordpress.com, 70.

⁷⁷ V. ante, nota 26.

idriche nel sistema, le infrastrutture sono obsolete, vi sono molte connessioni illegali.

In realtà, come correttamente sostenuto, il prerequisito essenziale per una gestione efficace del bene acqua dovrebbe essere la diffusa “accountability” di pubblici poteri, gestori e cittadini⁷⁸. Sul piano internazionale l'affermazione del diritto all'acqua dipende – come più volte affermato da Catarina de Albuquerque, Rapporteur speciale delle Nazioni Unite sul diritto umano all'acqua potabile ed ai servizi igienico-sanitari – dalla capacità degli Stati di instaurare buone prassi⁷⁹ seguendo criteri normativi (availability, quality/safety, acceptability, accessibility e affordability) e criteri trasversali (non discrimination, participation, accountability, impact e sustainability)⁸⁰.

ABSTRACT

The Right to Water: from Concept to Implementation

Much progress has already been made in the development of the universally recognised human right to water. When the United Nations General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the human rights to water were not explicitly included in its text. On 28 July 2010, through Resolution 64/292, the United Nations General Assembly explicitly recognized the human right to water and acknowledged that clean drinking water and sanitation are essential to the realisation of all human rights. The analysis of international practice shows that there is not a customary rule which establishes a specific right of every person to a minimum quantity of water. In recent years, many developing states have enshrined the right to water in their national constitutions, or have framed the right explicitly or implicitly within national legislation. Consequently, there is a trend in domestic case-law towards the recognition of a justiciability of the right to water. The debate currently focuses on the nature of good water which some consider a commodity while others consider it a public good. Although human rights are neutral regarding the private sector's involvement in the delivery of water and sanitation services, human rights are not irrelevant to such decisions. From the standpoint of

⁷⁸ LUGARESI, *op. cit.*, 72.

⁷⁹ Il 12 marzo 2012 Caterina de Albuquerque ha presentato un volume dal titolo *On the right track good practices in realising the rights to water and sanitation*; reperibile all'indirizzo www.ohchr.org.

⁸⁰ Sul contenuto dei criteri indicate *v. Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*, del 10 luglio 2010, UN Doc. A/HRC/15/31/Add.1.

international law the human right to water is not incompatible with private sector participation or with market-based approaches. However, real tensions do exist between markets and rights because the goal of a private actor is to make a profit. In contrast, a State responsible for ensuring, albeit gradually, the human right to water must take steps and use the maximum available resources to ensure that everyone, without discrimination, has access to adequate amounts of good quality, accessible, and affordable water.

NOTE E COMMENTI

SONO I PIRATI DEI TERRORISTI? TENDENZE NELLA PRASSI RECENTE NEL GOLFO DI ADEN E NELL'OCEANO INDIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Definizione della pirateria marittima nel diritto internazionale contemporaneo. – 3. Assenza di una definizione generale di terrorismo nel diritto internazionale. – 4. Possibilità di sussumere l'intento terroristico nel concetto di "fini privati". – 5. Applicabilità di talune convenzioni antiterrorismo al fenomeno della pirateria marittima. – 6. Conclusioni.

1. Il fenomeno della pirateria è tornato in epoca recente all'attenzione degli studiosi. La quantità delle aggressioni pirata nel Golfo di Aden, dove transitano la maggior parte delle merci destinate al mercato europeo ed asiatico¹, rende l'azione degli odierni epigoni di Edward Teach² particolarmente allarmante: l'aumento dei relativi costi del commercio marittimo³ in

¹ Si veda FU, NG, LAU, *The Impacts of Maritime Piracy on Global Economic Development: the Case of Somalia*, in *Mar. Pol. Manag.*, 2010, 677 ss.

² Meglio noto come Barbanera.

³ FU, NG, LAU, *The Impacts*, cit., *supra* nota 1. Interessante notare come gli autori ritengano che il costo della pirateria al largo delle coste somale non debba essere valutato solo in termini di lucro cessante e di danno emergente per il commercio marittimo, ma anche e soprattutto considerando la componente dell'impiego di vasti contingenti navali nell'area per pattugliarla. Tali costi, complessivamente considerati, sono di molto superiori a quelli indicati nel rapporto del Segretario Generale, UN Doc. S/2012/50, per rendere in grado di processare i pirati *in loco* alcuni ordinamenti della regione, aumentando l'efficacia deterrente e soprattutto garantendo un certo livello di tutela dei diritti umani. Si veda anche RAPP, *Salvage Awards in the Somali Coast: Who Pays for Public and Private Rescue Efforts in Piracy Crises?*, in *Amer. ULR*, 2010, 1399 ss., secondo cui nel "costo aggregato" della pirateria somala andrebbe ricompreso anche quello derivante dai riscatti pagati per gli ostaggi. Secondo alcuni autori, l'unico modo per abbattere questi costi è affidare la sicurezza della navigazione a compagnie private o agli stessi operatori del mare: si vedano in questo senso JEFFREY, *An Efficient Solution in a Time of Economic Hardship: The Right to Keep and Bear Arms in Self-Defense against Pirates*, in *J Mar. L. Comm.*, 2010, 507 ss.; PRIDDY, CASEY-MASLEN, *Counter-piracy Operations by Private Maritime Security Contractors*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 839 ss. *Contra*, o almeno in dissenso relativamente alla possibilità di tale soluzione nel breve termine, si veda SPEARIN, *Private Military and Security Companies v. International Naval Endeavours v. Somali Pirates*, *ivi*, 2012, 823 ss.

un periodo di grave crisi economica genera una forte apprensione, diffusa nelle cancellerie, quanto nelle organizzazioni internazionali⁴.

L'interesse nei confronti dei pirati somali non è dovuto solo al fattore economico, sotto certi aspetti contingente. L'attenzione dedicata alla situazione del Golfo di Aden risente anche della collocazione geografica del fenomeno, vicina ai santuari del terrorismo internazionale. Tenuto conto della contiguità storica tra pirateria e terrorismo, accumulati dall'essere forme di aggressione da parte di soggetti non statali, è diffuso il timore che pirati e terroristi possano collaborare o che le attività dei primi siano finalizzate al finanziamento dei secondi. Tale pare essere una delle cifre più essenziali dell'interesse che la politica ha rivolto alla recrudescenza del fenomeno.

A questo proposito, sorge l'interrogativo circa la possibilità di applicare alla pirateria l'elaborazione giuridica sviluppatasi nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale o viceversa. Pur in assenza di una teoria generale sulla violenza marittima⁵, la prassi interna ed internazionale fornisce alcuni interessanti spunti circa l'avvicinamento tra le due discipline giuridiche.

Prima di analizzare tali elementi, si delinearanno rapidamente le discipline della pirateria marittima e del terrorismo internazionale. Successivamente, si analizzerà la possibilità di sussumere la medesima condotta ad entrambe le fattispecie astratte. Da ultimo, nel trarre le conclusioni, si stabilirà la concreta applicabilità degli strumenti anti-terrorismo alla pirateria odierna nel Golfo di Aden e nell'Oceano Indiano, segnalando vantaggi e svantaggi dell'accostamento sotto il profilo giuridico delle due fattispecie materiali.

2. La disciplina giuridica della pirateria ha vissuto una storia travagliata⁶ ed ha trovato una compiuta codificazione solo nella Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958⁷. Successivamente, tale definizione è stata riportata nella *United Nation Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) firmata a Montego Bay nel 1982, ritenuta codificazione

⁴ Si veda quali esempi di tale interesse i vari studi effettuati da Chatham House dal 2008 ad oggi, lo studio di Ted Dagne per il *Congressional Research Service* statunitense presentato in data 4 febbraio 2010 o l'audizione dell'Ammiraglio Branciforte presso il Parlamento italiano in data 15 giugno 2011.

⁵ Di tale categoria onnicomprensiva si trovano solo sporadici accenni in dottrina. Si veda DAVIDSON, *International Law and the Suppression of Maritime Violence*, in BURCHILL, WHITE, MORRIS (eds.), *International Conflict and Security Law. Essay in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge, 2005, 265 ss.

⁶ Per uno studio storico-giuridico sull'argomento, si veda RUBIN, *The Law of Piracy*, Honolulu, 2006.

⁷ La Convenzione di Ginevra prevede all'art. 15 la medesima dicitura poi riportata nella Convenzione di Montego Bay all'art. 101. L'Italia è parte di questo trattato dal 17 dicembre 1964.

del diritto internazionale generale⁸. Recita l'art. 101 UNCLOS: «Piracy consists of any of the following acts: (a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b)»⁹.

La definizione pone molti requisiti perché un atto sia qualificabile come pirateria. Per prima cosa, gli atti di violenza¹⁰ anche solo tentati¹¹ che integrano la condotta tipica del pirata devono essere compiuti da soggetti privati contro altre navi: sono esclusi quindi gli attacchi posti in essere da navi militari o altre navi in “servizio di governo”¹², nonché l'ammutinamento¹³. In secondo luogo, l'aggressione deve avvenire in alto mare o in altro luogo esterno alla giurisdizione di tutti gli Stati¹⁴ ed essere

⁸ Si veda per tutti SHEARER, *Piracy*, in *Max Planck EPIL*, Oxford, 2012. Per un parere opposto, contrario alla possibilità di parlare di una “consuetudine” relativamente alla pirateria, si veda RUBIN, *op. cit.*

⁹ United Nation Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 1982, art. 101. La Convenzione è entrata in vigore nel 1994, ben dodici anni dopo la sua conclusione. Allo stato, la Convenzione conta 164 Stati parti ed è una delle Convenzioni a più ampia partecipazione. L'Italia è parte della Convenzione dal 13 gennaio 1995.

¹⁰ Questo requisito è ormai assodato, tanto che anche gli atti delle *boat people* vietnamite sono stati qualificati quali atti di pirateria; si veda ELLEMAN, *The Looting and Rape of Vietnamese Boat People*, in ELLEMAN, FORBES, ROSENBERG (eds.), *Piracy and Maritime Crime: Historical and Modern Case Studies*, Newport, 2010, 97 ss.

¹¹ Recentemente, il giudice interno statunitense si è espresso in senso contrario. Si veda *infra*, i casi *Said* ed *Hassan* citati al par. 4.

¹² Questa esclusione è esplicitata anche all'art. 102 UNCLOS. Per un'analisi della definizione di nave da guerra e di nave in “servizio di governo”, si vedano gli artt. 29-32 UNCLOS e NANDAN, ROSSENNE, GRANDY (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. II, L'Aja, 1993, 243 ss.

¹³ Si parla in genere di “criterio delle due navi”, esplicitato anche dalla Commissione di diritto internazionale nel proprio commentario al testo parallelo della Convenzione di Ginevra, cui fa riferimento anche il commentario alla Convenzione di Montego Bay. Si veda *Report of the International Law Commission to the General Assembly, 8th Session*, in *Yearbook ILC*, 1956, 253 ss., 282. Come giustamente rilevato dalla dottrina, una lettura contestuale dei paragrafi (a)(i) e (a)(ii) fa presumere che «in areas away from the high sea – outside the territories of all states – persons and property under attack by pirates need not to be aboard a ship or an aircraft» (DINSTEIN, *Piracy Jure Gentium*, in HESTERMEYER E AL (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. II, Leiden, 2012, 1125 ss., 1136).

¹⁴ La Commissione di Diritto Internazionale intendeva con tale locuzioni le isole costituenti *terra nullius*; si veda *Report*, cit., 282. La dottrina ha giustamente rilevato che anche l'Antartico in quanto zona internazionalizzata potrebbe soddisfare tale requisito; si veda BROWN, *The International Law of the Sea*, Aldershot, 1994, 302.

motivata da fini privati¹⁵. Laddove sia commesso un atto di pirateria ai sensi dell'art. 101, l'art. 105 prevede il potere generale di ogni Stato di catturare e giudicare i presunti pirati in deroga all'ordinario criterio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera¹⁶.

La definizione di pirateria data dal diritto internazionale è quindi particolarmente restrittiva, tanto che la dottrina ha avuto modo di segnalare che «[the] existing international law on piracy, as reflected in the 1982 UN Convention on the Law of the Sea [...] does not fully cover all acts of violence endangering the safety of international navigation»¹⁷. In questo senso, è interessante notare come la prassi recente si sia mossa nel senso o di applicare strumenti alternativi alla UNCLOS al fenomeno di pirateria¹⁸ o di sviluppare fattispecie contigue¹⁹.

3. Diversamente dalla pirateria, il terrorismo internazionale non ha trovato una definizione generale nel diritto internazionale, nonostante i vari tentativi di codificazione della materia²⁰. La prassi ha seguito un approccio

¹⁵ Un'analisi maggiormente approfondita di questi elementi sarebbe contraria allo spirito del presente contributo. Si rimanda pertanto a NANDAN, ROSSENE, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. III, Leiden, 1995, 196 ss. Nello specifico, l'argomento dei fini private verrà meglio trattato *infra*, par. 4.

¹⁶ Recita l'art. 105 UNCLOS, rubricato "Seizure of a pirate ship or aircraft": «On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith». Da una prima lettura dell'articolo, si potrebbe ritenere che lo Stato cattore sia l'unico Stato autorizzato a processare i presunti pirati in deroga alla generale esclusività della giurisdizione dello Stato di bandiera *ex art. 94*. La prassi recente si è mossa in un senso diverso, tale da interpretare l'art. 105 in modo da non precludere allo Stato cattore di trasferire il presunto pirata presso uno Stato terzo dove possa subire processo. In questo senso, si veda tra gli altri l'accordo di cooperazione giudiziaria tra UE e Kenya del 6 marzo 2009 riprodotto in *GUUE L 79* del 25 marzo 2009, 47 ss., che ha funto da base giuridica per i trasferimenti di sospetti pirati catturati dalle navi della missione EUNAVOR "Atalanta" a largo delle coste somale in Kenya.

¹⁷ Institut de Droit International, *Naples Declaration on Piracy*, in *Annuaire IDI*, 2009, 584 ss.

¹⁸ Come per esempio la *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*. Si veda *infra*, par. 5.

¹⁹ È il caso della *armed robbery at sea* o degli altri atti di "quasi pirateria" che l'*International Maritime Organization* considera nei propri report alla stregua di atti di pirateria *latu sensu*. In particolare, la definizione di *armed robbery at sea* è stata recentemente codificata all'art. 1(2) del *Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia* entrato in vigore il 4 settembre 2006 tra gli Stati dello Stretto di Malacca e all'art. 1(2) *The Code of conduct concerning the repression of piracy and armed robbery against ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden*, adottato il 29 gennaio 2009 in Djibouti dagli Stati della regione del Golfo di Aden.

²⁰ Questa difficoltà nella definizione del fenomeno viene fatta comunemente risalire alla scarsa chiarezza della linea di demarcazione tra "terroristi" e "combattenti per la libertà": ba-

settoriale al problema, ossia rivolto a definire e reagire a singole condotte inquadrabili all'interno del fenomeno terroristico globalmente inteso²¹.

Nonostante l'assenza di una definizione e disciplina generale, per inquadrare il fenomeno terroristico possono essere prese in considerazione alcune risoluzioni dell'Assemblea generale, che hanno cercato di qualificare gli scopi perseguiti dai terroristi. Così, la Risoluzione dell'Assemblea generale 49/60 del 1994 prevede che gli atti finalizzati a: «[...] provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them»²².

Tale qualificazione è stata ripresa successivamente nella *Draft Comprehensive Convention on Terrorism*²³, nella quale si legge: «1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person, by any means, unlawfully and intentionally, causes: (a) Death or serious bodily injury to any person; or (b) Serious damage to public or private property, including a place of public use, a State or government facility, a public transportation system, an infrastructure facility or the environment; or (c) Damage to property, places, facilities, or systems referred to in paragraph 1 (b) of this article, resulting or likely to result in major economic loss, when the purpose of the conduct, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act»²⁴.

Nel 2004 il Consiglio di Sicurezza, agendo in base al Capitolo VII, ribadiva che sono ingiustificabili e qualificabili come terroristici: «criminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimidate a population or compel a government or an international

sti pensare che il primo tentativo di codificare la materia risale alla Convenzione della Società delle Nazioni per la prevenzione e la repressione del terrorismo del 1937, poi priva di seguito. Per alcune interessanti riflessioni sull'argomento si veda WALLACH, *Partisans, Pirates and Pancho Villa: How International and National Law Handled Non-State Fighters in the 'Good Old Days' before 1949 and that Approach's Applicability to the 'War on Terror'*, in *Emory ILR*, 2010, 549 ss. Da considerare inoltre che recentemente l'Assemblea Generale ha cercato nuovamente di codificare la materia, costituendo nel 1996 un comitato *ad hoc* per la redazione di una *Draft Comprehensive Convention on Terrorism*, poi finito in nulla. Si veda WALTER, "Terrorism", in *Max Planck EPIL*, edizione telematica, disponibile su www.mpepil.com.

²¹ Per un elenco aggiornato al 27 luglio 2010 sulle convenzioni in materia di terrorismo, si veda il Rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite A/65/175, 22 ss.

²² A/RES/49/60, 4 dicembre 1994, par. I(2).

²³ Si veda *supra*, nota 20.

²⁴ *Draft Comprehensive Convention on Terrorism*, art. 2(1), in *Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996*, UN Doc. A/57/37, 11 febbraio 2002, 6.

organization to do or to abstain from doing any act, which constitute offences within the scope of and as defined in the international conventions and protocols relating to terrorism, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature»²⁵.

Tali dichiarazioni, ulteriormente corroborate da un atto vincolante quale una risoluzione ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, offrono sicuramente come spunto la qualifica del dolo specifico dei terroristi, il cosiddetto “intento terroristico”: la volontà di ingenerare paura nella popolazione o in un determinato gruppo di individui.

In assenza di una disciplina generale del fenomeno²⁶, si può quindi ritenere come giustamente rilevato dalla dottrina che a distinguere terrorismo e pirateria sia il diverso scopo²⁷. Tale differenza, come si vedrà, è solo apparente nella prassi²⁸.

4. Stando a quanto sopra riportato, la distinzione tra pirati e terroristi non può essere ricondotta al *modus operandi* ma al diverso intento specifico, quello “privato” da un lato, quello “terroristico” dall’altro. Merita quindi una maggiore attenzione la nozione di fini privati²⁹.

Secondo la dottrina maggioritaria, tale nozione escluderebbe la possibilità di motivazioni politiche nell’azione dei pirati³⁰. Tale interpretazione si baserebbe sul commentario della Commissione di diritto

²⁵ S/RES/1536, 8 ottobre 2004, par. 3.

²⁶ Si noti che la reazione al terrorismo internazionale non è comunque priva di spunti unitari. Un’analisi di tali elementi è distante dallo spirito del presente contributo: si rimanda quindi, tra gli altri, a TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 3° ed., Padova, 2010, 484 ss.

²⁷ Si veda, tra gli altri, GRAZIANI, *Il contrasto alla pirateria marittima nel diritto internazionale*, Napoli, 2010, 84-87 e la dottrina ivi citata.

²⁸ Sulla ricostruzione del terrorismo internazionale pare doveroso citare la *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging* del Tribunale Speciale per il Libano del 16 febbraio 2011, secondo cui il terrorismo internazionale sarebbe ormai divenuto a tutti gli effetti un crimine internazionale nel diritto consuetudinario. Tale decisione è stata criticata in dottrina: si veda, tra gli altri, SAUL, *Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism*, in *Leiden JIL*, 2011, 677 ss.

²⁹ La definizione dei *private ends* risale addirittura agli inizi del secolo scorso, al Rapporto Matsuda prima ed alla *Harvard Draft Convention Against Piracy* dopo. Il criterio venne poi definitivamente inserito tra quelli necessari per la configurazione di un’ipotesi di pirateria con la sentenza del Privy Council britannico del 26 luglio 1934 nel caso *In Re Piracy Jure Gentium* ([1934] A.C. 586). Si veda RUBIN, *op. cit.*, spec. 305-317.

³⁰ Per questo tipo di interpretazione, particolarmente diffusa in dottrina, si vedano tra gli altri BIRNIE, *Piracy: Past, Present and Future*, in *Mar. Pol.*, 1987, 163 ss., in particolare 171; NANDAN, ROSSENE, *United Nations*, cit., 200; ISANGA, *Countering Persistent Contemporary Sea Piracy: Expanding Jurisdictional Regimes*, in *American ULR*, 2010, 1267 ss.; GRAZIANI, *op. cit.*, 72; DINSTEIN, *op. cit.*, 1131-1133; Institut de Droit International, *Naples Declaration on Piracy*, cit., 576 (dichiarazione del Prof. Ronzitti).

internazionale (CDI) all'art. 15 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958, il quale si limita a specificare che affinché vi sia pirateria «[t]he intention to rob (*animus furandi*) is not required. Acts of piracy may be prompted by feelings of hatred or revenge, and not merely by the desire for gain»³¹.

L'analisi del commentario della CDI che tenga conto anche del secondo inciso non esclude un'interpretazione diversa, ragionevolmente più corretta, che consenta di segnalare un punto di intersezione tra i fini politici dei terroristi e quelli privati dei pirati. La possibilità che anche il semplice odio o vendetta integrino il dolo specifico richiesto dall'art. 101 UNCLOS consente di considerare pirati anche quei soggetti che assaltino navi appartenenti ad una determinata nazione per il solo motivo di mettere in difficoltà il commercio di quest'ultima, senza ricavarne utilità economica. Secondo questo approccio interpretativo, il concetto di "privato" sarebbe contrapposto ad un concetto di "pubblico" incarnato dallo Stato, ossia dall'unica autorità *ipso facto* capace di determinare i fini pubblici e quindi esclusa *a priori* dalla definizione di pirateria³². Un'interpretazione di questo tipo è stata data a pochi anni di distanza dalla conclusione della Convenzione di Montego Bay da un giudice interno.

Nel caso *Castle John* del 1986³³, la Corte di Cassazione belga condannò alcuni militanti di Greenpeace per atti di pirateria. Gli attivisti avevano arretrato, occupato e danneggiato due navi intente a scaricare rifiuti tossici in acque internazionali: tali atti, secondo i militanti e la corte, trovavano la propria ragion d'essere nell'attrarre l'attenzione pubblica verso i danni all'ambiente causati dallo sversamento di rifiuti tossici in alto mare. Gli assalitori erano quindi motivati da quelle ragioni politiche apparentemente escluse dal dettato dell'art 101 UNCLOS. La corte belga diede invece un'interpretazione diversa del dettato della Convenzione di Montego Bay. Ritenne che gli atti integrassero la fattispecie di pirateria in quanto motivati

³¹ Report, cit., 282, con riferimento all'art. 15 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958. La storia recente dimostra che il desiderio di guadagno personale non è la prima motivazione dei pirati. Si veda il caso ad esempio delle *boat people* vietnamite, citato *supra*, nota 10.

³² Si vedano HEINEGG, *Repressing Piracy and Armed Robbery At Sea – Towards a New International Law Regime?*, in *Israel YIL*, 2010, 219 ss., spec. 224; GUILFOYLE, *The Laws of War and the Fight against Somali Piracy: Combatants or Criminals?*, in *Melbourne JIL*, 2010, 141 ss., spec. 149. Sull'argomento, si vedano anche HALBERSTAM, *Terrorism on the High Sea; the Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety*, in *AJIL*, 1988, 269 ss.; MANEFEE, *Piracy, Terrorism and the Insurgent Passenger: a Historical and Legal Perspective*, in RONZITTI (ed.), *Maritime Terrorism and International Law*, Dordrecht, 1990, 43 ss.

³³ *Castle John and Nederlandsee Stichting Sirius v. NV Nabeco and NV Parafin*, Belgio, Corte di Cassazione, 1986, riprodotta in *ILR*, 1994, 537 ss. La posizione appena espressa fu sostenuta anche dal Governo polacco durante i lavori preparatori della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958, come riportato in UN Doc. A/CN.4/L.53 [1955].

«purely in support of a personal point of view concerning a particular problem, even if they reflected a political perspective»³⁴. Il caso *Castle John* attirò non poche critiche da parte della dottrina, alcune delle quali basate sull'antica nozione di pirati come *hostes humani generis*³⁵. In particolare, veniva rilevato come: «[t]he fundamental nature of international sea piracy law is no more and no less than a special ground to assert State jurisdiction over a foreign-flagged vessel, its cargo and offenders. [...] It is an exceptional legal authorisation for a State to exercise police and judicial functions over a foreign-flagged ship, cargo and persons, applying the standards of its own domestic law, on the assumption that a pirate is the enemy of the human race and as an 'enemy of all' he is liable to be punished by all»³⁶.

Nonostante le critiche dottrinali, l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione belga non è rimasta un *unicum* privo di seguito. Una situazione analoga si è riproposta con riguardo agli atti di ostruzionismo dei militanti di alcune associazioni ambientaliste contro la pesca delle balene in Giappone. Tali atti, motivati dalla volontà di impedire l'ulteriore riduzione del numero di cetacei nell'Oceano pacifico, sono stati oggetto di provvedimenti da parte delle autorità locali³⁷ ed oggetto di discussione parlamentare relativamente alla possibilità di sottoporli alla disciplina della pirateria. Il Governo giapponese, anche se coi dovuti distinguo³⁸, ha preso posizione in sede di dibattito escludendo che gli atti specifici di ostruzionismo delle associazioni ambientaliste potessero essere considerati atti di pirateria. Come rilevato in dottrina³⁹, tale scelta pare motivata più da ragioni di opportunità politica che non dalla convinzione di non poter applicare la categoria "pirateria" agli atti

³⁴ *Ibidem*, 540. Si veda per un commento approfondito MANEFEE, *The Case of the Castle John, or Greenbeard the Pirate? Environmentalism, Piracy and the Development of International Law*, in *California W Int. LJ*, 1993-1994, 1 ss.

³⁵ Sull'opportunità di definire le ONG come *amici humani generis* e non come *hostes*, si veda DAVID, *Greenpeace: des pirates!*, in *RBDI*, 1989, 295 ss., spec. 300.

³⁶ JESUS, *Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects*, in *Int. Jou. Mar. Coast. L.*, 2003, 363 ss., spec. 379.

³⁷ In particolare, la *Japan's Fisheries Agency* e l'*Institute of Cetacean Research*, entrambi organismi operanti sotto l'egida del Ministero dell'agricoltura, della silvicoltura e della pesca.

³⁸ In particolare, il Ministro del territorio era contrario a tale sussunzione, laddove il Ministro degli esteri era favorevole. Si veda *Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, 171th Session n. 6* del 22 aprile 2009, p. 21, in cui viene riportata la posizione ufficiale tenuta dal Governo giapponese durante la sessione della Dieta, riportato in SETA, *Japan's Country Report 2010*, 12, disponibile su cil.nus.edu.sg (ultima visita: 17 novembre 2012). Alla fine del dibattito parlamentare, la soluzione assunta è stata quella di prevedere esplicitamente l'*animus furandi* tra i requisiti della fattispecie di pirateria. Per uno studio approfondito sulla legge giapponese, si veda TSURATA, *The Japanese Act on the Punishment of and Measures against Piracy*, in *Aegean RLS*, 2011, 237 ss.

³⁹ KANEHARA, *So-called 'Eco-piracy' and Interventions by NGOs to Protest against Scientific Whaling on the High Sea: An Evaluation of the Japanese Position*, in SYMMONS (ed.), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Leiden, 2011, 195 ss., spec. 210.

oggetto di discussione. Grande interesse, però, assume la posizione del relatore della proposta di legge per il contrasto alla pirateria giapponese, Mr. Oba, secondo cui determinati atti di pirateria possano configurare atti di terrorismo, e viceversa, perché il concetto di “fini privati” andrebbe interpretato nel senso di finalità perseguite da un soggetto diverso da uno Stato⁴⁰. Tale posizione, non contestata dal Governo in sede di dibattito, è perfettamente in linea con quanto già esplicitato dalla Corte di Cassazione belga e rappresenta un ulteriore elemento di riduzione della distanza tra pirati e terroristi in ambito giuridico.

Più recentemente, l'accostamento concettuale tra pirateria e terrorismo marittimo è stato oggetto di sentenze di alcune corti interne, come la Corte Suprema delle Seychelles⁴¹, la Corte distrettuale della Virginia negli Stati Uniti e la Corte distrettuale di Busan in Corea del Sud.

Nel caso *Topaz*⁴², alcuni pirati somali avevano aggredito una nave della guardia costiera delle Seychelles nella zona economica esclusiva dello Stato insulare. Tale motovedetta era giunta in prossimità della loro posizione a seguito di una segnalazione da parte di un pilota della EUNAVFOR in ricognizione⁴³. Il Procuratore generale delle Seychelles aveva richiesto sia l'imputazione per pirateria che quella per terrorismo, ritenendo che il comportamento dei pirati integrasse entrambe le fattispecie, in quanto diretto contro una nave pubblica⁴⁴. La Corte ha però rigettato l'imputazione di terrorismo, argomentando che: «[...] such acts [were] being intended or by its very nature and context could be reasonably regarded as being intended to compel the Government of Seychelles to limit or to stop patrolling, controlling and monitoring its EEZ»⁴⁵.

Procedendo nella proprio argomentazione, i giudici hanno escluso la natura terroristica degli atti dei pirati somali per motivi meramente contingenti: da un lato, la presenza della *Topaz* non era prevista nell'area e pertanto è possibile che i pirati non l'avessero riconosciuta come una nave in

⁴⁰ *Minutes*, cit., 7.

⁴¹ Yemen, Kenya e Seychelles sono gli Stati che più attivamente stanno portando avanti procedimenti contro presunti pirati, quasi esclusivamente di origine somala, tant'è che è stato oggetto di discussione in seno alle Nazioni Unite la possibilità di costituire un tribunale internazionale *ad hoc* contro la pirateria in questa zona. Si vedano i rapporti UN Doc. S/2010/394 e UN Doc. S/2012/50 del Segretario Generale in merito. Tali Stati hanno assunto un ruolo centrale nella lotta contro la pirateria a seguito della conclusione di accordi di cooperazione giudiziaria con alcuni tra i Paesi la cui flotta è impiegata nel mantenimento della sicurezza del Golfo di Aden. Si veda *supra*, nota 16.

⁴² Corte Suprema delle Seychelles, *Republic of Seychelles v. Mohamed Ahmed Dahir et al.* (judgement, Criminal side no. 51/2009), 26 luglio 2010.

⁴³ La forza navale multilaterale europea impiegata nel Golfo di Aden e nell'Oceano indiano nel contrasto alla pirateria, nel quadro della “Operazione Atalanta” avviata con la Decisione del Consiglio 2010/766/PESC del 7 dicembre 2010 a modifica dell’Azione comune 2008/851/PESC.

⁴⁴ La Corte non ha preso in considerazione tale motivazione addotta dal Procuratore.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 38.

pubblico servizio⁴⁶ vista la scarsa visibilità notturna; dall'altro, le armi utilizzate dagli imputati erano troppo deboli per danneggiare seriamente la nave della guardia costiera, posto che «[n]ot every use or firing of rifles is taken as terrorism»⁴⁷. L'argomento utilizzato non fa in alcun modo riferimento al dolo specifico degli imputati, ma esclusivamente alla concreta possibilità di portare a termine un eventuale scopo terroristico. Ciò porta a ritenere implicitamente che nella valutazione della Corte la differenza tra i due intenti non sussista, o che quantomeno la condotta dei pirati possa integrarli entrambi. Ancora più recentemente, la Corte suprema delle Seychelles ha qualificato gli atti di pirateria come «war-like act committed by non-state actors»⁴⁸, usando una definizione stranamente simile a quella normalmente riferita agli atti di terrorismo internazionale⁴⁹, ed ha posto particolarmente l'accento sui danni che i pirati somali portano agli interessi generali dello Stato, in particolare di tipo economico⁵⁰.

Nello stesso periodo, la Corte distrettuale della Virginia decideva i casi *Said*⁵¹ e *Hassan*⁵² sulla base della disposizione statunitense sulla pirateria, secondo cui: «Whoever, on the high seas, commits the crime of piracy as defined by the law of nations, and is afterwards brought into or found in the United States, shall be imprisoned for life»⁵³.

È interessante notare come la Corte abbia soppesato le condotte degli imputati. Nel caso *Said*, la Corte si è trovata a dover processare i cittadini somali portati negli Stati Uniti sulla base di diversi capi di imputazione, tra

⁴⁶ *Ibidem*, par. 42.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 43.

⁴⁸ Corte Suprema delle Seychelles, *The Republic of Seychelles v. Abdugar Ahmed et al.* (judgement, Criminal Side no. 21/2011), 14 luglio 2011, par. 21.

⁴⁹ Si veda JACKSON, *An Argument on Terrorism, in Perspective on Terrorism*, 2008, 25 ss.

⁵⁰ Nella giurisprudenza recente della Corte si trovano affermazioni del seguente tipo: «[...] the offences of piracy have affected maritime business for many countries especially those coastal states along the Indian Ocean [...] [e]ach country and organization has suffered in its own way which to some extent has been reflected in the kind of sentences meted out on those that have been convicted on piracy charges [...] [f]or Seychelles, an archipelago that almost entirely depends on the surrounding waters of the Indian Ocean, the effects of insecurity at sea are far reaching. There is no doubt that piracy activities in our waters have impacted adversely on a number of projects [...] [t]his therefore calls for a sentence that would deter other would-be offenders out there from committing similar offences» (*Republic of Seychelles v. Mohamed Ahmed Dahir et al.* (sentence, Criminal side no. 51/2009), 26 luglio 2010, 2). Si vedano in tal senso anche i casi *The Republic of Seychelles v. Mohamed A. Ise et al.* (sentence, Criminal Side no. 75 of 2010), 30 giugno 2011, par. 7 e *The Republic of Seychelles v. Abdugar Ahmed et al.* (sentence Criminal Side no. 21 of 2011), 14 luglio 2011, paragrafi 2-4.

⁵¹ Corte distrettuale della Virginia, *United States of America v. Mohamed Ali Said et al.* (judgement, Criminal No. 2:10cr57), 17 agosto 2010.

⁵² Corte distrettuale della Virginia, *United States of America v. Mohammed Modin Hasan et al.* (judgement, Criminal No. 2:10cr56), 29 ottobre 2010.

⁵³ *United States Code* § 1651. Si noti il chiaro richiamo alla definizione di pirateria data dal diritto internazionale.

cui alcuni afferenti al crimine di terrorismo⁵⁴. Pur trovandosi di fronte ad un caso facilmente riconducibile alla pirateria *jure gentium* ed inquadrato nell'ordinario *modus operandi* dei pirati somali⁵⁵, la Corte ha ritenuto di non poter condannare gli imputati per pirateria in quanto il tentato furto non aveva avuto successo: in altre parole, i giudici statunitensi hanno considerato costitutivo un elemento non previsto dall'ordinamento internazionale con riguardo alla pirateria marittima⁵⁶. La Corte ha preferito sfruttare le fattispecie di cospirazione ugualmente presentate dal Procuratore distrettuale⁵⁷. Diversamente, nel caso *Hassan*, la Corte ha dedicato all'argomento solo un *obiter dictum*. È però importante notare che in tale procedimento il Procuratore distrettuale non aveva avanzato accuse di cospirazione, ma solo ed esclusivamente di pirateria e violenza personale: pur dedicando solo poche parole, le posizioni dottrinali riportate dalla Corte propendono per l'applicazione della giurisdizione universale al crimine di terrorismo⁵⁸ e per la possibilità di far rientrare l'intento terroristico all'interno dei "fini privati" della UNCLOS⁵⁹.

Ancora più recentemente, la Corte distrettuale di Busan ha deciso il caso *Samho Jewelry*⁶⁰, sempre concernente l'attacco da parte di alcuni pirati somali a un cargo mercantile in acque internazionali. Nel caso in esame, i pirati avevano anche risposto al fuoco della nave della guardia costiera coreana giunta sul luogo dell'attacco per fornire supporto alla nave mercantile. Al di là della determinazione dei fatti, è interessante il passaggio in cui la Corte afferma che: «[...] systematic attack upon Korean military ship dispatched under law to protect the safety of Korean ships and to participate in the international effort for international maritime security, [...] is an intolerable act towards a sovereign nation»⁶¹.

⁵⁴ Nello specifico, i capi di imputazione erano U.S.C. 2291(a)(9), "Conspiracy to Perform Acts of Violence against Persons on a Vessel", U.S.C. 924(o), "Conspiracy Involving Firearms and an Act of Violence" e U.S.C. 1651, "Piracy under Law of Nations".

⁵⁵ Ossia rapidi attacchi mediante barche particolarmente leggere e mobili ed altrettanto rapide ritirate in caso di fallimento durante il primo approccio. Per una descrizione sommaria del tipico attacco pirata, si vedano le *Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy – BMP4* prodotte dall'OIM allegate alla Lettera circolare MSC.1/circ.1339 del 14 settembre 2011, spec. 9-11. Per un'esposizione diffusa ed un commento alle sentenze, si veda SYRING, *Marauders in the Courts: Why the Federal Courts Have got the Problem of Maritime Piracy (Partly) Wrong*, in *Syracuse LR*, 2012, 53 ss.

⁵⁶ Vedi *supra*, nota 31.

⁵⁷ Per l'identità tra le accuse di terrorismo e quelle di *conspiracy*, si veda FORTSON, *The Terrorism Acts and Conspiracy*, in BLAIR E AL (eds.), *Banks and Financial Crime: the International Law of Tainted Money*, Oxford, 2008, 203 ss.

⁵⁸ *United States of America v. Mohammed Modin Hasan et al.*, *supra* nota 52, 23.

⁵⁹ *Ibidem*, 85.

⁶⁰ Corte distrettuale, *Samho Jewelry case* (2001 Go-Hap 93 Pangyeolmun, 26-27), 1 giugno 2011.

⁶¹ *Samho Jewelry*, 26-27. Per un'analisi più precisa della sentenza, si veda LEE, *Korea's Trial of Somali Pirates*, in KOREAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Asian Engagements*

I giudici imputano ai pirati una volontà aggressiva nei confronti dello Stato che non potrebbe coesistere con l'interpretazione maggioritaria in dottrina dei fini privati⁶². Ulteriormente, la pirateria esce in questa sentenza dall'ambito criminale e torna nell'ambito "bellico", riecheggiando un linguaggio non diverso da quello utilizzato all'inizio della "guerra contro il terrorismo internazionale".

5. Il progressivo accostamento dell'elaborazione giuridica sulla pirateria marittima e sul terrorismo internazionale è ulteriormente delineato dalla prassi delle organizzazioni internazionali relativamente alla disciplina applicabile ai fenomeni di pirateria. Oltre alla generale definizione di pirateria contenuta all'art. 101 UNCLOS⁶³, le specifiche modalità con cui gli atti di pirateria vengono portati a termine⁶⁴ hanno spinto la dottrina⁶⁵, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁶⁶ ed altre organizzazioni internazionali⁶⁷ a sottolineare l'utilità della *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation* (SUA) firmata a Roma nel 1988⁶⁸ e della *International Convention Against the Taking of Hostages* (CtH) firmata a New York nel 1979⁶⁹. L'importanza delle due Convenzioni deriva dal loro essere vincolanti per molti Stati della zona maggiormente interessata dalla pirateria⁷⁰. Nessuna delle due è infatti

with *International Law and Enduring Jurisdictional Disputes and Issues with Islands*, Seoul, 2011, 87 ss.

⁶² *Supra*, dottrina in nota 30.

⁶³ Si veda *supra*, par. 2.

⁶⁴ Vedi *supra*, nota 55.

⁶⁵ Si vedano per tutti GARDNER, *Piracy Prosecution in National Courts*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 797 ss.; DUBNER, GREENE, *On the Creation of a New Legal Regime to Try Sea Pirates*, in *Jou. Mar. L. Comm.*, 2010, 439 ss.; GRAZIANI, *op. cit.* Sul versante delle organizzazioni internazionali, si vedano invece il preambolo della risoluzione S/RES/1897 (2009) del Consiglio di Sicurezza e, più recentemente, la circolare 3180 del 17 maggio 2011 sugli elementi di diritto internazionale del crimine di pirateria dell'OIM.

⁶⁶ Da ultimo, si veda S/RES/2020 (2011), preambolo e par. 23.

⁶⁷ Tra tutte, sicuramente l'OIM già nel documento LEG 98/8/1 del 14 febbraio 2011 allegato alla Lettera circolare 3180 del 17 maggio 2011, in particolare par. 3, oltre alla Camera di commercio internazionale.

⁶⁸ La Convenzione è entrata in vigore l'1 marzo 1992 e allo stato conta 156 parti. L'Italia, che ne fu promotrice insieme all'Egitto e all'Austria, fu uno dei primi Stati a ratificarla il 18 dicembre 1989. L'esigenza di tale convenzione nasce da un caso concreto, quello dell'Achille Lauro, in cui alcuni terroristi del Fronte per la Liberazione della Palestina dirottarono una nave da crociera dopo essersi imbarcati come passeggeri. Nel caso di specie infatti non solo l'episodio aveva interessato un'unica nave, ma era difficile rinvenire i "fini privati" richiesti da UNCLOS ed ancora prima dalla Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958. Per maggiori informazioni, si veda CASSESE, *Il caso Achille Lauro*, Roma, 1987.

⁶⁹ La Convenzione è entrata in vigore il 3 giugno 1983 e allo stato conta 170 parti. L'Italia ne è parte dal 20 marzo 1986.

⁷⁰ Tutti gli Stati del Golfo di Aden, con la sola eccezione della Somalia, sono parti delle citate convenzioni.

dedicata alla pirateria: come si può ben desumere dai preamboli⁷¹, il punto focale di entrambe è il contrasto al terrorismo internazionale. Ciò nonostante, già ad una prima analisi, la disciplina contenuta nelle due Convenzioni risulta applicabile agli attacchi pirata nel Golfo di Aden⁷².

L'art. 3 SUA prevede: «Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally: (a) seizes or exercises control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; or (b) performs an act of violence against a person on board a ship if that act is likely to endanger the safe navigation of that ship; or (c) destroys a ship or causes damage to a ship or to its cargo which is likely to endanger the safe navigation of that ship; or (d) places or causes to be placed on a ship, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that ship, or cause damage to that ship or its cargo which endangers or is likely to endanger the safe navigation of that ship; or (e) destroys or seriously damages maritime navigational facilities or seriously interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safe navigation of a ship; or (f) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safe navigation of a ship; or (g) injures or kills any person, in connection with the commission or the attempted commission of any of the offences set forth in subparagraphs (a) to (f)»⁷³.

Gli atti indicati dalla SUA possono essere facilmente assimilati a quelli considerati di "pirateria" dalla UNCLOS⁷⁴. L'identità delle condotte previste dall'art. 3 della Convenzione di Roma e l'art. 101 della Convenzione di Montego Bay è resa possibile dai termini estremamente generici usati nella seconda⁷⁵. Inoltre, la Convenzione di Roma non entra in contrasto con la

⁷¹ Il preambolo della Convenzione di Roma richiama esplicitamente la risoluzione 40/61 dell'Assemblea Generale la quale titola "Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes".

⁷² Sul *modus operandi* dei pirati Somali, si veda *supra*, nota 55.

⁷³ *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*, Roma, 1988, art. 3. Nel 2005 è stato elaborato anche un protocollo che aggiunge un art. 3bis. Tale articolo rende ancora più chiaro il riferimento al terrorismo, in quanto recita al par. 1(a) «when the purpose of the act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing», richiamando direttamente l'elemento dell'ingenerare terrore nella popolazione tipico del terrorismo.

⁷⁴ La stessa OIM parte dal presupposto che la maggior parte delle condotte dei pirati, specialmente quelli somali, possano essere giudicate alla luce dell'art. 3 SUA. Si veda il documento LEG 98/8 del 18 febbraio 2011.

⁷⁵ Non tutte le violazioni dell'art. 3 della SUA potranno però configurarsi come illeciti di pirateria: la Convenzione di Montego Bay prevede come elementi ulteriori il "criterio delle due navi", il *locus commissi delicti* ed al dolo specifico dei "fini privati", già oggetto di analisi *supra*, par. 4. Si ricorda che la prassi internazionale maggioritaria ritiene che l'art. 101 UNCLOS non richieda che venga portato a termine un furto perché sia configurabile

disciplina contenuta nella Convenzione di Montego Bay, né con riguardo ai soggetti cui è applicabile⁷⁶, né con riguardo ai criteri di giurisdizione⁷⁷.

Allo stato, le disposizioni della SUA hanno trovato applicazione in due casi decisi di fronte a giudici nazionali: il caso *United States v. Shi Lee* deciso dalla *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* il 16 aprile 2007⁷⁸ e il caso del mercantile *Samanyolu* deciso dalla Corte distrettuale di Rotterdam in 17 giugno 2010⁷⁹. Entrambe le sentenze sono di interesse per il modo in cui le relative corti hanno interpretato la Convenzione di Roma.

Nel caso *Shi*, i giudici statunitensi hanno applicato la disciplina della pirateria, ed in particolare il principio di universalità, ad un cittadino cinese il quale, mediante la forza, aveva preso il controllo della nave battente bandiera del Taiwan sulla quale era impiegato come cuoco. Considerando il richiamo diretto fatto dal diritto statunitense alla pirateria come intesa dal diritto internazionale⁸⁰, il fatto che l'intera vicenda riguardasse una sola nave avrebbe escluso immediatamente la possibilità di applicare la disciplina della pirateria⁸¹ e quindi escluso la giurisdizione statunitense⁸². Come giustamente rilevato in dottrina⁸³, qualificazione migliore sarebbe stata quella di ammutinamento, comunque giudicabile secondo la disciplina della Convenzione di Roma, ma non inquadrabile nell'ambito della UNCLOS. A questo proposito, la scelta del giudice distrettuale americano, accettata anche dal giudice di

un'ipotesi di pirateria, ma meramente che vi sia la violenza. L'unica voce discordante è stata quella della District Court of Virginia nel caso *United States v. Mohammed A. Said et al.*, di cui si è già discusso *supra*, par. 4.

⁷⁶ L'art. 2 esclude l'applicabilità di detta disciplina alle navi da guerra e le navi «owned or operated by a State when being used as a naval auxiliary or for customs or police purposes», una categoria che facilmente è ascrivibile a quella di “governmental service” previsto da UNCLOS.

⁷⁷ L'art. 9 opera come clausola di conflitto nella misura in cui prevede che le disposizioni della SUA non incidono sulla regole di diritto internazionale relative alla giurisdizione degli Stati sulle navi, quindi nemmeno la giurisdizione universale sui pirati *ex art. 105 UNCLOS*. Ulteriormente, l'art. 10 SUA prevede un obbligo *aut dedere aut iudicare* che è da più parti ritenuto il modo migliore per processare fattualmente i pirati. Si veda sul punto il *Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships* adottato dall'Organizzazione Marittima Internazionale con la risoluzione A.26/Res.1025 del 18 gennaio 2010, paragrafi 3.1 e 3.2.

⁷⁸ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *United States v. Shi* (525 F.3d 709), 24 aprile 2008.

⁷⁹ Corte distrettuale di Rotterdam, *Samanyolu case* (BM8116), 17 giugno 2010.

⁸⁰ Si veda *supra*, nota 53.

⁸¹ Sul criterio delle due navi, si veda *supra*, nota 13.

⁸² Gli Stati Uniti non avevano nel caso altro legame giurisdizionale se non il principio di universalità, visto che vittima dell'aggressione da parte del sig. Shi erano stati cittadini del Taiwan e della Repubblica Popolare Cinese.

⁸³ Si veda KONTOROVICH, *United States v. Shi*, 525 F.3d 709, *cert. denied*, 129 S.Ct. 324 (2008): *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit Opinion on Piracy as an Offense Within Universal Jurisdiction and on Application of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, April 24, 2008*, in *AJIL*, 2009, 734 ss.

secondo grado, di applicare comunque la disciplina della pirateria in aggiunta a quella sulla violenza contro la navigazione marittima⁸⁴ fornisce prova della progressiva assimilazione della disciplina della pirateria a quella del terrorismo marittimo.

Nel caso *Samanyolu* i giudici olandesi hanno interpretato l'obbligo *aut dedere aut iudicare*⁸⁵ previsto dall'art. 10 SUA come una facoltà dello Stato. Tale interpretazione è in contrasto con quanto previsto esplicitamente dalla Convenzione⁸⁶, che impone allo Stato nel cui territorio si trovi il colpevole di uno degli atti previsti dall'art. 3 di processarlo o estradarlo. La Corte ha però ritenuto che l'obbligo *ex art.* 10 SUA dovesse essere sottoposto ad un vaglio di "opportunità", in quando da leggersi congiuntamente al principio di giurisdizione universale contenuto all'art. 105 UNCLOS⁸⁷. Come nel caso *Shi*, il giudice interno ha "sovrapposto" la disciplina della pirateria prevista dalla UNCLOS con quella sul terrorismo marittimo prevista dalla SUA, facendo in questo caso prevalere la facoltà della prima rispetto all'obbligo della seconda.

Ancora più interessante è il richiamo alla Convenzione di New York del 1979 operato nella prassi internazionale. Nel definire le condotte tipiche, l'art. 1(1) della Convenzione prevede infatti che: «Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person [...] in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages [...] within the meaning of this Convention»⁸⁸.

A differenza della Convenzione di Roma, la Convenzione di New York richiede la presenza di una finalità esplicita perché la condotta rientri nel suo ambito di applicazione. Perché tale finalità sia conciliabile con i "fini privati" previsti dall'art. 101 UNCLOS, si potrebbe sostenere che la Convenzione di New York si applichi laddove i pirati muovano ad uno Stato o ad un gruppo di privati una richiesta di riscatto di cui non si possa provare

⁸⁴ U.S.C. § 2280, titolato "Violence against maritime navigation". Tale paragrafo è stato adottato in adeguamento della Convenzione di Roma.

⁸⁵ Per una trattazione specifica relativa a questo tipo di obblighi nel diritto internazionale contemporaneo, si veda CALIGIURI, *L'obbligo aut dedere aut iudicare nel diritto internazionale*, Milano, 2012.

⁸⁶ L'art. 10(1) SUA prevede: «1. The State Party in the territory of which the offender or the alleged offender is found shall, in cases to which article 6 applies, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State. [...]» (enfasi aggiunta).

⁸⁷ Per un'analisi approfondita della sentenza si veda MANUSAMA, *Prosecuting Pirates in the Netherlands: the Case of the MS Samanyolu*, in *Rev. dr. mil. dr. guer.*, 2010, 141 ss.

⁸⁸ *International Convention Against the Taking of Hostages*, New York, 1979, art. 1.

la destinazione “pubblica”, ossia finalizzata al solo guadagno personale. La possibilità di applicare la Convenzione di New York ai casi di sequestro a scopo di lucro pare però dubbia. Infatti, nell' quinto *considerando* del Preambolo si legge: «*being convinced that it is urgently necessary to develop international co-operation between States in devising and adopting effective measures for the prevention, prosecution and punishment of all acts of taking of hostages as manifestations of international terrorism*»⁸⁹.

Una lettura contestuale dell'art. 1 della Convenzione di New York porta quindi a ritenere che la finalità ivi indicata integri propriamente la “finalità terroristica” sopra esposta⁹⁰ e non possa essere il mero scopo di lucro. Il riferimento esplicito a tale Convenzione da parte delle già citate organizzazioni internazionali attive nell'ambito della lotta alla pirateria sottintende la convinzione che la Convenzione sia applicabile ai pirati, nonostante l'apparente differenza tra le relative motivazioni. In quanto tale, il riferimento non può quindi che essere considerato come un'ulteriore indicazione del progressivo avvicinamento della fattispecie di pirateria a quella di terrorismo.

6. Nelle pagine precedenti, si è fornito un rapido inquadramento della disciplina concernente la pirateria marittima ed il terrorismo internazionale, al fine di rendere palese l'apparente differenza costituita dal diverso intento dell'attore dell'illecito. Successivamente si è analizzato come tale differenza, pur esistendo in linea teorica, possa essere e sia stata superata in via interpretativa, come dimostrato dalla prassi interna ed internazionale.

Traendo alcune conclusioni, si può segnalare come entrambe le discipline esposte nei paragrafi precedenti siano applicabili anche alla situazione del Golfo di Aden e dell'Oceano Indiano. Come già richiamato⁹¹, gli attacchi pirata nella zona del Golfo di Aden vengono normalmente portati lontano dalle coste somale come assalti estremamente rapidi da parte di piccole imbarcazioni motorizzate contro lente navi mercantili, specialmente petroliere, utilizzando armi di medio e grosso calibro⁹². Successivamente, l'equipaggio viene tenuto ostaggio e viene richiesto un riscatto per la loro liberazione. Considerando il riscatto la finalità dei pirati, sono integrati i fini privati come classicamente interpretati, così come il *modus operandi* integra il criterio delle due navi e quello degli “atti violenti”.

⁸⁹ *Ibidem*, preambolo; enfasi nel testo.

⁹⁰ Si veda *supra*, par. 3. A favore di questa interpretazione si veda WILDER, *International Terrorism and Hostage-Taking: an Overview*, in *Manitoba LJ*, 1981, 367 ss., e, più recentemente, DE FEO, *Hostage Taking and Kidnapping as Forms of Terror Violence* in BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, 3° ed., Leiden, 2008, 751 ss.

⁹¹ *Supra*, nota 55.

⁹² Prevalentemente, semiautomatiche di modello AK-47 “Kalashnikov” e lanciamissili a media gittata (*Rocket-Propelled Grenade*, ‘RPG’).

Non è da sottovalutare però la motivazione che i pirati somali forniscono per le loro azioni. Come rilevato dagli esperti di politica africana, i gruppi pirati lungo le coste somale si presentano come protettori delle ricchezze naturali delle acque somale. Sfruttando la generale diffidenza della popolazione nei confronti degli stranieri, specialmente europei, si propongono alla popolazione locale come moderni Robin Hood in lotta contro la pesca illegale e lo sversamento di rifiuti tossici nelle acque dello Stato⁹³ ad opera delle multinazionali occidentali. In questo modo, godono di un diffuso consenso e la conseguente protezione delle comunità locali, ben disposte a nasconderli e a mentire sulle loro identità. Per quanto la citata motivazione fornita dai pirati somali venga considerata da più parti meramente pretestuosa⁹⁴, la natura pubblica appare incontestabile e la dimostrazione della sua insussistenza potrebbe risultare alquanto difficile di fronte ad un giudice interno attento ai diritti degli imputati⁹⁵. Non è poi da dimenticare che l'azione dei pirati provoca un effetto intimidatorio in un determinato gruppo di soggetti, gli operatori del mare, analogamente a quanto avviene per la popolazione nel caso di attacchi terroristici. Ciò è dimostrato non solo dalla maggiore attenzione che le organizzazioni internazionali dedicano alla tematica del sostegno psicologico da fornire agli operatori del mare che vengano presi come ostaggi, ma anche dal costante aumento dei premi assicurativi per le compagnie che decidano di attraversare la zona del Golfo di Aden⁹⁶. Considerando tutti questi elementi, si può

⁹³ Si veda in questo senso BAWUMIA, MAHAMUDU, e SUMAILA, *Fisheries, Ecosystems and Piracy: A Case Study of Somalia*, Fisheries Center Working Paper, University of British Columbia, Canada, 2010; AMIRELL, *Maritime Piracy in Contemporary Africa. Global and Local Explanations*, in *Pol. Afric.*, 2009, 97 ss.

⁹⁴ Basti solo citare PHAM, *Pondering Somali Piracy*, in *WDR*, 23 aprile 2009, disponibile su *worlddefenseview.com*. Chiaramente, se tale motivazione fosse fondata la battaglia portata avanti dai cittadini somali si ammanterebbe di un'aura decisamente più positiva. Proprio per questo, il Consiglio di Sicurezza ha avviato più inchieste sull'argomento, le quali hanno portato al rapporto del Segretario Generale sulle risorse naturali e sulle acque somale S/2011/661 del 25 ottobre 2011. Purtroppo, tale rapporto non riesce ancora a rispondere con certezza all'interrogativo relativo a tali attività illecite al largo delle coste somale.

⁹⁵ Tale problematica è stata trattata solo incidentalmente in dottrina e meriterebbe maggiore attenzione, purtroppo esterna agli scopi di questo contributo. Per alcuni spunti critici, si veda FISCHER-LESCANO, KRECK, *Piracy and Human Rights: Legal Issues in the Fight against Piracy within the Context of the European 'Operation Atalanta'*, in *GYIL*, 2009, 525 ss.

⁹⁶ La connessione tra aumento dei premi assicurativi e intento intimidatorio può essere spiegata in questo modo: come è noto, l'aumento di un premio assicurativo dipende da una maggiore percezione della rischiosità di una determinata attività, normalmente valutata sulla base di un'indagine statistica. L'attuale aumento dei premi assicurativi per le navi in transito per il Golfo di Aden non è però spiegabile in quest'ottica, poiché il numero di spedizioni navali attaccate dai pirati rappresenta una piccolissima percentuale del numero complessivo di spedizioni commerciali navali annuali. Il rischio statistico di un'aggressione è quindi troppo basso per giustificare la crescita costante delle assicurazioni, considerando anche la riduzione tendenziale degli attacchi aventi successo, come riportato da DUA, MENKHAUS, *The Context of*

affermare che alla condotta dei pirati somali può essere applicata anche la disciplina del terrorismo internazionale.

Come giustamente rilevato in dottrina⁹⁷, la possibilità di considerare l'attività dei pirati come una forma di terrorismo marittimo consentirebbe l'applicazione di altre rilevanti convenzioni internazionali, in particolare la *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism* firmata a New York nel 1999⁹⁸ e le disposizioni contenute nella risoluzione 1373 del Consiglio di Sicurezza⁹⁹. Sebbene l'applicazione della Convenzione porrebbe dei vincoli alla possibilità per le compagnie armatoriali di pagare i riscatti richiesti dai pirati con il conseguente aumento del pericolo per gli ostaggi nel breve periodo¹⁰⁰, il vantaggio sul lungo periodo sarebbe quello di privare l'attività della principale fonte di finanziamento, potenzialmente "riciclabile" in finanziamento al terrorismo internazionale¹⁰¹.

La dottrina rileva come l'assimilazione in esame presenti anche degli svantaggi. In particolare, i confini dell'elaborazione giuridica in materia di pirateria marittima e di terrorismo internazionale diverrebbero ancora più labili: si correrebbe il rischio di attribuire un'eccessiva pericolosità sociale a

Contemporary Piracy, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 749 ss., 755. Entrano pertanto altri elementi, di tipo emotivo, già studiati dalla dottrina psicologica secondo cui la paura determinata da certe condotte o pratiche comporta un aumento del rischio percepito. Si vedano SLOVIC, FISCHHOFF, LICHTENSTEIN, *Facts and fears: Understanding perceived risk*, in SCHWING, ALBERS (eds.), *Societal Risk Assessment: How Safe is Safe Enough?*, New York, 1980, 181 ss.; SLOVIC, *The Perception of Risk*, Londra, 2000. Sotto il profilo dell'impatto psicologico della pirateria sugli operatori del mare, si veda GARFINKLE, KATZ, *The Psychological Impact of Piracy on Seafarers*, 2012, disponibile su www.seamenschurch.org. Sotto il profilo giuridico assicurativo, si veda invece PASSMAN, *Interpreting Sea Piracy Clauses in Marine Insurance Contracts*, in *J Mar. L Comm.*, 2009, 59 ss.; sotto il profilo dei costi, si veda FU, NG, LAU, *op. cit.*

⁹⁷ Si veda KOLB, SALOMON, UDICH, *Paying Danegeld to Pirates – Humanitarian Necessity or Financing Jihadists*, in *Max Planck YUNL*, 2011, 105 ss.

⁹⁸ La Convenzione è entrata in vigore il 10 aprile 2002 e conta 181 parti, tra cui tutti gli Stati del Golfo di Aden ad eccezione della Somalia che, pur essendone firmataria dal dicembre 2001, non ha mai proceduto alla ratifica. L'Italia ne è parte dal 27 marzo 2003.

⁹⁹ S/RES/1373 del 28 settembre 2001.

¹⁰⁰ Per un'analisi di questo profilo, si veda RUTKOWSKI, PAULSEN, STOIAN, *Mugged Twice?: Payment of Ransom on the High Seas*, in *American ULR*, 2009-2010, 1425 ss. Gli autori nello specifico ritengono errata la sovrapposizione tra pirateria e terrorismo.

¹⁰¹ Per uno studio sulla questione, si veda BUEGER, STOCKBRUEGGER, WERTHES, *Pirates, Fishermen and Peacebuilding: Options for Counter-Piracy Strategy in Somalia*, in *Contemp. Sec. Pol.*, 2011, 356 ss. Gli autori ritengono che sarebbe comunque necessario includere i gruppi pirata nel procedimento di ricostruzione della Somalia, magari condizionando il pagamento dei riscatti ad una effettiva applicazione in opera pubbliche. Tale destinazione dei riscatti ricondurrebbe ancora di più il fenomeno della pirateria somala nell'ambito del terrorismo, più che della pirateria marittima classica. Altra parte della dottrina sottolinea l'importanza delle convenzioni contro il riciclaggio di denaro, invece. Si veda NANCE, JAKOBI, *Laundering Pirates? The Potential Role of Anti-money Laundering in Countering Maritime Piracy*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 857 ss.

soggetti che non sono differenti da rapinatori sotto molti aspetti. Inoltre, l'accostamento fra le due discipline potrebbe facilmente riportare in auge l'argomento della *piracy analogy*¹⁰² per autorizzare l'uso del principio di universalità nei confronti dei terroristi e porli, quindi, in un ulteriore stato di eccezione rispetto agli ordinari criteri giurisdizionali¹⁰³. Tale estensione, già analizzata in dottrina¹⁰⁴, troverebbe apparentemente ulteriore ragione d'essere in un'altra valutazione. Entrambi i fenomeni trovano nello strumento repressivo interno la risposta più efficace¹⁰⁵. Purtroppo, i Paesi a cui appartengono la maggior parte dei pirati e dei terroristi non godono di istituzioni sufficientemente stabili da amministrare la giustizia o mantenere l'ordine pubblico: si tratta nella maggior parte di "Stati falliti" o il cui territorio comunque non è governato in modo effettivo¹⁰⁶, ovvero di Stati parzialmente conniventi con i gruppi terroristici stessi¹⁰⁷. Il riconoscimento del principio di universalità, quindi, metterebbe gli Stati maggiormente interessati a processare i terroristi nella condizione ideale per farlo. Per quanto una tale evoluzione potrebbe essere considerata positiva, in dottrina viene segnalato come il nesso labile tra l'autore dell'illecito e lo Stato esercente la giurisdizione universale, data dal fatto che quest'ultimo non avrebbe alcun legame con l'illecito stesso, più che essere garanzia di imparzialità potrebbe essere causa di irresponsabilità¹⁰⁸. Si può anche

¹⁰² Sull'argomento si veda KONTOROVICH, *The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation*, in *HILJ*, 2004, 183 ss.

¹⁰³ Su come la pirateria marittima si ponga come primo stato di eccezione nel diritto internazionale e la portata di tale deroga dai canoni di giurisdizione ordinari, si veda BONAFÈ, *La pirateria come categoria d'eccezione nel diritto internazionale*, in MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione*, Macerata, 2011, 205 ss.. Sul terrorismo come stato di eccezione, si veda KIDANE, *The Terrorism Exception to Asylum: Managing the Uncertainty in Status Determination*, in *Michigan LJ Ref.*, 2007, 669 ss.; BENOIST, *Global Terrorism and the State of Permanent Exception: the Significance of Carl Schmitt's Thought today*, in ODYSSEOS, PETITO (eds.), *The international political thought of Carl Schmitt: terror, liberal war and the crisis of global order*, London, 2007, 73 ss.

¹⁰⁴ Si vedano tra gli altri NAGLE, *Should Terrorism Be Subject to Universal Jurisdiction*, in *Santa Clara JIL*, 2010, 87 ss.; (W.C.) LEE, *Terrorism and Universal Jurisdiction*, in (S.) LEE (ed.), *Intervention, Terrorism and Torture: Contemporary Challenge to Just War Theory*, Berlino, 2007, 203 ss.; SINGH, *Universal Jurisdiction over Terrorism: a Detailed Analysis*, in *Civil and Military Journal on the Rule of Law, Military Jurisprudence, and Legal Aid*, 2006, 109 ss.

¹⁰⁵ Si veda tra gli altri, GATHII, *Kenya's Piracy Prosecution*, in *AJIL*, 2010, 416 ss.; nonché VERVAELE, *The Anti-Terrorist Legislation in the US: Criminal Law for the Enemies*, in *Inter-Amer. Eur. HRJ*, 2008, 5 ss.; e già WOUTERS, NAERT, *Of Arrest Warrants, Terrorists Offences and Extradition Deals: an Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures Against Terrorism After '11 September'*, in *CMLR*, 2004, 909 ss.

¹⁰⁶ Il caso di scuola è naturalmente quello somalo. Si veda GEIB, PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, Oxford, 2011.

¹⁰⁷ Si vedano TRAPP, *State Responsibility for International Terrorism: Problems and Prospects*, Oxford, 2011; nonché HESSE, *Somalia: State Collapse, Terrorism and Piracy*, Londra, 2011. I due testi sono solo indirettamente collegati a quanto proposto.

¹⁰⁸ Si veda KONTOROVICH, *The Piracy Analogy*, cit., 187, testo in nota 18.

segnalare come l'applicazione del principio di universalità ai terroristi potrebbe favorirne il trasferimento forzato verso Stati disponibili a processarli, ma inadeguati sotto il punto di vista della tutela dei diritti umani, come avviene per i pirati¹⁰⁹.

Il progressivo accostamento tra la definizione giuridica delle due fattispecie può considerarsi in via di consolidamento per la prassi sopra riportata. Tale tendenza potrebbe consentire uno scambio fruttuoso tra i due settori in modo da sviluppare un quadro giuridico più organico e flessibile e in grado di consentire una reazione più efficace tanto alla minaccia del terrorismo, quanto a quella della pirateria marittima.

GIAN MARIA FARNELLI

ABSTRACT

Are Pirates Terrorists? Recent Trends and Elements of Practice in the Gulf of Aden and the Indian Ocean

This paper examines the question whether counter-terrorism rules are applicable to maritime piracy. The analysis compares the various international regulations on the issue: the international definition of maritime piracy as provided by the United Nations Convention on the Law of the Sea and the sector-based Convention on international terrorism, with specific regard to the 1988 Convention on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation. Furthermore, the study explores how domestic judges have dealt with this matter in recent case-law. Particular attention will be paid to those countries that are hosting the largest number of piracy trials, namely, Kenya and Seychelles. This paper concludes that the incorporation of the piracy phenomenon within counter-terrorism regulations would be desirable so as to allow cross-fertilization.

¹⁰⁹ Sulla scarsa tutela dei diritti dei pirati, si veda FISCHER-LESCANO, KRECK, *op. cit.* La pratica dei trasferimenti forzati di terroristi verso Stati disponibili a detenerli in condizioni disumane è già tristemente nota nella prassi internazionale, quindi il timore che l'applicazione del principio di universalità le conferirebbe solo uno strumento per legalizzare la posizione dei "detenuti segreti" pare fondato. Si veda sulle cosiddette *extraordinary renditions* NOWAK, SCHMIDT (eds.), *Extraordinary Renditions and the Protection of Human Rights*, Vienna, 2010.

LA LEGGE ITALIANA DI ADEGUAMENTO ALLO STATUTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE: UN RISULTATO PARZIALE

1. *Introduzione.*- Il 23 gennaio 2013 è entrata in vigore la legge n. 237 del 2012 con cui l'Italia ha finalmente provveduto all'adozione di norme di adattamento *ad hoc* allo Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI)¹. L'indispensabile provvedimento segue di oltre tredici anni la legge n. 232 del 1999², contenente l'autorizzazione alla ratifica del Trattato e l'ordine di esecuzione, ossia un procedimento speciale di adattamento inidoneo ad immettere nell'ordinamento le norme non *self-executing* dello Statuto. L'Italia è stato il primo Paese firmatario dell'Accordo istitutivo, concluso al termine della Conferenza diplomatica svoltasi a Roma tra il 15 giugno e il 17 luglio 1998, nonché il quarto a depositare lo strumento di ratifica il 26 luglio 1999. La condivisibile esigenza politica di procedere speditamente alla ratifica allo Statuto, entrato in vigore il 1° luglio 2002, aveva portato a posticipare l'adozione di norme di adattamento *ad hoc*. Tuttavia, il grande contributo italiano ai negoziati per la creazione della prima giurisdizione penale internazionale permanente e indipendente ha avuto un seguito dai tempi ingiustificatamente troppo lunghi.

Non è la prima volta che il Parlamento italiano adegua la legislazione interna allo statuto di un tribunale penale internazionale. Le precedenti esperienze in materia di cooperazione con il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (TPIJ) e quello per il Ruanda (TPIR) avevano già permesso una maturazione dell'embrionale processo d'integrazione della giustizia penale internazionale all'interno delle istituzioni giudiziarie nazionali, e avrebbero potuto rendere più spedito l'adattamento allo Statuto della CPI. Va osservato che alla pronta attuazione degli obblighi derivanti

¹ L. 20 dicembre 2012 n. 237, "Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale", *GU* 8 gennaio 2013, n. 6. Per i primi commenti, CASTELLANETA, *Nonostante l'introduzione di alcune modifiche al Cp la legge è un testo incompleto e con gravi lacune*, in *Guida dir.*, 2 marzo 2013, n. 10, 30 ss.; GUARDUCCI e TUCCIARELLI, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte Penale Internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 15 febbraio 2013, 1-28.

² L. 12 luglio 1999 n. 232, "Ratifica ed esecuzione dello Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma, il 17 luglio 1998", *GU* 19 luglio 1999, n. 167, Suppl. ord. n. 135.

dallo Statuto del TPIJ³ non corrispose una tempestiva predisposizione degli strumenti interni atti ad assicurare la cooperazione con il TPIR⁴. In ogni caso, la presenza di alcune analogie tra le norme statutarie attinenti sia alla cooperazione e assistenza giudiziaria nella repressione di crimini internazionali sia al sistema di esecuzione delle sentenze ha consentito al legislatore di rifarsi ai menzionati provvedimenti adottati per i due Tribunali *ad hoc*, salvo alcune divergenze legate ai contrapposti caratteri della giurisdizione loro riconosciuta rispetto ai fori interni, l'una concorrente e prioritaria, l'altra sussidiaria e complementare⁵.

Alla definitiva approvazione della legge n. 237 si è giunti al termine di un lungo iter. Dall'originario disegno di legge presentato al Senato della Repubblica il 23 ottobre 1998 furono stralciate le disposizioni per il conferimento di delega legislativa al Governo⁶. I lavori di quattro commissioni

³ D.L. 28 dicembre 1993, n. 544, "Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nei territori della ex Jugoslavia", *GU* 29 dicembre 1993, n. 304; l. 14 febbraio 1994, n. 120, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 1993, n. 544, recante disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nei territori della ex Jugoslavia", *GU* 22 febbraio 1994, n. 43; l. La Comunità Internazionale Fasc. 2/2013 pp. 361-

EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

giugno 1999, n. 207, "Ratifica ed esecuzione dell'accordo fra il Governo della Repubblica italiana e le Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, fatto a L'Aja il 6 febbraio 1997", *GU* 30 giugno 1999, n. 151; per un commento, ZAPPALÀ, *Ratificato l'accordo per l'esecuzione delle sentenze del tribunale per l'ex-Jugoslavia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1108-1115.

⁴ L. 2 agosto 2002, n. 181, "Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nel territorio del Ruanda e Stati vicini", *GU* 14 agosto 2002, n. 190. L. 6 febbraio 2006, n. 64, "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo fra il Governo della Repubblica italiana e le Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, fatto a Roma il 17 marzo 2004, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno", *GU* 4 marzo 2006, n. 53; per un commento, SOSSAI, in *Italian YIL*, 2006, 370-373.

⁵ Ai sensi del decimo considerando del Preambolo e dell'art. 1 dello Statuto, la competenza della CPI si fonda sul principio di complementarità, che regola quindi l'impianto complessivo di cooperazione tra la Corte e gli Stati parti dello Statuto. Ai sensi dell'art. 17, la Corte può giudicare solo qualora la giurisdizione nazionale competente non intenda ovvero sia effettivamente incapace di procedere; qualora lo Stato non si dimostrasse "unwilling" o "unable" secondo i criteri definiti dalla stessa disposizione, la CPI deve dichiarare l'improcedibilità del caso e riconoscere la primazia dei fori interni nella repressione e punizione dei crimini di sua competenza. V. LATTANZI (G.), *Il principio di complementarità*, in LATTANZI (G.), MONETTI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Milano, 2006, 179-218; DELLA MORTE, *La potestà giurisdizionale della Corte Penale Internazionale*, in CARLIZZI, DELLA MORTE, LAURENTI, MARCHESI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, 1-59. Per un'analisi della cooperazione in rapporto agli effetti positivi sulla lotta all'impunità, LATTANZI (F.), *The International Criminal Court and National Jurisdiction*, in POLITI, NESI, (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Aldershot, 2001, 177 ss.

⁶ L'art. 2 del d.d.l. n. 3594 prevedeva una delega legislativa al Governo per l'emanazione, entro il termine di sei mesi, di uno o più decreti legislativi di attuazione dello Statuto. Dalla

ministeriali⁷ affiancarono varie proposte di iniziativa parlamentare⁸. Quattro di tali proposte di legge⁹ confluirono nel testo unificato approvato alla Camera dei deputati l'8 giugno 2011, poi esaminato in Senato e in parte modificato il 19 settembre 2012, con l'ulteriore e ultimo passaggio parlamentare il 4 dicembre 2012.

La legge n. 237 si occupa quasi esclusivamente degli aspetti procedurali della cooperazione giudiziaria con la Corte dell'Aja, sanciti nei capitoli IX

relazione delle Commissioni riunite Giustizia e Affari Esteri il 26 e 27 gennaio 1999, comunicata alla Presidenza del Senato il 2 febbraio 1999, si evince che lo stralcio fu dettato sia da ragioni di prestigio internazionale che dalla necessità di raggiungere in tempi ragionevoli il quorum di ratifiche da cui dipendeva l'entrata in vigore dello Statuto della CPI. Infatti, l'urgenza di ratificare la Convenzione avrebbe potuto esser compromessa dall'esame dei contenuti della delega, che avrebbero richiesto un dibattito più approfondito poiché si sarebbe trattato di novellare il codice penale, le norme di procedura e anche alcune norme costituzionali. Le disposizioni stralciate confluirono nell'A.S. 3594bis, il cui esame si arenò a seguito dei rilievi eccepiti dalla Commissione Giustizia del Senato per la genericità della delega da esercitare in materia penale e la necessità di discutere precisi principi e criteri direttivi *ex art. 76 Cost., seduta n. 412 del 6 aprile 1999 della Commissione Giustizia del Senato.*

⁷ Si vedano: la "Commissione di studio per l'adeguamento dell'ordinamento giuridico agli articoli e alle regole del diritto internazionale umanitario" (Pres. Pranzetti) (1998-2001), presso il Ministero degli Affari Esteri; la "Commissione di studio per la redazione di schemi di testi normativi per l'adeguamento della vigente normativa in materia processuale penale agli atti internazionali, nonché per gli aggiornamenti del Libro XI del codice di procedura penale", presieduta da La Greca nella XIII legislatura e (G.) Lattanzi nella XIV legislatura (1999-2001), presso il Ministero della Giustizia; la "Commissione per l'attuazione dello Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale" (Pres. Conforti) (2002-2003), presso il Ministero della Giustizia; la "Commissione di studio per la revisione delle leggi penali militari di pace e di guerra" (Pres. Scandurra) (2002-2004), presso il Ministero della Difesa.

⁸ Le prime proposte di legge (A.C. 2724, Kessler e altri, e A.S. 1638, Iovene e altri, XIV legislatura) furono presentate il 9 maggio e 24 luglio 2002; nel corso di tale legislatura, la l. 6 ottobre 2005, n. 213 ha innalzato il contributo italiano obbligatorio alla Corte in misura pari a 3.241.000 euro annui, per l'aumento delle spese amministrative e per le attività operative. Successive proposte di legge: A.S. 893, Pianetta, XV legislatura; A.S. 1089, Martone e altri; A.C. n.1439, Melchiorre, n. 1695 Gozi, n. 1782, Di Pietro, XVI legislatura; A.S. 1112 di Maritati, A.C. 2445 Bernardini, A.S.1904 di Perduca. Alcune specifiche mozioni, interrogazioni e interpellanze furono presentate a seguito del primo mandato di arresto spiccato dalla Corte nei confronti del Presidente sudanese Al Bashir; in particolare, le interrogazioni a risposta in Commissione A.C. 5/00234 del 17 luglio 2008 e A.C. 5/00618 del 18 novembre 2008, la risoluzione in Commissione A.C. 7/00087 del 27 novembre 2008 e l'interrogazione a risposta immediata in Commissione A.C. 5/01277 del 7 aprile 2009, tutte a firma Bernardini e Mecacci.

⁹ L'esame delle quattro proposte di legge (A.C. 1439 Melchiorre, A.C. 1782 Di Pietro, A.C. 2445 Bernardini e A.C. 1695 Gozi) fu avviato dalla Commissione Giustizia della Camera nel maggio 2009: inizialmente alcune disciplinavano la cooperazione giudiziaria con la CPI (la proposta dell'on. Melchiorre), altre contenevano anche norme penali sostanziali tipizzando le fattispecie criminose previste nello Statuto (le proposte degli on. Bernardini e Gozi). Al fine di accelerare i tempi dell'approvazione, la Commissione Giustizia optò per sottoporre alla Camera una proposta recante per lo più disposizioni di natura processuale, v. seduta della Commissione del 23 marzo 2011, in *Boll. Giunte e Comm. Parl.*

(articoli 86-102) e X (articoli 103-111) dello Statuto. In particolare, il provvedimento comprende ventiquattro articoli suddivisi in tre capi, contenenti disposizioni generali sull'obbligo di cooperazione, sulle norme applicabili e sugli organi nazionali competenti, disposizioni sulla procedura di consegna di persone che si trovino in Italia nonché sulle modalità di esecuzione di provvedimenti definitivi adottati dalla CPI¹⁰.

L'urgenza di approvare norme di adattamento *ad hoc* allo Statuto di Roma era stata a più riprese evidenziata in sede parlamentare anche per salvaguardare la credibilità dell'Italia ed evitare il rischio per il Paese di divenire rifugio per autori di crimini internazionali ricercati dalla CPI, con la quale le autorità italiane non sarebbero state in grado di collaborare secondo gli obblighi sanciti nel Trattato stesso¹¹.

Un caso in cui una legge sulla cooperazione tra Italia e CPI sarebbe stata utile è quello recentemente sorto con riguardo alla rogatoria internazionale promossa dal Procuratore della CPI, nell'ambito del procedimento per crimini contro l'umanità nei confronti dell'ex *rais* Muammar Gheddafi, del figlio Saif Al-Islam e dell'ex capo dei servizi segreti di Tripoli Abdallah Al-Senussi¹², al fine di congelare il loro patrimonio e garantire forme di

¹⁰ Sulla questione dell'adozione di norme di adattamento *ad hoc* allo Statuto di Roma si è sviluppato negli anni un ampio dibattito. V. PISANI, *Repressione dei crimini internazionali di individui e Costituzione italiana*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 676 ss.; BENVENUTI, *Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects*, in KRESS, LATTANZI (F.) (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Baden-Baden, 2000, Vol. I, 123-135; MICHELINI, *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: attuazione nella legge italiana e prospettive*, in *Quest. Giust.*, 2001, 367 ss.; PIERINI, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte Penale Internazionale, non più rinviabile l'appuntamento con l'attuazione legislativa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3318 ss.; BELLELLI, *Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, 1299-1304; AMNESTY INTERNATIONAL, *Italia: Riforme Legislative necessarie dare attuazione allo Statuto di Roma sulla Corte Penale Internazionale*, settembre 2005; DE SIMONE, *The implementation of the Rome Statute in Italy*, in MALAGUTI (a cura di), *ICC and international cooperation in light of the Rome Statute*, Lecce, 2007, 157-175; ZANETTI, *Attuazione dello statuto della Corte Penale Internazionale: alcuni nodi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 773-798.

¹¹ V. Risoluzione in materia (on. Bernardini e Mecacci) approvata all'unanimità dalla II Commissione Giustizia il 4 febbraio 2009; Interrogazione a risposta immediata in Commissione al Ministero della Giustizia (on. Bernardini) A.C. 5-01277 del 7 aprile 2009. Anche a seguito dell'aggravarsi della crisi libica, la Relazione illustrativa alla p.d.l. C.1439 Melchiorre, XVI legislatura, evidenziò la necessità di «scongiurare la non apprezzabile, quanto clamorosa, eventualità che sul nostro territorio nazionale vengano a trovarsi soggetti incriminati da quell'istituzione, ad esempio per genocidio o per crimini contro l'umanità, e non possano – per difetto di norme attuative – esserle, a richiesta, consegnati». In tal senso, anche gli interventi del relatore alla Camera sui progetti di legge, on. Rao, solleccitarono un'accelerazione dell'iter parlamentare, v. seduta della Commissione Giustizia del 15 marzo 2011 e sedute della Camera dedicate alla crisi libica (*Res. Sten.*, seduta del 24 marzo 2011, 11; *Res. Sten.* Seduta del 27 aprile 2011, 43).

¹² Sulla CPI e la situazione libica, v. MANCINI, *The Day After: prosecuting international crimes committed in Libya*, in *Ital. YIL*, 2011, 85-109, partic. nota 79.

risarcimento alle vittime¹³. Dando seguito a tale richiesta, il 28 marzo 2012 la Corte d'Appello di Roma ha disposto con decreto il sequestro di beni riconducibili al loro patrimonio, tra cui partecipazioni della *Libyan Investment Authority* (Lia) e *Libyan Arab Foreign Investment Company* (Lafico)¹⁴.

Il presente scritto si propone di analizzare la legge n. 237 al fine di valutarne la portata e verificare se e in che misura essa garantisca il rispetto da parte dell'Italia degli obblighi sostanziali e processuali derivanti dallo Statuto di Roma.

2. *Gli organi nazionali competenti in materia di cooperazione con la CPI.*- In conformità al modello di cooperazione disposto nello Statuto¹⁵, e analogamente al sistema previsto dal Libro XI del codice di procedura penale che disciplina i rapporti giurisdizionali con autorità straniere in materia penale, la legge n. 237 affida il ruolo di autorità centrale per la cooperazione con la CPI al Ministro della giustizia che cura «in via esclusiva» i rapporti con la Corte, con funzioni politico-amministrative, eventualmente d'intesa con altri Ministri interessati, altre istituzioni o altri organi dello Stato. In particolare, il Ministro è competente a ricevere le richieste della CPI e a darvi seguito, nonché a presentare a sua volta atti e richieste, ovvero a fissare ai sensi degli articoli 90 e 93(9) dello Statuto l'ordine di precedenza tra concorrenti domande di cooperazione avanzate

¹³ Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court, to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UN SC Resolution 1970 (2011), 2 November 2011, par. 13.

¹⁴ Con l'evoluzione della questione libica, i ricorsi presentati da parte di tali entità, controllate dal nuovo governo libico per conto del popolo libico, e non più dalla famiglia Gheddafi, sono stati accolti dalla quarta sezione penale della Corte d'appello di Roma, anche a seguito degli accertamenti della Guardia di Finanza sul nodo delle proprietà delle quote, v. *UniCredit: Libia chiede dissequestro quota, Corte d'Appello si riserva*, 23 ottobre 2012, www.cameraitalolibica.it; *Libia: Lia annuncia dissequestro quote Unicredit e Finmeccanica*, in *Corriere della Sera*, 5 novembre 2012; *Libia: dissestrate proprietà fondo Lafico per decine milioni euro*, in *Il Sole 24 Ore Radiocor*, 21 marzo 2013. Sulle misure di congelamento di beni all'estero di fondi sovrani libici già adottate in virtù di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e poi attuate nell'ordinamento dell'Unione Europea mediante atti vincolanti del Consiglio, v. SACERDOTI, *Il congelamento di beni all'estero di fondi sovrani in base alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: il congelamento in Italia di beni libici*, in *Giornate di Studio sulla Libia. Recenti sviluppi dello scenario libico dopo la crisi. Implicazioni giuridiche ed economiche*, Napoli, 2012, 85-105. Sulle misure adottate o mantenute dall'UE alla caduta del regime, v. DI MAJO, *Le misure restrittive ancora pendenti nei confronti di alcuni enti libici e l'incidenza della crisi libica sui contratti internazionali*, *ivi*, 118-131.

¹⁵ Un aspetto dell'approccio orizzontale nella cooperazione con la CPI, tipico nei rapporti di cooperazione giudiziaria tra Stati, è rappresentato dal filtro delle autorità diplomatiche nazionali previsto all'art. 87(1) dello Statuto.

dalla CPI e da uno o più Stati esteri¹⁶, assicurandone la riservatezza e la rapida esecuzione secondo le dovute modalità (art. 2).

In merito allo svolgimento delle necessarie attività di carattere giudiziario, un ruolo fondamentale è attribuito alla Corte d'appello di Roma. Le richieste di cooperazione della CPI saranno quindi trasmesse dal Ministro della giustizia al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma affinché provveda alla loro esecuzione o offra assistenza al Procuratore della CPI per attività d'indagine nel territorio italiano nei casi indicati dall'art. 99(4) dello Statuto (art. 4). Viceversa, le richieste dell'autorità giudiziaria italiana da formulare alla CPI ex art. 93(10) dello Statuto – che garantisce reciprocità nei rapporti tra CPI e Stati in modo analogo a quanto avviene nei rapporti di cooperazione tra autorità statali – saranno inviate al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, che si rivolgerà al Ministro della giustizia o, ove questi non provveda entro trenta giorni, potrà trasmetterle direttamente alla CPI, informandone il Ministro ex art. 727, co. 4 c.p.p. (art. 8). Inoltre, la legge riconosce facoltà di assistere alle consultazioni con la CPI previste dallo Statuto sia al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma che al Procuratore generale militare presso la Corte militare d'appello¹⁷ (art. 9). Quest'ultima previsione è in linea con l'applicazione, prevista all'art. 23, delle disposizioni vigenti in materia di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella penale militare: per i crimini commessi da militari italiani in servizio saranno competenti la Corte d'appello militare di Roma e il Procuratore generale presso la Corte d'appello militare di Roma; inoltre, limitatamente a tali fatti, il Ministro della giustizia dovrà agire d'intesa con il Ministro della difesa, che ha competenza esclusiva per tutto ciò che riguarda l'ordinamento penitenziario militare.

Alla Corte d'appello di Roma è attribuito, infine, il ruolo di giudice dell'esecuzione della pena in base all'art. 665, co. 1 c.p.p. (art. 15).

Si nota che i menzionati organi nazionali sono gli stessi previsti nelle leggi sulla cooperazione con i citati Tribunali *ad hoc*¹⁸.

¹⁶ Per un commento all'art. 90 dello Statuto che disciplina le richieste concorrenti, v. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010, 1001-1006. L'art. 93(9) prevede le ipotesi di richieste concorrenti tra CPI e altro Stato aventi un oggetto diverso dalla consegna o estradizione e i casi di richiesta della CPI concernenti informazioni, beni, persone sotto controllo di uno Stato terzo e di un'organizzazione internazionale.

¹⁷ Lo Statuto prevede consultazioni con la CPI qualora lo Stato intenda proteggere informazioni attinenti alla sicurezza nazionale ex art. 72(5)(6)(7), oppure in merito alle condizioni previste dalla legislazione nazionale da applicare ad una richiesta di arresto o di consegna ex art. 91(4), o riguardo all'esecuzione di una particolare misura di assistenza vietata nello Stato richiesto in forza di un principio giuridico fondamentale di applicazione generale ex art. 93(3).

¹⁸ In particolare rilevano gli articoli 2, 7, 10 della l. n. 181/2002 per il TPIR e gli articoli 2, 7, 10 della l. n. 120/1994 per il TPIJ.

3. *Limiti alla cooperazione con la CPI.*- La cooperazione con la Corte dell'Aja da parte dello Stato italiano incontra il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, sancito nell'art. 1 della legge n. 237 e ribadito in successive disposizioni quali l'art. 3 co.2, l'art. 13(c), l'art. 16(b). Tale limite, rappresentato dall'impossibilità di adottare decisioni contrarie ai valori supremi dell'ordinamento costituzionale, potrà impedire la cooperazione con la CPI anzitutto ove oggetto della richiesta sia la consegna di una persona ovvero l'esecuzione delle sue sentenze. Si tratta di un limite tradizionalmente affermato nell'attività di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, essendo previsto negli articoli 705, 720, 723, 733 c.p.p. La Corte Costituzionale ne ha fatto espresso riferimento in un caso di rogatoria testimoniale all'estero nella sentenza n. 379 del 13 luglio 1995¹⁹. In ogni caso, la Consulta ha costantemente definito tali principi come un nucleo duro di valori costituzionali inderogabili e come un limite non superabile dal legislatore, interpretando le norme costituzionali che rinviano a un ordinamento straniero nel senso di escludere che le norme di adattamento immesse nell'ordinamento interno possano essere considerate valide se contrarie ai principi inviolabili²⁰.

L'art. 1 della legge n. 237 richiama espressamente anche il rispetto delle disposizioni dello Statuto²¹ e della stessa legge di adeguamento. Tranne che non sia diversamente disposto da tali fonti, l'art. 3 prevede poi l'osser-

¹⁹ In particolare v. par. 4 della sentenza. Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava l'art. 2 della legge 23 febbraio 1961, n. 215, nella parte in cui, dando esecuzione all'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, sottoscritta a Strasburgo il 20 aprile 1959, «consente l'esperimento di rogatorie all'estero, disposte in fase dibattimentale, anche senza la presenza del difensore dell'imputato». Il giudizio fu promosso dalla Corte di Cassazione, secondo cui detta norma si poneva in insanabile contrasto con il principio fondamentale del diritto alla difesa sancito dall'art. 24 Cost. poiché consentirebbe di fondare la decisione su di una prova assunta senza la garanzia della partecipazione del difensore. Tuttavia, la Consulta giudicò non fondata la questione poiché la norma impugnata, in base ad un'interpretazione costituzionalmente vincolata dal rispetto della garanzia sancita dall'art. 24, co. 2, Cost., consente che il giudice italiano, prima dell'espletamento dell'atto, si avvalga di tutte le facoltà attribuitegli dalla suddetta Convenzione per ottenere il consenso dello Stato richiesto riguardo alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), e non preclude all'autorità giudiziaria di valutare se l'atto assunto per rogatoria sia eventualmente contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento, quindi accertando, caso per caso, se il contenuto del medesimo possa o no essere utilizzato in ragione delle modalità con cui si è formato.

²⁰ Per un elenco dei principi fondamentali alla luce della giurisprudenza costituzionale, v. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla compatibilità dello Statuto della Corte Penale Internazionale con la Costituzione italiana*, in questa *Rivista*, 2003, 3, 6.

²¹ Rilevano soprattutto l'art. 12 con cui gli Stati parti accettano la competenza della CPI sui crimini di cui all'art. 5, l'art. 86 da cui discende l'obbligo generale degli Stati parti a cooperare pienamente con la CPI nelle inchieste e nelle azioni giudiziarie riguardanti i crimini di sua competenza, nonché l'art. 87 ss., da cui derivano obblighi specifici concernenti il rapporto di collaborazione tra CPI e Stati, sia di risultato che di condotta.

vanza delle norme contenute nel libro XI del codice di procedura penale, relativo ai rapporti giurisdizionali con autorità straniera, nei titoli II (Estradizione), III (Rogatorie internazionali) e IV (Effetti delle sentenze penali straniere e esecuzione all'estero di sentenze penali italiane). Inoltre, è stabilito che gli atti di cooperazione voluti dalla CPI saranno compiuti in applicazione di tale codice, ma che forme di cooperazione espressamente richieste dalla CPI saranno fatte salve a condizione che non siano contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (art. 3, co. 2). Tale deroga al principio del *locus regit actum* ex art. 725 c.p.p. è ugualmente presente nelle leggi di cooperazione con i due Tribunali *ad hoc*²².

Un altro limite alla cooperazione giudiziaria con la CPI è rappresentato dalla tutela della sicurezza nazionale²³. In proposito, il Ministro della giustizia può sospendere, previa intesa con i Ministri interessati, la trasmissione di atti e documenti ovvero l'espletamento di atti d'indagine o di acquisizione di prove qualora tali attività possano compromettere la sicurezza nazionale; in tal caso, si procede alle consultazioni stabilite nell'art. 72 dello Statuto (art. 5, co. 2). In particolare, secondo i paragrafi 5 e 6 dell'art. 72, ove lo Stato ritenga che la divulgazione di certe informazioni possa compromettere i propri interessi di sicurezza nazionale, ragionevoli provvedimenti dovranno essere adottati in concertazione con il Procuratore della CPI, la difesa, la Camera preliminare o la Camera di primo grado, per risolvere la questione in maniera cooperativa. Tali provvedimenti includono, ad esempio, la modifica o il chiarimento della richiesta, la decisione della CPI sulla pertinenza delle informazioni o prove richieste oppure sulla possibilità di assicurarsi la prova da fonte diversa, la ricezione delle informazioni o prove da altra fonte o in altra forma, l'accordo sulle condizioni alle quali fornire assistenza. Tuttavia, ove lo Stato ritenga che non vi siano modi o condizioni in grado di salvaguardare i propri interessi di sicurezza nazionale, ne informerà la CPI o il Procuratore. Ai sensi dell'art. 72(7)(a)(i) dello Statuto, ulteriori consultazioni potranno essere chieste dalla CPI per esaminare le considerazioni dello Stato, incluse udienze a porte chiuse ed *ex parte*²⁴.

Un distinto impedimento alla cooperazione giudiziaria con la CPI concerne il rispetto dei rapporti con altri Stati. Gli atti e documenti acquisiti all'estero e dichiarati riservati al momento dell'acquisizione non possono essere trasmessi alla CPI senza il consenso dello Stato da cui provengono (art. 5, co. 1). È fatto salvo l'art. 73 dello Statuto, per cui, se lo Stato fonte è parte

²² Art. 10, co. 4, della l. n. 120/1994 e art. 10, co. 4, della l. 181/2002.

²³ Tale limite è sancito espressamente all'art. 93(4) dello Statuto. L'art. 93 elenca diverse forme di assistenza che gli Stati parti devono fornire alla CPI, prevedendo anche la possibilità di ricorrere ad altre forme, a condizione che non siano proibite dalla legge dello Stato richiesto e che la richiesta non riguardi interessi di sicurezza nazionale. Tale disposizione va letta alla luce dell'art. 88 che obbliga gli Stati parti a predisporre procedure nazionali idonee ad ogni forma di cooperazione prevista nello Statuto.

²⁴ Per un commento all'art. 72 dello Statuto, v. SCHABAS, *op. cit.*, 861-869.

del trattato istitutivo della CPI esso acconsentirà alla divulgazione ovvero s'impegnerà a risolvere la questione con la Corte secondo l'art. 72 dello Statuto, mentre, se lo Stato fonte non è parte del Trattato e nega il suddetto consenso, lo Stato richiesto informerà la Corte di non poter presentare il documento o l'informazione in virtù di un precedente obbligo di riservatezza assunto con la fonte.

4. *La cooperazione con la CPI per lo svolgimento di attività istruttorie in Italia.*- Come anticipato, ai sensi dell'art. 4, co.1 della legge n. 237, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma può prestare assistenza al Procuratore della CPI per attività d'indagine nel territorio italiano nei casi indicati dall'art. 99(4). In proposito va rilevato che, nell'ambito dell'esecuzione delle richieste di assistenza ex art. 93 dello Statuto, il par. 4 dell'art. 99 conferisce al Procuratore della CPI il potere di eseguire direttamente sul territorio dello Stato parte richiesto, senza la presenza delle autorità locali, attività investigative che non richiedano l'impiego di misure coercitive (come sentire una persona, raccogliere la sua volontaria deposizione, ispezionare un luogo pubblico senza modificarlo) ove siano necessarie per eseguire efficacemente la richiesta di assistenza, senza pregiudicare le altre disposizioni del capitolo IX dello Statuto, e previa consultazione con lo Stato richiesto²⁵.

Nel caso in cui la richiesta della CPI sia relativa ad attività d'indagine o di acquisizione di prove da compiere sul territorio nazionale, la legge precisa inoltre che il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma chieda alla medesima Corte di dare esecuzione a tali richieste con decreto, con possibilità di delegare un proprio componente o il giudice per le indagini preliminari del luogo in cui gli atti devono essere compiuti (art. 4, commi 2 e 3). I giudici e il Procuratore della CPI sono ammessi ad assistere a tali attività, proporre domande e suggerire modalità di attuazione (art. 4, co. 4). Inoltre, il Procuratore generale eseguirà direttamente le citazioni e le altre notificazioni richieste dalla CPI, e solo se sussistono motivate ragioni vi provvederà il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del luogo in cui devono essere effettuate (art. 4, co. 5). In caso di citazione e mancata comparizione di un testimone, o perito, o consulente tecnico, o interprete, o custode di cose sequestrate, si disporrà l'accompagnamento coattivo innanzi alla CPI (art. 4, co. 6). Va osservato che tale disciplina ricalca quella prevista per l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*²⁶.

²⁵ Sul punto, v. CASSESE (A.), GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd. ed., Oxford, 2013, 303-304.

²⁶ Art. 10 della l. 120/1994 e art. 10 della l. 181/2002. Diversamente dalla legge n. 237, l'art. 6 di tali leggi stabilisce un dovere di comunicazione delle notizie di reato iscritte nell'apposito registro per le quali l'autorità giudiziaria nazionale ritenga sussistente la

Di rilievo è poi la previsione sull'attenuazione del segreto istruttorio, che tende a rafforzare la cooperazione con la CPI (art. 5, co. 3). In particolare, per il tramite del Ministro della giustizia, l'autorità giudiziaria italiana potrà trasmettere alla CPI copie di atti di procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto in deroga all'obbligo del segreto sugli atti d'indagine di cui all'art. 329 c.p.p. Invece, la legge vieta al giudice interno l'utilizzo dei documenti inviati a sostegno della richiesta di cooperazione nell'ambito di altri procedimenti se manca il consenso della Corte.

L'attività istruttoria da compiersi in esecuzione di una richiesta della CPI potrebbe avvenire anche attraverso la citazione di una persona che non si trovi in territorio italiano, sia essa un imputato, un testimone, un perito, un consulente o un custode. Al riguardo, il legislatore ha previsto un'immunità temporanea che agevola il buon esito della cooperazione con la Corte. L'art. 6 stabilisce, infatti, che la persona in questione, entrata nel territorio nazionale, non potrà essere sottoposta a restrizione della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né assoggettata ad altre misure restrittive della libertà personale, per fatti anteriori alla notifica della citazione. Tale immunità viene meno se l'interessato rimane nel territorio italiano decorsi cinque giorni dal momento in cui la sua presenza non era più richiesta dall'autorità giudiziaria e aveva la possibilità di lasciarlo, oppure se vi ha fatto ritorno volontariamente.

5. La consegna alla CPI di destinatari di mandati d'arresto o condannati.- La consegna di persone che si trovino sul territorio nazionale e nei cui confronti sia stato emesso un mandato di arresto ovvero una sentenza di condanna a pena detentiva da parte della CPI è regolata dal capo II della legge n. 237. È opportuno evidenziare che la carenza di autonomi poteri di polizia in capo alla CPI rende essenziale la collaborazione degli Stati al fine di assicurare la presenza fisica dell'indagato o dell'imputato dinanzi alla Corte. Da un lato, la consegna dell'accusato è indispensabile affinché si possa celebrare il processo poiché l'art. 63(1) dello Statuto esclude la possibilità di giudizi in contumacia. Dall'altro, la pena detentiva comminata dalla CPI è scontata nello Stato designato dalla stessa Corte tra quelli che hanno dichiarato la disponibilità a ricevere la persona condannata e, quindi, può accadere che si tratti del territorio di uno Stato diverso dall'Italia.

Ai fini della consegna dell'interessato alla CPI, gli articoli 11, 12 e 14 disciplinano la custodia cautelare in carcere. In particolare, il Procuratore generale della Corte d'appello di Roma ne richiede l'applicazione alla stessa Corte, la quale decide con ordinanza, che può esser impugnata in Cassazione

competenza concorrente dei due Tribunali *ad hoc*, sebbene un tale dovere nei confronti dell'organo inquirente non sia espressamente previsto nei rispettivi Statuti.

solo per violazione di legge²⁷; il ricorso non sospende l'esecuzione della misura. Entro tre giorni dall'esecuzione della custodia cautelare, il Presidente della Corte d'appello identificherà la persona e ne raccoglierà a verbale l'eventuale consenso alla consegna alla CPI (con il quale non si farebbe luogo al giudizio della Corte d'appello). Si nota l'espreso richiamo all'art. 717, co. 2 c.p.p., per cui l'interessato è invitato a nominare un difensore di fiducia, in difetto ne è designato uno d'ufficio, i quali sono avvisati entro ventiquattro ore prima della data stabilita per tali adempimenti e hanno diritto di assistervi. Il verbale sarà poi trasmesso al Procuratore generale affinché lo inoltri al Ministro della giustizia. Una disciplina simile è stabilita per l'applicazione di misura cautelare ai fini della consegna di una persona richiesta dal TPIJ ovvero dal TPIR²⁸. Ugualmente, la legge sul mandato di arresto europeo dispone in tal senso²⁹.

In attesa di essere consegnata alla CPI, la persona sottoposta a custodia cautelare può richiedere la concessione della libertà provvisoria, ferma la dovuta comunicazione alla CPI da parte del Ministro della giustizia³⁰. La decisione in merito spetta alla Corte d'appello di Roma, ma è ricorribile in Cassazione. L'ordinanza che accoglie tale richiesta potrà imporre talune prescrizioni (es. il divieto o l'obbligo di dimora, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, o il divieto di espatrio) per evitare il pericolo di fuga e assicurare la consegna. Inoltre, per gravi motivi di salute la custodia in carcere potrà essere sostituita con altre misure cautelari (art. 11, co. 3).

Peraltro, la misura cautelare può essere disposta provvisoriamente anche qualora la CPI abbia emesso soltanto un mandato d'arresto nei confronti dell'interessato e abbia manifestato l'intenzione di richiederne la

²⁷ Ciò determina l'implicita esclusione di ogni giurisdizione di merito della Corte di Cassazione, consentita, invece, ai sensi dell'art. 706 c.p.p. avverso la sentenza della Corte d'appello che decide sull'extradizione. Sul punto, è stata così recepita dal legislatore l'osservazione del Procuratore generale della Corte di Cassazione, secondo cui l'iniziale previsione dell'estensione al merito della giurisdizione di legittimità avrebbe dovuto quantomeno essere limitata a «casi assolutamente eccezionali, pena il rischio di alterare la natura del giudice di legittimità», sebbene già presente nel codice di rito penale e concettualmente non incompatibile con la sua funzione di giudice al quale l'ordinamento affida «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, ord. pen.), v. Senato della Repubblica - Commissione Giustizia - Seduta del 19 luglio 2012, *Audizione del Procuratore generale della la Corte di Cassazione, dr. Gianfranco Ciani*.

²⁸ V. art. 12, commi 2, 3, 4, della l. 120/1994 e art. 12, co. 2, 3, 4, della l. 181/2002.

²⁹ V. art. 9 della l. 69/2005. Sull'ipotesi di concorso tra mandato d'arresto europeo e richiesta di consegna proveniente dalla Corte Penale Internazionale, v. LANCIOTTI, *La disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 7, 10-11; VIERUCCI, *The European Arrest Warrant an Additional Tool for prosecuting ICC Crimes*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2004, 273 ss.

³⁰ La persona arrestata ha diritto a tale richiesta ex art. 59(3) dello Statuto; ai sensi del par. (5), la Camera preliminare sarà informata di qualsiasi richiesta di libertà provvisoria e formulerà raccomandazioni all'autorità competente, che saranno tenute in considerazione da quest'ultima, incluse quelle volte a impedire l'evasione della persona.

consegna fornendo la descrizione dei fatti e specificando il reato e gli elementi sufficienti all'identificazione della persona (art. 14). Se tuttavia la richiesta di consegna non perverrà entro trenta giorni, la misura cautelare è revocata. Le leggi sulla cooperazione con il TPIJ e il TPIR regolano analogamente tale aspetto³¹.

In ogni caso, l'art. 12 stabilisce la revoca della misura cautelare in quattro ipotesi: (a) qualora sia trascorso un anno dall'inizio dell'esecuzione senza che la Corte d'appello si sia pronunciata sulla richiesta di consegna, (b) quando la Corte d'appello abbia negato la consegna, (c) qualora siano trascorsi venti giorni dal consenso dell'interessato alla consegna e il Ministro della giustizia non abbia ancora emesso il decreto per realizzarla, o, infine, (d) quando siano trascorsi quindici giorni dalla data fissata per la presa in consegna da parte della CPI e questa non sia avvenuta³². La simile disciplina delle leggi sulla cooperazione con i due Tribunali *ad hoc* si differenzia solo sui tempi di decorrenza³³.

Sebbene l'istituto della consegna esprima un rafforzamento nella cooperazione tra ordinamenti e si differenzi concretamente dall'extradizione, la legge n. 237 sottopone la richiesta della CPI a un accertamento giurisdizionale. Secondo la puntuale procedura regolata dall'art. 13, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma depositerà le sue conclusioni nella cancelleria della stessa Corte, che deciderà in camera di consiglio e con la partecipazione necessaria del difensore dell'interessato, previa l'eventuale acquisizione di documenti, informazioni e dichiarazioni pretesi per procedere alla consegna ex art. 91(2)(c) dello Statuto. La CPI potrà assistere all'udienza per mezzo di un proprio rappresentante. Sia se l'interessato consente alla consegna sia se la Corte d'appello si pronuncia favorevolmente, spetterà al Ministro della giustizia provvedere con decreto entro venti giorni, prendendo accordi con la CPI su tempo, luogo e modalità della consegna.

Meritano attenzione le quattro ipotesi tassativamente indicate nel co. 3 dell'art. 13, al ricorrere delle quali la Corte d'appello può pronunciare sentenza contraria alla consegna³⁴. Innanzitutto, per vizio procedurale, ossia se la CPI non ha emesso un provvedimento restrittivo della libertà personale o una sentenza definitiva di condanna. In secondo luogo, per errore sulla persona richiesta, ossia se l'identità di quest'ultima non corrisponde a quella sottoposta alla procedura di consegna. In terzo luogo, se disposizioni contenute nella richiesta della CPI sono contrarie ai «principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Infine, se in Italia è stata

³¹ V. art. 13 della l. 120/1994 e art. 13 della l. 181/2002.

³² Su richiesta della medesima Corte, il termine per la consegna può essere prorogato, ma senza oltrepassare il limite dell'anno dall'inizio dell'esecuzione della misura.

³³ V. art. 12, co. 5 della l. 120/1994 e art. 12, co. 5 della l. 181/2002: la lett. (a) prevede il termine di un venticinque giorni anziché di un anno; la lett. (c) prevede il termine di quindici giorni anziché di venti; la lett. (d) prevede il termine di trenta giorni anziché di quindici.

³⁴ Tale sentenza è ricorribile in Cassazione con effetto sospensivo.

pronunciata una sentenza irrevocabile per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, salva l'ipotesi di cui all'art. 89(2) dello Statuto, ovvero se l'interessato sia ricorso dinanzi a una giurisdizione nazionale mediante un'impugnazione basata sul principio del *ne bis in idem*: in tal caso è previsto che lo Stato richiesto consulterà immediatamente la CPI per conoscere se essa abbia dichiarato il caso ammissibile ex art. 20(3) dello Statuto, ossia abbia ritenuto che la *res iudicata* nazionale sia seguita ad un processo celebrato allo scopo di sottrarre l'interessato alla propria responsabilità penale per crimini di competenza della CPI ovvero non sia stato condotto in modo indipendente ed imparziale bensì incompatibile con l'intenzione di giudicare l'imputato. L'art. 89(2) dello Statuto precisa che, se il caso è stato dichiarato ammissibile dalla CPI lo Stato dovrà eseguire la richiesta di consegna, mentre se la decisione sull'ammissibilità è ancora pendente dinanzi alla CPI lo Stato potrà posticipare la consegna dell'interessato fino alla deliberazione della Corte³⁵.

Si nota invece che, con riguardo ai due Tribunali *ad hoc*, sono cinque i casi tassativi in cui la Corte d'appello può dichiarare con sentenza che non sussistono le condizioni per la consegna³⁶. In proposito, va anzitutto evidenziato che il rifiuto è ammesso quando il fatto per cui si richiede la consegna non è compreso nella giurisdizione temporale e territoriale dei due tribunali penali internazionali, oppure quando il fatto non è previsto come reato dalla legge italiana. Quest'ultima circostanza non è stata indicata né tra i motivi di rifiuto alla consegna alla CPI né, come si osserverà nel paragrafo successivo, tra le ipotesi ostative al riconoscimento delle sentenze della CPI. Tale omissione è coerente con lo Statuto di Roma, nonché in linea con il progressivo rafforzamento del principio di legalità sostanziale in materia penale e l'attenuazione dell'esigenza della doppia incriminazione nell'ambito della cooperazione tra Stati contro forme di criminalità internazionale³⁷. Sebbene

³⁵ Per un commento all'art. 20, v. SCHABAS, *op.cit.*, 373-380. Per un'analisi del principio nello Statuto, v. VAN DEN WYNGAERT e ONGENA, *Ne bis in idem Principle, including the issue of amnesty*, in CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, 705-729; PIERINI, *Il principio del ne bis in idem nello statuto della Corte*, in LATTANZI (G.) e MONETTI, *op. cit.*, 1362 ss.

³⁶ V. art. 11, co. 3, (a) (b) (c) (c bis) (c ter) della l. 120/1994 e art. 11, co. 3, (a) (b) (c) (d) (e) della l. 181/2002.

³⁷ Nell'ordinamento italiano la condizione della doppia incriminazione in materia di estradizione non trova copertura costituzionale, essendo prevista da norme di legge ordinarie: è rinvenibile all'art. 13, co. 2 c.p., e all'art. 705 c.p.p. nella parte in cui stabilisce che la Corte d'appello pronunzia sentenza favorevole all'extradizione se, fra l'altro, «sussistono gravi indizi di colpevolezza», valutazione per la quale è necessario far riferimento a uno schema legale che altro non può essere se non la fattispecie astratta di reato presente nel nostro ordinamento (sez. V, 9 aprile 1984, *Kirkcaldy*, in *Cass. pen.*, 1985, 2059, n. 1346). Entrambi gli articoli si applicano in via sussidiaria, se non esiste convenzione o questa non dispone diversamente. La dottrina ha individuato il fondamento di tale canone, ora nel criterio di reciprocità (SHEARER, *Extradition in International Law*, Manchester, 1971, 137), ora nel principio di sovranità (PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, Milano, 1973,

si tratti di un requisito storicamente indispensabile nelle procedure di estradizione³⁸, ne va rilevato il parziale superamento anche in tema di mandato di arresto europeo³⁹. Viceversa, altri due casi di rifiuto alla consegna della persona al TPIJ o al TPIR sono identici a quelli già menzionati per la CPI (vizio procedurale ed errore sulla persona). Infine, il rispetto del principio del *ne bis in idem* è ugualmente previsto, ma senza alcun richiamo all'art. 10(2) dello Statuto del TPIJ e all'art. 9(2) dello Statuto del TPIR⁴⁰. Nell'ambito dell'esperienza italiana in materia di cooperazione con il TPIR, preme rilevare che la non tempestiva predisposizione degli strumenti interni volti ad assicurare tale collaborazione costituì una negligenza non priva di conseguenze nei casi del trasferimento al TPIR di Seromba⁴¹ e Ruggiu⁴².

156), ora nel principio di legalità (CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995, 53), in base al quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia previsto dalla legge come reato. Tuttavia, a quest'ultimo riguardo, la citata dottrina ne modula il significato traducendolo nel principio che «nessuno Stato può essere obbligato a prestare la propria collaborazione per un fatto penalmente irrilevante», facendo salve le diverse previsioni delle convenzioni internazionali (CATELANI, *op. cit.*, 54; DIOTALLEVI, *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, libro XI, Milano, 1997, 347).

³⁸ Si vedano, per esempio, l'art. 2 della Convenzione europea di estradizione firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e resa esecutiva nell'ordinamento italiano con l. 30 gennaio 1963 n. 300; l'art. 2 del Trattato di estradizione tra Italia e Stati Uniti, firmato a Roma il 13 ottobre 1983 e reso esecutivo con l. 26 maggio 1984, n. 225.

³⁹ Ai sensi dell'art. 2, par. 2, della decisione quadro 584/2002/GAI sul mandato di arresto europeo e sulle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione Europea, l'obbligo di consegna diretta, senza la previa verifica della doppia punibilità, **vige** qualora sia stato emesso mandato per taluno dei trentadue reati tassativamente elencati e da definire in base alla legge dello Stato emittente, purché sia punito con pena detentiva pari o superiore, nel massimo, a tre anni. Nella legge n. 69 del 2005 di recepimento, il legislatore italiano ha ritenuto necessario specificare le aree d'illiceità indicate nel citato par. 2 della decisione quadro e ha così individuato nell'art. 8, co. 1 una serie di "tipologie di condotta", ricavandole sostanzialmente da fattispecie di diritto interno. Ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 8, «l'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro emittente, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1», e poi, «se il fatto non è previsto come reato dalla legge italiana, non si dà luogo alla consegna del cittadino italiano se risulta che lo stesso non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione in base alla quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo».

⁴⁰ Tali disposizioni riconoscono ai due Tribunali *ad hoc* la possibilità di giudicare i presunti responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, nei cui confronti un processo si sia già svolto dinanzi ad un tribunale nazionale, qualora il fatto per cui fu giudicato era qualificato come reato di diritto comune, ovvero la giurisdizione nazionale non giudicò in modo imparziale o indipendente, o il procedimento mirava a sottrarre l'imputato alla propria responsabilità penale internazionale, o l'azione penale non fu esercitata con diligenza.

⁴¹ Il ritardo nell'approvazione della l. 181/2002 originò un caso di violazione degli obblighi di cooperazione imposti dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza istitutiva della giurisdizione del Tribunale *ad hoc*: nei confronti del ruandese Athanase Seromba (un sacerdote cattolico nascostosi, sotto falsa identità, in Italia e residente sul territorio nazionale), accusato dal TPIR di genocidio, istigazione al genocidio e crimini contro l'umanità per la morte di 2.000 Tutsi schiacciati da un bulldozer nella parrocchia di Nyange a Kibuye il 16 aprile 1994, il mandato di cattura internazionale emesso dal TPIR rimase senza effetti per

Quanto alla CPI, la legge disciplina specificatamente anche l'eventualità che contro la consegna sia eccepito il difetto di giurisdizione della Corte⁴³. In tal caso, la Corte d'appello di Roma sospenderà con ordinanza il relativo procedimento, tranne che l'eccezione non sia manifestamente infondata, in attesa di una pronuncia della CPI. Tuttavia, laddove la consegna sia richiesta al fine di eseguire una sentenza definitiva di condanna della CPI, il difetto di giurisdizione non potrà esser eccepito né ritenuto (art. 13, co. 4).

6. *L'esecuzione in Italia dei provvedimenti della CPI.*- Il capo III della legge n. 237 dà attuazione al capitolo X dello Statuto disciplinando l'esecuzione dei provvedimenti definitivi della Corte dell'Aja⁴⁴.

A rilevare è anzitutto il caso in cui lo Stato italiano sia stato designato come luogo di espiazione della pena detentiva comminata da una sentenza definitiva della CPI. Il legislatore ha escluso l'automaticità degli effetti di tale sentenza, prevedendo all'art. 16 una preliminare procedura di riconoscimento, che sarà avviata dal Ministro della giustizia con istanza al Procuratore generale presso la Corte d'appello, la quale delibererà con sentenza previo procedimento in camera di consiglio⁴⁵; è ammesso ricorso per Cassazione da parte dell'interessato e dello stesso Procuratore generale.

molto tempo, e solo la costituzione spontanea dell'imputato il 6 febbraio 2002 risolse l'*impasse* sul suo trasferimento ad Arusha.

⁴² In base all'atteso accordo concluso nel 2004 tra Italia e Nazioni Unite sull'esecuzione delle sentenze del TPIR, il giornalista italo-belga George Ruggiu, condannato dal TPIR a dodici anni di reclusione per incitamento a commettere genocidio, fu trasferito nel carcere di Voghera in Italia per espiaire la pena residua nel febbraio 2008, dopo aver scontato otto anni in Tanzania.

⁴³ Oltre a quanto già osservato sui rapporti tra CPI e Stati ispirati al principio di complementarità *ex art.* 17 dello Statuto, rilevano gli articoli 11 e 12 secondo cui la Corte ha giurisdizione solo per i crimini commessi dopo l'entrata in vigore del suo trattato istitutivo e, secondo i meccanismi in esso stabiliti, la Corte può esercitare la giurisdizione sui crimini di sua competenza *ex art.* 5 quando questi siano avvenuti nel territorio di uno Stato parte o di uno Stato che abbia accettato la sua giurisdizione in base ad apposito accordo, oppure quando l'autore del crimine sia cittadino di uno di tali Stati; un altro criterio di attribuzione della giurisdizione concerne il deferimento al Procuratore della CPI, da parte del Consiglio di Sicurezza in virtù del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, di una situazione in cui uno o più crimini siano stati commessi.

⁴⁴ Nello Statuto il sistema di esecuzione è articolato secondo il modello previsto per i due Tribunali *ad hoc*, con alcune novità, in particolare: nessun rinvio è effettuato alle legislazioni nazionali per la determinazione delle pene decise dalla Corte (articoli 77-78); ai fini del luogo di esecuzione della pena, nessun privilegio è previsto per lo Stato di appartenenza del condannato, essendo la nazionalità dell'imputato solo uno degli elementi che la Corte può considerare (art. 103(3)(d)); la riduzione della pena è decisa dalla Corte secondo criteri fissati all'art. 110 prescindendo dalle legislazioni statali.

⁴⁵ Di fatto, e analogamente alle l. 120/1994 e l. 181/2002, la formula dell'art. 16 esclude l'applicazione prevista in via generale dell'art. 730 ss. c.p.p. Inoltre, riguardo all'iscrizione nel casellario giudiziale *ex art.* 686 c.p.p., la disciplina prevista per le sentenze dei tribunali internazionali non dispone una specifica procedura.

In ogni caso, la legge stabilisce tassativamente tre ipotesi ostative al riconoscimento di una sentenza della CPI (art. 16, co. 3): quando la sentenza non è ancora irrevocabile secondo lo Statuto, o quando tale pronuncia contiene disposizioni in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, o, infine, quando in Italia è stata resa una sentenza irrevocabile per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona. In quest'ultima ipotesi il legislatore non ha inserito l'eccezione di cui all'art. 13, co. 3 (d) sui casi di rifiuto alla consegna alla CPI, ossia quella che fa salva l'applicazione dell'art. 89(2) dello Statuto.

Come già accennato, non è stata prevista, quindi non osta al riconoscimento di una sentenza della CPI, la circostanza che il fatto per cui l'individuo è stato condannato dalla Corte non sia previsto come reato dalla legge italiana. Tale circostanza impedisce, invece, il riconoscimento di sentenze del TPIJ e del TPIR secondo quanto previsto dalle relative leggi sulla cooperazione⁴⁶. Nell'ambito dell'esperienza italiana di cooperazione con il TPIJ, tale circostanza fu oggetto di accertamento nella sentenza del 13 febbraio 2002 della Corte d'appello di Roma relativa al riconoscimento della sentenza del TPIJ nel caso *Jelusic*, ma si trattò di un accertamento procedurale inerente alla durata della pena, dunque non incompatibile con la primazia del TPIJ⁴⁷.

L'esito positivo del riconoscimento della sentenza definitiva della CPI e dunque l'accettazione della designazione dell'Italia come luogo di espia-

⁴⁶ Oltre a tale condizione, l'art. 7, co. 2 della l. 120/1994 prevede solo altre due ipotesi ostative al riconoscimento di una sentenza del TPIY (sentenza ancora divenuta irrevocabile e *ne bis in idem*), ma non fa alcun riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato. Viceversa, per il TPIR, l'art. 7, co. 2 della l. 181/2002 prevede le stesse tre ipotesi ostative al riconoscimento delle sentenze della CPI, richiedendo ulteriormente la condizione della doppia incriminazione.

⁴⁷ Goran Jelusic fu condannato dal TPIJ a quarant'anni di reclusione per crimini contro l'umanità e trasferito in Italia per scontare la pena. La Corte d'appello rilevò in sentenza che i fatti per i quali era stata inflitta la condanna costituivano reato per la legge dello Stato di esecuzione a sensi della legge n. 962 del 9 ottobre 1967, v. il commento di CASTELLANETA, *La cooperazione tra Stati e tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, 383-384. Va poi notato che quello della pena si è rivelato un aspetto delicato dello stesso caso *Jelusic*: annullando senza rinvio la citata sentenza della Corte d'appello, la Corte di Cassazione ha ridotto a trent'anni la pena inflitta a Goran Jelusic, concludendo che l'art. 3 della legge n. 207 del 1999 (di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dell'accordo bilaterale tra Italia e Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del TPIJ) nulla dispone sul massimo della pena scontabile, sebbene preveda che il regime detentivo sia regolato dalla legge italiana. In proposito, secondo la dottrina, il rifiuto dello Stato al trasferimento di condannati a pene detentive eccedenti i limiti temporali previsti nell'ordinamento interno sarebbe stato preferibile per evitare di attribuirsi una funzione diversa da quella di Stato dell'esecuzione. Per un commento, v. PERDUCA, PIACENTE, *Il 'sistema' del tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia. Effetti ed esecuzione in Italia delle sentenze del TPIJ*, in *Dir. Giust.*, 2003, n. 10, 10-13; CALVANESE, *Limiti (a sorpresa) per il riconoscimento delle sentenze del tribunale internazionale (nota a Sez. I, 5/12/02-14/01/03, n. 3785, Jelusic)*, in *Cass. pen.*, 2003, 1162-1166.

zione della pena sarà comunicato dal Ministro della giustizia alla stessa Corte (art. 16, co. 5). Diversamente dalla legislazione adottata per i due Tribunali *ad hoc*⁴⁸, non è prevista una norma sulla determinazione della pena che può essere scontata in Italia. In proposito, lo Statuto della CPI prevede all'art. 77 il massimo di trenta anni di reclusione e l'ergastolo, senza fissare limiti edittali minimi e pene edittali per ciascuna fattispecie, e dispone all'art. 80 l'autonomia dell'applicazione delle pene ad opera degli Stati e della legislazione nazionale. In ogni caso, eventuali modifiche delle pene stabilite dalla CPI non possono essere decise dai fori interni senza il suo consenso (art. 105(1) e l'art. 110(2) dello Statuto).

L'Italia non ha concluso con la CPI un accordo simile a quelli stipulati con le Nazioni Unite per l'esecuzione delle sentenze del TPIJ e del TPIR, ma va detto che il sistema previsto nella legge n. 237 è più articolato rispetto a quello stabilito dalle leggi sulla cooperazione con i due Tribunali *ad hoc*, in parte rifacendosi anche a quello stabilito con i relativi accordi bilaterali⁴⁹. In particolare, l'art. 17 stabilisce che le condizioni per l'esecuzione della pena inflitta dalla CPI sono regolate dalla l. n. 354/1975 che disciplina l'ordinamento penitenziario italiano e dalla legge n. 237, in conformità allo Statuto e al Regolamento di procedura e prova. Inoltre, previa informazione alla CPI, il Ministro della giustizia potrà disporre che il trattamento penitenziario avvenga secondo il regime carcerario speciale di cui all'art. 41*bis* ord. pen.⁵⁰ e che l'esame del detenuto si svolga in aule protette o a distanza secondo le norme di attuazione del codice di procedura penale. In ogni caso, la detenzione sarà scontata in una sezione speciale di un istituto penitenziario o in un carcere militare (art. 20). Va poi evidenziato che il controllo sull'esecuzione carceraria spetterà alla CPI, con modalità concordate con il Ministro della giustizia, fatta salva l'adozione di provvedimenti che assicurino la libertà e la riservatezza delle comunicazioni tra la Corte il detenuto⁵¹. Il Ministro sarà tenuto a trasmettere immediatamente alla CPI ogni richiesta

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 7, co. 4 della l. 120/1994 e dell'art. 7, co. 4 della l. 181/2002, la Corte d'appello converte la pena detentiva comminata dal TPIR ovvero dal TPIJ nella pena della reclusione restando vincolata alla durata stabilita nelle rispettive sentenze.

⁴⁹ V. note 3 e 4.

⁵⁰ È stato osservato che un regime così limitativo dei diritti dei detenuti potrebbe essere ritenuto dalla CPI contrario alle norme di tutela dei diritti umani, ricordando che in varie occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiesto di modificare le modalità di esecuzione previste dall'art. 41*bis* ord. pen. (pur non equiparandolo alla tortura) alla luce del duro regime di isolamento dei detenuti e dei lunghi tempi per l'accertamento dei requisiti giustificativi del mantenimento di detto regime, CASTELLANETA, *Nonostante l'introduzione di alcune modifiche al Cp la legge è un testo incompleto e con gravi lacune, op. cit.*

⁵¹ La legge n. 237 non fa espresso riferimento agli articoli 107 (sul trasferimento in un altro Stato dei condannati che hanno scontato la pena in Italia e che non sono cittadini italiani), 108 (sui limiti in materia di procedimenti giudiziari o di condanna per altre infrazioni) e 111 (sull'eventuale evasione del condannato) dello Statuto, che comunque possono ritenersi direttamente applicabili.

di accesso a qualsiasi beneficio penitenziario o misura alternativa alla detenzione; qualora la Corte non consentirà una di tali misure prevista dall'ordinamento interno, il Ministro potrà chiedere che il condannato sia trasferito in altro Stato (art. 18).

Con riguardo all'esecuzione di pene pecuniarie disposte dalla CPI, la Corte d'appello di Roma, su richiesta del Procuratore generale, può provvedere alla confisca dei profitti, beni o averi disposta dalla CPI; se ciò non è possibile, è ammessa la confisca per equivalente di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il condannato ha la disponibilità anche per interposta persona fisica o giuridica. Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, le somme e i beni confiscati saranno messi nella disponibilità della CPI, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede (art. 21, commi 1-5). Tale disciplina si conforma all'art. 109 dello Statuto.

In tema di esecuzione degli ordini di riparazione a favore delle vittime (ex art. 75 dello Statuto) ovvero del risarcimento delle persone illegalmente arrestate o ingiustamente condannate (ex art. 85 dello Statuto), il comma 6 dello stesso art. 21 prevede che sia la CPI a stabilirne le forme e i contenuti⁵². Va osservato, tuttavia, che il legislatore non ha disposto procedure interne volte ad assicurare una pronta ed effettiva cooperazione per eseguire un'ordinanza ex art. 75 come specificato dall'art. 93(1) dello Statuto, nonché a garantire il diritto delle vittime a ottenere un'adeguata forma di riparazione⁵³.

7. I delitti contro la CPI.- L'art. 10 della legge n. 237 novella il codice penale italiano introducendo i delitti contro la Corte Penale Internazionale previsti dall'art. 70 dello Statuto e per i quali è stabilita la giurisdizione primaria della Corte, che ha facoltà di devolverne la cognizione ai fori interni.

In particolare, l'art. 10, co. 1, modifica l'art. 322*bis* c.p. in tema di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi e funzionari dell'Unione europea e di Stati esteri⁵⁴: il nuovo co. 5*bis* estende l'ambito di applicazione soggettivo dei reati di cui agli articoli

⁵² Ai sensi dell'art. 75(1) la portata e l'entità di qualsiasi danno, perdita o pregiudizio cagionato alle vittime o ai loro aventi diritto possono essere determinati dalla CPI, che agisce anche di sua iniziativa in circostanze eccezionali. V. DONAT-CATTIN, *Article 75*, in TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 2008.

⁵³ Nemmeno con riguardo al ruolo delle vittime e dei testimoni nel procedimento dinanzi alla CPI, alcun espresso riferimento è fatto dal legislatore alle misure di protezione ex art. 68 dello Statuto per le vittime e testimoni che si trovino nel territorio nazionale, disposizione che è d'ausilio nel contemperamento dei loro diritti con quello dell'imputato al giusto processo e che peraltro risente del decisivo contributo della delegazione italiana alla Conferenza diplomatica di Roma. Sul punto, v. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, 49-51.

⁵⁴ L'art. 322*bis* c.p. era già stato novellato dalla l. 190/2012, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

314, 316, da 317 a 320 e 322 c.p. sia verso i giudici, il procuratore, i procuratori aggiunti, i funzionari e gli agenti della CPI, sia verso le persone distaccate dagli Stati parti presso la CPI per lo svolgimento di funzioni proprie di funzionari e agenti.

Inoltre, con l'introduzione dell'art. 343*bis* c.p. disposta dall'art. 10, co. 2 si estende alla CPI, nonché ai giudici, il procuratore, i procuratori aggiunti, i funzionari e gli agenti della Corte stessa, ed a soggetti equiparati, l'applicabilità dei reati di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale *ex art.* 336 c.p., di resistenza a un pubblico ufficiale *ex art.* 337 c.p., di violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario *ex art.* 338 c.p., con le relative circostanze aggravanti *ex art.* 339 c.p., nonché dei delitti di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità *ex art.* 340 c.p., di oltraggio a un corpo politico, amministrativo e giudiziario *ex art.* 342 c.p., e di oltraggio a un magistrato in udienza *ex art.* 343 c.p.

La novella disposta dall'art. 10, co. 3-10 consente, infine, l'applicazione al procedimento dinanzi alla CPI di alcuni delitti, quali calunnia *ex art.* 368 c.p., false informazioni al pubblico ministero *ex art.* 371*bis* c.p., falsa testimonianza *ex art.* 372 c.p., frode processuale *ex art.* 374 c.p., false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria *ex art.* 374*bis* c.p., intralcio alla giustizia *ex art.* 377 c.p., favoreggiamento personale *ex art.* 378 c.p., e patrocinio o consulenza infedele *ex art.* 380 c.p.

8. *L'assenza di disposizioni di diritto penale sostanziale.*- Come anticipato, una grave lacuna della legge n. 237 è rappresentata dall'assenza di disposizioni che introducano una serie di crimini di guerra e crimini contro l'umanità rientranti nella giurisdizione della CPI in base allo Statuto di Roma ma non ancora previsti nell'ordinamento italiano⁵⁵. Al riguardo, conviene rilevare l'inidoneità dell'ordine di esecuzione contenuto nella legge n. 232 del 1999 a tal fine. I suddetti crimini non sono attualmente punibili in quanto tali nell'ordinamento italiano, sia perché manca la determinazione della pena minima e massima irrogabile, sia perché la formulazione incompleta di alcune fattispecie nello Statuto non soddisfa i principi di stretta legalità e tassatività.

La mancata adozione nella legislazione italiana di disposizioni penali atte ad assicurare la punibilità di tutti i crimini contenuti nello Statuto potrebbe in ipotesi portare la CPI a dichiarare ammissibile un caso *ex art.* 17 del Trattato, in quanto la giurisdizione complementare si attiva solo ove lo Stato cui spetterebbe la competenza non la eserciti e l'impunità dei suddetti crimini risulti dall'assenza di volontà ovvero dall'incapacità del medesimo Stato. Al riguardo, la questione dell'inadempienza dell'Italia sotto il profilo

⁵⁵ Tali crimini sono definiti negli articoli 7 e 8 dello Statuto; per la loro attuazione rilevano anche gli Elementi dei Crimini adottati a New York il 9 settembre 2002 dall'Assemblea degli Stati parte *ex art.* 9 dello Statuto.

dell'esercizio della propria giurisdizione prioritaria si pone concretamente e principalmente rispetto a quelle fattispecie criminose dello Statuto per le quali non esiste nessuna disciplina nell'ordinamento interno, nemmeno attraverso il combinato disposto di più disposizioni già vigenti e contenute nel codice penale italiano o in leggi speciali⁵⁶.

In merito ai crimini di guerra, è stato già criticamente rilevato come nel nostro ordinamento non siano specificamente punite alcune fattispecie criminose di cui all'art. 8(2)(a) e (b) dello Statuto⁵⁷; al riguardo, preme evidenziare quella prevista nell'art. 8(2)(b)(xxvi), relativa al reclutamento o arruolamento di fanciulli di età inferiore ai quindici anni nelle forze armate nazionali o il farli partecipare attivamente alle ostilità⁵⁸. Alcune fattispecie

⁵⁶ L'introduzione di norme di diritto penale sostanziale era stata prevista sia da alcune proposte di legge sia dal testo unificato predisposto dal relatore Rao presso la Commissione Giustizia della Camera (v. seduta del 17 settembre 2009). Su richiesta di alcuni membri, tale parte fu poi espunta poiché la definizione di nuove fattispecie avrebbe richiesto approfondimenti che avrebbero rallentato l'approvazione della legge (v. intervento deputato Contento, seduta del 23 marzo 2011), nonostante il relatore si fosse riferito ad «una scelta mirata dei reati», limitata a quelli non disciplinati nell'ordinamento italiano, come quelli in tema di tortura, arruolamento forzato, sterilizzazione forzata, diniego del giusto processo, uso di scudi umani, danni ambientali, dispersione dei beni culturali. Anche il parere reso sul testo unificato da parte della Commissione Affari Esteri aveva segnalato tale opportunità. Va comunque segnalato che la l. 45 del 2009, con cui è stata autorizzata la ratifica e l'esecuzione del II Protocollo addizionale alla Convenzione dell'Aja del 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, ha dato attuazione all'art. 15 del Protocollo del 1999 (che obbliga gli Stati parti a dotarsi di norme incriminatrici delle condotte che costituiscono attacco ai beni culturali) introducendo nell'ordinamento interno nuove figure di reato militare: attacco e distruzione di beni culturali (art. 7), utilizzo illecito di un bene culturale protetto (art. 8), devastazione e saccheggio di beni culturali protetti (art. 9), impossessamento illecito e danneggiamento di un bene culturale protetto (art.10), esportazione e trasferimento illecito di beni culturali protetti (art. 11), alterazione o modificazione d'uso di beni culturali protetti (art. 12); è previsto un aggravio di pena se le menzionate condotte siano commesse ai danni di beni sotto il regime di protezione rafforzata di cui agli artt. 10 e 11 del II Protocollo. Tali disposizioni si applicano in caso di conflitto armato ovvero di missioni internazionali.

⁵⁷ Per un'analisi dettagliata sull'adattamento ai crimini di guerra previsti dallo Statuto della CPI, v. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, 18-27, in cui è fatto particolare richiamo agli articoli 8(2)(a)(vi), 8(2)(b)(iii), 8(2)(b)(vii), 8(2)(b)(xiv), 8(2)(b)(xxvi); SPEROTTO, *Legislazione di guerra e diritto dei conflitti armati nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Pen. Contemp., rivista on line*, 2010, 1-21. Sull'adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale bellico, v. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 4 ed., Torino, 2011, 147-150.

⁵⁸ L'Italia ha ratificato con l. n.148/2002 il Protocollo opzionale sul coinvolgimento dei fanciulli nei conflitti armati, che vieta la partecipazione diretta di minori di 18 anni nei conflitti armati e fissa a 18 anni l'età minima per il reclutamento anche da parte dei gruppi armati irregolari oltre che per l'arruolamento obbligatorio da parte delle forze armate governative. Con l. n. 226/2004 è stata elevata a 18 anni l'età minima per l'arruolamento volontario nelle forze armate. Tuttavia, il legislatore italiano non ha ancora provveduto a definire il concetto di "partecipazione diretta dei minori alle ostilità", e quindi nemmeno a sanzionare l'utilizzo di minori di 18 anni da parte di forze armate anche se con ruoli e funzioni diverse dal combattimento.

costituenti crimini di guerra sono contenute negli articoli 35 e 36 della Legge di guerra del 1938, applicabile solo ai conflitti armati internazionali, ovvero sono previste nel codice penale militare di guerra, anche grazie alle modifiche apportate dalla l. 31 gennaio 2002 n. 6 che ha aggiunto, tra l'altro, gli articoli 184*bis* e 185*bis*⁵⁹, e dalla l. 27 febbraio 2002, n. 15. Inoltre, la legislazione militare italiana non prevede alcuni crimini di guerra commessi nell'ambito di un conflitto a carattere non internazionale, come quelli previsti agli articoli 8(2)(c)(iv), 8(2)(e)(iii), 8(2)(e)(vii) dello Statuto⁶⁰.

Per quanto concerne l'adattamento ai crimini contro l'umanità di cui all'art. 7 dello Statuto, vi è la necessità di novellare il codice penale in relazione ad alcune fattispecie il cui disvalore non è assorbito dalle vigenti norme penali: sterminio, deportazione o trasferimento forzato della popolazione, sterilizzazione forzata e gravidanza forzata, sparizione forzata di persone, tortura, *apartheid*⁶¹, persecuzione e altri atti inumani⁶². Riguardo al delitto di violenza sessuale previsto nell'art. 609*bis* ss. c.p., va rilevato che tale disposizione non è conforme all'interpretazione operata dalla più recente giurisprudenza internazionale, essendo la fattispecie incentrata sulla violenza, minaccia o abuso di autorità, piuttosto che sulla mera mancanza

⁵⁹ L'art. 184*bis* c.p.m.g. punisce la cattura di ostaggi, ma solo nei conflitti armati internazionali, in contrasto con l'art. 8 (2)(c)(iii) dello Statuto. L'art. 185*bis* c.p.m.g. punisce atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali e altre condotte vietate da convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici e i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali. Tali fattispecie molto diverse tra di loro sono sottoposte alla stessa pena (da due a cinque anni di reclusione militare) che è inferiore a quella prevista per i reati comuni, con possibilità di sospensione condizionale. L'art. 185*bis* c.p.m.g., comunque, si applica solo ove il fatto non costituisca più grave reato, con la possibilità che una condotta qualificabile come tortura ricada nell'ambito di applicazione di norme che disciplinano reati comuni quali lesioni personali, violenza sessuale, sequestro di persona, essendo più severa la pena prevista. Per un commento, LANZI, SCOVAZZI, *Una dubbia repressione della tortura e di altri gravi crimini di guerra*, in *RDI*, 2004, 685-694.

⁶⁰ Per un'analisi dettagliata, v. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, 24-25. Si rileva, peraltro, che in sede di lavori parlamentari culminati con l'approvazione della legge n. 237, alcuni disegni di legge introducevano una normativa in materia; ad esempio, v. Senato della Repubblica, XV legislatura, Atti parlamentari, proposta di legge n. 528, art. 2, che qualificava come crimini di guerra i delitti previsti e puniti dagli articoli 174, 175, 176, 177, 178, 184*bis*, 185*bis*, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 209 e 211 c.p.m.g.; Camera dei deputati, XVI legislatura, Atti parlamentari, proposta di legge n. 2445, il cui Titolo IV era suddiviso in quattro capi e conteneva fattispecie di crimini di guerra attribuendo la relativa competenza a giudicare alle corti d'assise anziché ai tribunali militari.

⁶¹ L'Italia non ha ratificato la Convenzione del 1973 sulla soppressione e repressione del crimine di *apartheid*.

⁶² In proposito, si auspica l'inserimento di una norma di chiusura che criminalizzi «altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale», come previsto dall'art. 7(1)(k) dello Statuto.

del consenso libero e volontario della vittima⁶³. Inoltre, il delitto di sparizioni forzate *ex* articoli 606 e 607 c.p. comprende solo l'arresto e la detenzione eseguiti da un pubblico ufficiale, senza includere quelli eseguiti con l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica. Merita una peculiare riflessione anche il fatto che l'Italia, sebbene abbia ratificato da oltre vent'anni la Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁶⁴ nonché recentemente il relativo Protocollo opzionale⁶⁵, non ha ancora introdotto il reato di tortura nell'ordinamento giuridico penale nazionale, nonostante i ripetuti tentativi parlamentari in tal senso. Questa carenza non consente di punire gli atti che integrano tortura con una pena adeguata alla loro gravità rispetto a quella irrogabile attraverso le ipotesi delittuose attualmente applicabili, ossia percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali (articoli 582-583 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione della libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), sequestro di persona (art. 605)⁶⁶. Infine, va osservato che i crimini contro l'umanità *ex* art. 7 dello Statuto assorbiti da alcuni delitti già previsti dal diritto interno⁶⁷, non essendo codificati in quanto tali, rimangono comunque soggetti alle restrizioni applicabili ai reati comuni, quali la prescrizione, le cause di esclusione del reato e dell'imputabilità.

⁶³ CADOPPI, *Article 3*, in CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, 125. Sugli elementi costitutivi dello stupro come crimine contro l'umanità, v. *Prosecutor v. Akayesu* (ICTR-96-4), Judgement, Trial Chamber I, TPIR, 2 settembre 1998, par. 688; *Prosecutor v. Kunarac* (IT-96-23), Judgement, Appeals Chamber, TPIY, 12 giugno 2002, par. 129-133.

⁶⁴ L. 3 novembre 1988 n. 498, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984", in *GU* 18 novembre 1988, n. 271, Supl. ord. n.102. L'art. 2, par. 2 della Convenzione obbliga gli Stati parte ad adottare «misure legislative» per impedire la commissione di atti di tortura. L'art. 4, par. 1 e 2, obbliga gli Stati parte ad assicurare che «tutti gli atti di tortura siano illeciti penali», e «passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità».

⁶⁵ L. 9 novembre 2012 n. 195, "Ratifica ed esecuzione del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, fatto a New York il 18 dicembre 2002". Rileva soprattutto l'art. 17 che obbliga lo Stato parte, entro un anno dalla sua entrata in vigore, a creare un meccanismo nazionale di prevenzione. Per un commento, RONZITTI, *L'Italia ratifica il Protocollo opzionale sulla tortura ma nel codice penale manca la fattispecie ad hoc*, in *Guida dir.*, 9 febbraio 2013.

⁶⁶ Sui "frammenti" della definizione di tortura nel codice penale, v. ESPOSITO, *Art. 3 Proibizione della tortura*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 75-76.

⁶⁷ In particolare, l'omicidio (art. 575 c.p.), lo stupro e le altre forme di violenza sessuale (art. 609*bis* ss. c.p.), la riduzione in schiavitù (articoli 600, 601 e 602 c.p., come modificati dalla L. 11 agosto 2003, n. 228), la prigionia o altra grave privazione della libertà personale in violazione delle norme fondamentali del diritto internazionale (articoli 605, 606 e 607 c.p.), le sparizioni forzate (articoli 606 e 607 c.p.).

In merito al crimine di genocidio, che pure rientra nella giurisdizione della CPI, va segnalato che la legge n. 962/1967 sulla prevenzione e repressione del genocidio⁶⁸ appare non perfettamente conforme alla Convenzione sul genocidio e l'art. 6 dello Statuto di Roma. In particolare, il causare gravi danni mentali agli appartenenti al gruppo protetto non è una condotta espressamente criminalizzata dall'art. 1, diversamente da quanto prevedono l'art. II della Convenzione sul genocidio e all'art. 6(b) dello Statuto. Inoltre, relativamente alla sottrazione di minori di anni quattordici di cui all'art. 5 della legge n. 962, gli Elementi dei crimini fissano il limite di anni diciotto, che è poi assente nell'art. II della Convenzione sul genocidio e nell'art. 6(e) dello Statuto. Infine, mentre l'art. 6 dello Statuto configura reati di evento, l'art. 1 della legge n. 962 criminalizza solo le condotte «dirette» a cagionare morte o lesioni personali alle persone appartenenti al gruppo e va quindi interpretato senza anticipare la soglia di punibilità del delitto tentato di cui all'art. 56 c.p.

Per il crimine di aggressione, invece, se e quando l'Italia provvederà alla ratifica dell'emendamento allo Statuto di Roma approvato alla Conferenza di revisione a Kampala nel 2010 e contenente la relativa definizione, si porrà anche il problema dell'inserimento di tale crimine nel nostro ordinamento, il quale attualmente non lo prevede⁶⁹.

Merita infine evidenziare che la legge n. 237 è carente quanto alla definizione dei principi generali di diritto penale applicabili in materia, benché questa esigenza fosse stata considerata in sede di lavori parlamentari⁷⁰. Ciò vale anzitutto con riguardo all'irrilevanza delle immunità riconducibili alla carica ufficiale rivestita da un individuo *ex art. 27* dello Statuto⁷¹.

⁶⁸ L. 9 ottobre del 1967 n. 262, "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio", *GU* 30 ottobre, n. 272. Si vedano anche: l. 11 marzo 1952, n. 153, "Adesione dell'Italia alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite"; legge costituzionale 21 giugno 1967 n. 1, "Estradizione per i delitti di genocidio". Per un commento, v. RONZITTI, *Genocidio*, in *Enc. Dir.*, 1969, vol. XVIII, 573-588.

⁶⁹ La CPI potrà esercitare la sua giurisdizione su tale crimine non prima del 2017, a condizione che trenta Stati parte abbiano ratificato tale emendamento e che esso sia riconfermato dall'Assemblea degli Stati parte con una delibera adottata per *consensus* o a maggioranza di due terzi dopo il 1 gennaio 2017. V. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte Penale Internazionale ed il crimine di aggressione*, in *RDI*, 2010, 697-752; LEANZA, CARACCILOLO, *Luci e ombre della Conferenza di Kampala sulla revisione dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in questa *Rivista*, 2012, 227 e ss.

⁷⁰ V. l'intervento dell'on. Gozi, seduta della Commissione Giustizia della Camera del 22 settembre 2009.

⁷¹ Sulla compatibilità tra immunità costituzionali e giurisdizione della CPI, GAETA, *L'incidenza dello Statuto di Roma sulle norme costituzionali italiane in materia di immunità*, in *DPCE*, 2000, 594 ss.; ID., *Official capacity and immunities*, in CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds.), *op. cit.*, 996 ss.; DE SENA, *Immunità di organi costituzionali e crimini internazionali individuali in diritto internazionale*, in LANCIOTTI, TANZI, (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Torino, 2007, 23-54.

Inoltre, con riguardo all'imprescrittibilità dei crimini rientranti nella giurisdizione della CPI sancita dall'art. 29 dello Statuto, il legislatore non ha escluso in via generale qualsiasi ipotesi di prescrizione connessa al computo della pena⁷², anche se va rilevato come sia opinione ampiamente condivisa l'esistenza di una norma consuetudinaria in materia d'imprescrittibilità dei suddetti crimini, che di conseguenza farebbe parte dell'ordinamento interno in virtù dell'art. 10 Cost⁷³.

9. *Conclusioni.*- Dall'analisi svolta nei paragrafi precedenti, la legge n. 237/2012 appare in grado di consentire un'effettiva cooperazione giudiziaria con la CPI al fine di eseguire le richieste relative ad attività istruttorie da svolgere sul territorio italiano ovvero di assistere il Procuratore della CPI in tali attività, nonché di provvedere alla consegna di sospetti criminali che si trovino in Italia ovvero all'esecuzione di provvedimenti definitivi della CPI. Infatti, le condizioni ostative al riguardo sono previste in numero limitato e tassativo, tra cui speciale rilevanza è giustificatamente attribuita al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale e a quello del principio del *ne bis in idem*.

Tuttavia, dall'esame dell'articolato della legge n. 237 sono emerse anche gravi lacune. In particolare, sebbene abbia novellato il codice penale in merito ai delitti contro la CPI, il legislatore non ha introdotto le necessarie disposizioni di adattamento *ad hoc* al diritto penale internazionale sostanziale dello Statuto di Roma. In proposito va evidenziata l'urgenza di un ulteriore intervento legislativo, che non solo è direttamente funzionale al pieno ottemperamento degli obblighi di cooperazione e assistenza giudiziaria con la CPI, ma consentirebbe anche di evitare la perdita della garanzia della

⁷² Va ricordato che, ai sensi dell'art. 157 c.p., i reati si estinguono al decorso di un periodo di tempo modulato secondo la gravità degli stessi; le fattispecie per le quali non decorre la prescrizione sono solamente quelle punite con l'ergastolo o con la reclusione superiore a ventiquattro anni. Inoltre, per il combinato disposto degli articoli 23 e 24 c.p., la pena della reclusione parte da un minimo di quindici giorni a un massimo di ventiquattro anni, innalzabili fino a trenta in caso di circostanze aggravanti o di reati particolari o di concorso di una pluralità di reati; viceversa, il riconoscimento di circostanze attenuanti e le relative riduzioni di pena diminuiscono i casi d'imprescrittibilità.

⁷³ La non applicabilità della prescrizione ai crimini di guerra e contro l'umanità fu affermata nel caso *Priebke*, dal Tribunale Militare di Roma, nella sentenza 22 luglio 1997, n. 322 (in *Cass. Pen.*, 1998, I, 689-691, 2165 ss.), v. MARCHISIO, *The Priebke Case Before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *Yearbook IHL*, 1998, 351-353. Più in generale, sulle teorie della dottrina internazionalistica, sui vari orientamenti seguiti dalla giurisprudenza dei giudici di *common law* e *civil law*, e sulla prassi convenzionale rilevante in materia, v. STARITA, *La questione della prescrivibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso Priebke*, in *RDI*, 1998, 86-109. Per un commento all'art. 29 dello Statuto di Roma, v. SCHABAS, *op. cit.*, 466-471; VAN DEN WYNGAERT e DUGARD, *Non-Applicability of Statute of Limitations*, in CASSESE (A.), GAETA, JONES (eds.), *op. cit.*, 873-888.

giurisdizione primaria riservata agli Stati parte dal principio di complementarità. Infatti, la non completa omogeneità tra le fattispecie penali vigenti nell'ordinamento italiano e tutte le ipotesi criminose contenute nel Trattato istitutivo della CPI non può che implicare delle difficoltà nei raccordi tra i due ordinamenti⁷⁴. Al riguardo, va osservato che l'ipotesi in cui l'Italia non aderisse a una richiesta di cooperazione con la CPI, impedendo alla stessa di esercitare le sue funzioni e i suoi poteri in forza dello Statuto, ricadrebbe nell'art. 87(7) del Trattato, ai sensi del quale «la Corte può prenderne atto ed investire del caso l'Assemblea degli Stati parti, o il Consiglio di sicurezza se è stata adita da quest'ultimo». Merita attenzione la scelta del legislatore di non inserire, tra i quattro motivi di rifiuto alla consegna ovvero tra le tre ipotesi di non riconoscimento di una sentenza definitiva della CPI a fini esecutivi, la circostanza che il fatto per cui si procede non sia previsto come reato dalla legge italiana: tale assenza può consentire di superare l'ostacolo della mancanza nell'ordinamento italiano di alcune fattispecie criminose previste dallo Statuto di Roma. Peraltro, questo espone l'individuo al rischio di essere giudicato direttamente dalla CPI senza usufruire del filtro operato dalla giurisdizione nazionale. In ogni caso, i dibattiti svolti in sede di lavori parlamentari evidenziano una certa oscillazione da parte del legislatore italiano a quest'ultimo proposito. Da un lato, rilevano le audizioni informali disposte dalla Commissione Giustizia del Senato, all'esito delle quali è stata confermata l'impostazione (erronea) di rinunciare a introdurre subito nuove fattispecie, lasciando alla normativa vigente il compito di punire le condotte che in virtù dello Statuto gli Stati hanno l'obbligo di perseguite penalmente⁷⁵. Dall'altro lato, rileva l'approvazione alla Camera, nell'ultima seduta del 4 dicembre 2012, di ordini del giorno che impegnano il Governo a esaminare quali altre iniziative normative siano necessarie a perfezionare la disciplina di adeguamento⁷⁶.

⁷⁴ A causa del parziale adeguamento, i margini di discrezionalità del giudice nazionale eventualmente chiamato a decidere la consegna oppure il riconoscimento di una sentenza a fini esecutivi appaiono attualmente molto ampi con particolare riguardo al divieto di analogia in materia penale *ex art. 25 Cost.*, art. 1 c.p. e art. 14 delle Preleggi.

⁷⁵ Tali audizioni interessarono il dirigente del dipartimento degli affari giudiziari del Ministero della Giustizia, dr. E. Selvaggi, 14 aprile 2010; i rappresentanti dell'Unione delle Camere Penali e il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, Dr. G. Ciani; l'attuale membro italiano della CPI, Dr. C. Tarfusser; il membro italiano uscente della CPI, Prof. M. Politi. In particolare, rileva il documento presentato dal Dr. Ciani, nella seduta della Commissione Giustizia del 19 luglio 2012, e allegato ai lavori parlamentari al Senato, in cui la compatibilità della rinuncia alla doppia incriminazione è affermata, da un lato ritenendo l'art. 13 c.p. abrogato legittimamente dalla legge di ratifica n. 232/1999 e dall'altro considerando tale requisito una «previsione ultronea attesa la natura dei crimini per i quali sussiste la giurisdizione della Corte» (*criminis iuris gentium*), v. www.senato.it.

⁷⁶ Si vedano: o.d.g. 9/1439-A/3 (Ferranti, Rao, Ciriello, Touadi), accolto dal Governo; o.d.g. 9/1439-A/4 (Gozi) e o.d.g. 9/1439-A/5 (Palombo), approvati alla Camera dei Deputati il 4 dicembre 2012.

Si auspica che nella nuova legislatura si provveda sollecitamente a un completo adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto della CPI.

CHIARA ALTAFIN

ABSTRACT

The Italian Law Implementing the Statute of the International Criminal Court: a Partial Achievement.

Law No. 237 of 2012 contains implementing regulations for the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). It supplements Law No. 232 of 1999, which implemented that treaty in the Italian legal order by means of the *ordine di esecuzione*. This article analyses Law No. 237 with a view to verifying whether and to what extent it guarantees Italian compliance with the procedural and substantial statutory obligations. Firstly, it examines the national authorities responsible for cooperating with the ICC, the limits to such judicial cooperation, and the provisions enacted to facilitate and assist the Court's investigations in Italy. Secondly, the article focuses on the procedure for complying with ICC requests for arrest and surrender. The provisions on the enforcement of ICC sentences of imprisonment, fines, forfeiture measures and reparations orders are also examined. A comparison with the Italian implementing legislation for the Statutes of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia is made. Overall, Law No. 237 provides for more effective forms of cooperation with the ICC and positively amends the Italian Penal Code to prosecute offences against the administration of justice by the ICC. The author, however, criticizes Parliament's decision not to include provisions on international crimes within the ICC's jurisdiction which are still not punishable under Italian law. In particular, the need for further national implementing legislation as regards war crimes and crimes against humanity is emphasized.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

ASSEMBLEA GENERALE

65^a sessione

QUESTIONI GIURIDICHE

1. *Premessa.* - Tra i diversi temi affrontati dall'Assemblea Generale e dalla VI Commissione nel corso della sessione in rassegna ci si occuperà in modo più approfondito di quelli che presentano maggiore interesse sotto il profilo giuridico o che hanno dato luogo a sviluppi significativi. Saranno trattati in maniera estremamente sintetica gli argomenti che non rispondano a detti parametri. Va rilevato, infatti, che in relazione a questi ultimi l'Assemblea generale e la VI Commissione producono risultati fondamentalmente ripetitivi rispetto a quelli degli anni precedenti.

2. *Misure per l'eliminazione del terrorismo internazionale.* - Secondo una prassi oramai consolidata, i lavori su questo tema si sono svolti, in un primo momento, in seno al Comitato *ad hoc* e, successivamente, all'interno del *Working Group* costituito dalla Commissione nell'ambito del suo primo incontro¹. Anche quest'anno, le attività del Comitato e del *Working Group* hanno avuto ad oggetto la redazione di una Convenzione generale sul terrorismo² e la convocazione di una conferenza internazionale ad alto livello, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, per formulare una risposta congiunta e organizzata al terrorismo³. I lavori della Commissione sono stati arricchiti da un Rapporto del Segretario Generale sulle misure intraprese a livello nazionale ed internazionale per contrastare il terrorismo⁴.

¹ Per il lavoro del Comitato *ad hoc*, v. *Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996*, Fourteenth session (12 to 16 April 2010), GAOR, Sixty-fifth Session Supplement No. 37, UN Doc. A/65/37. Sulle attività del *Working Group*, v. *Report of the Working Group*, UN Doc. A/C.6/65/L.10.

² La questione relativa alla redazione di una Convenzione generale sul terrorismo è stata posta dall'Assemblea Generale con la risoluzione n. 51/210.

³ La convocazione di una conferenza ad alto livello sul tema del terrorismo è stata invocata a più riprese dalla delegazione egiziana. Per il testo della proposta egiziana, cfr. UN Doc. A/C.6/60/2.

⁴ Cfr. UN. Doc. A/65/175.

Quanto alla prima questione, deve darsi atto dell'incapacità della Commissione di mettere da parte i contrasti interni che continuano ad impedirle di licenziare un testo condiviso. Nonostante i lodevoli sforzi fatti dai negoziatori (ed in particolare dalla Coordinatrice), infatti, ogni anno la discussione ripropone i medesimi nodi problematici⁵ – una circostanza, questa, che rende legittimo dubitare dell'effettiva volontà politica di venire a capo della questione⁶.

La novità più significativa riguarda la decisione del *Working Group* di procedere alla rinumerazione degli articoli della convenzione in modo da collocare l'ex art. 18 subito dopo l'art. 2⁷. È bene ricordare che quest'ultima disposizione ha lo scopo di fornire la nozione di "terrorismo" rilevante ai fini della convenzione, mentre la prima mira a precisare, attraverso una serie *without prejudice clauses*, i rapporti tra la convenzione ed altre norme e principi di diritto internazionale, avendo particolare riguardo, per un verso, alla Carta delle Nazioni Unite e, per altro verso, al diritto internazionale umanitario. Nelle intenzioni dei negoziatori, questa nuova numerazione dovrebbe rendere chiaro: *a*) che la definizione di terrorismo adottata dalla convenzione lascia impregiudicata la legittimità delle lotte di liberazione nazionale⁸; *b*) che eventuali abusi delle forze armate, anche quando non siano qualificabili come atti di terrorismo, saranno comunque punibili in virtù delle norme sul diritto di guerra e delle altre norme che ne regolano le attività in tempo di pace⁹.

Deve segnalarsi, inoltre, la proposta della delegazione nicaraguense volta a modificare l'art. 2 al fine di includere nell'ambito di applicazione della convenzione la condotta di chi, trovandosi a controllare o comandare gruppi paramilitari in qualche misura collegati ad uno Stato, contribuisca a vario titolo alla perpetrazione di atti di terrorismo¹⁰. Sul punto, tuttavia, è stato obiettato che sarebbe quantomeno

⁵ Per un'analisi più approfondita di queste problematiche, si vedano le precedenti rassegne sulle attività della VI Commissione, in questa *Rivista*, 2008, 696-698 (62^a sessione); 2009, 637-639 (63^a sessione); 2011, 301-303 (64^a sessione).

⁶ Cfr., in particolare, la posizione espressa dalla delegazione del Liechtenstein secondo cui, in assenza di una reale volontà di concludere i negoziati sulla Convenzione, «the wisdom of convening the Ad-Hoc Committee and the Sixth Committee to discuss the topic biannually is open to question» (*Summary Records of the 2nd meeting*, 5 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.2, par. 43).

⁷ Tale modifica era stata proposta dalla Coordinatrice nel corso della precedente sessione (cfr. *Oral Report of the Chairman of the Working Group*, in *Summary Records of the 14th meeting*, 2 December 2009, in GAOR, Sixty-fourth session, UN Doc. A/C.6/64/SR.1, par. 21). Deve peraltro rilevarsi che l'Organizzazione della Conferenza Islamica ha sollevato riserve su questa decisione, in quanto la predetta rinumerazione non avrebbe incontrato il favore di tutte le delegazioni in seno al *Working Group* (v. *Summary Records of the 27th meeting*, 5 November 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.27, par. 42).

⁸ Questa preoccupazione è stata espressa in numerosi interventi. Cfr. *Summary Records of the 2nd meeting*, par. 18 (Comunità Caraibica), par. 20 (Movimento dei Paesi non Allineati), par. 27 (Organizzazione della Conferenza Islamica), par. 33 (Gruppo dei Paesi Africani); par. 39 (Egitto); par. 69 (Arabia Saudita); *Summary Records of the 3rd meeting*, 5 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.3, par. 10 (Libano). Deve richiamarsi, poi, la posizione del Kuwait, che ha sottolineato la necessità di distinguere tra atti di terrorismo ed uso della forza in legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (*Summary Records of the 3rd meeting*, par. 29).

⁹ Cfr. *Report of the Working Group*, paragrafi 18-24.

¹⁰ Cfr. UN Doc. A/C.6/65/WG.2/DP.1. Deve peraltro osservarsi come la proposta nicaraguense si limiti a riprodurre quella formulata nel 2005 dalla delegazione cubana (cfr. UN Doc. A/AC.252/2005/WP.2).

inopportuno rimettere in discussione la formulazione di articoli sui quali le delegazioni hanno già espresso il proprio consenso¹¹.

Anche per quel che concerne la convocazione di una conferenza internazionale ad alto livello non emergono sviluppi di rilievo. Sebbene non venga messa in discussione la necessità di tale conferenza, le delegazioni continuano ad essere divise tra chi sostiene che essa debba avere luogo quanto prima, anche allo scopo di superare gli ostacoli che stanno caratterizzando le attività della VI Commissione su questo tema, e chi, invece, ribadisce che essa non costituisce una priorità e che la sua convocazione dovrà essere rimandata ad un momento successivo alla chiusura dei lavori sulla convenzione¹².

La risoluzione 65/34, adottata dall'Assemblea Generale su proposta della Commissione, ha nuovamente affidato al Comitato *ad hoc* il compito di elaborare una bozza di convenzione sul terrorismo e di discutere della possibilità di convocare una conferenza internazionale ad alto livello, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, sul tema della lotta al terrorismo. Con la stessa risoluzione, l'Assemblea ha inserito il tema all'ordine del giorno della sessione successiva.

3. *Portata ed applicazione del principio di universalità della giurisdizione.* - Nel corso della sessione in rassegna, i lavori della Commissione su questo tema sono stati preceduti dalla presentazione del Rapporto preparato dal Segretario Generale sulle base delle osservazioni trasmesse dagli Stati membri¹³. Tale Rapporto, oltre ad offrire una preziosa (benché incompleta)¹⁴ panoramica sulla legislazione e la prassi nazionale in materia di universalità della giurisdizione penale¹⁵, sintetizza in modo molto efficace le varie posizioni espresse dagli Stati, sia avendo riguardo a questioni di carattere sostanziale concernenti la natura, il contenuto e l'ambito di applicazione del principio sia sul piano operativo.

Queste posizioni sono state riprese e sviluppate nel corso del dibattito tenutosi in seno alla Commissione. Una prima questione intorno alla quale si è catalizzata la discussione è quella relativa alla natura del principio di universalità della giurisdizione. Il carattere consuetudinario di questo principio – pure affermato da alcune delegazioni¹⁶ – è stato difatti negato da diversi Stati, i quali hanno osservato che, se si eccettua la repressione della pirateria e della tratta degli schiavi, l'esercizio della giurisdizione universale sui crimini internazionali si giustificerebbe soltanto in presenza di un'esplicita previsione convenzionale in tal senso¹⁷. La stessa disparità di opinioni si è riproposta con riferimento all'individuazione delle fattispecie

¹¹ Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee*, Annex I, par. 14.

¹² Cfr. *Report of the Ad Hoc Committee*, Annex I, par. 19 s.; *Report of the Working Group*, par. 25 s.

¹³ UN Doc. A/65/181. Il compito di stilare tale Rapporto era stato affidato al Segretario dall'Assemblea Generale nel corso della precedente sessione con ris. 64/117.

¹⁴ A ben vedere, infatti, soltanto 44 Stati hanno trasmesso al Segretario le informazioni rilevanti.

¹⁵ Cfr. il Rapporto, partic. 9-24 e 32-35.

¹⁶ Si veda, sul punto, l'intervento del Gruppo CANZ (Canada, Australia e Nuova Zelanda) in *Summary Records of the 10th meeting*, 13 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.10, par. 63.

¹⁷ In questo senso si sono espressi Bielorussia (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 76), Cuba (*Summary Records of the 11th meeting*, 13 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.11, par. 36), Russia (*ibidem*, par. 56), Ghana (*ibidem*, par. 62), Iran (*Summary Records of the 12th meeting*, 15 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.12, par. 4), Cile (*ibidem*, par. 7), Venezuela (*ibidem*, par. 19) e Sudan (*ibidem*, par. 22).

criminose in relazione alle quali il principio in esame troverebbe applicazione. Gli stessi Stati che hanno negato la natura consuetudinaria del principio, invero, si sono dimostrati piuttosto restii ad estenderne l'ambito di operatività oltre le fattispecie "classiche" della pirateria e della tratta degli schiavi¹⁸. Sotto entrambi i profili, pertanto, è evidente il notevole "passo indietro" rispetto a quanto emerso nel corso della precedente sessione, nella quale sembrava esserci un accordo di massima tra le delegazioni intervenute¹⁹. Tale arretramento, tuttavia, non deve sorprendere. È del tutto fisiologico che – quanto meno in una prima fase – gli elementi di divisione diventino più evidenti con l'approfondirsi del dibattito.

Una certa comunanza di vedute, invece, si è registrata in merito alle condizioni che devono sussistere affinché la giurisdizione universale sia legittimamente esercitata. Per un verso, infatti, si è da più parti sottolineato che tale esercizio non possa avvenire *in absentia*, essendo in ogni caso richiesta la presenza del reo sul territorio dello Stato del foro (c.d. universalità condizionata)²⁰. Per altro verso, se ne è affermato il carattere sussidiario, in virtù della considerazione che la repressione dei crimini internazionali compete in prima battuta agli Stati sul cui territorio il fatto illecito si è verificato²¹.

I lavori della Commissione hanno interessato, inoltre, i rapporti tra il principio in questione ed altre norme di diritto internazionale. Numerose delegazioni hanno rimarcato la necessità di evitare che l'esercizio della giurisdizione penale vada a detrimento delle norme che sanciscono l'immunità degli organi degli Stati stranieri²². In una differente prospettiva, è stata messa in rilievo la sostanziale autonomia del principio di universalità della giurisdizione dall'obbligo *aut dedere aut judicare*²³.

¹⁸ Cfr. le posizioni espresse da Malawi (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 60), Thailandia (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 12), Cina (*ibidem*, par. 25), Ghana (*ibidem*, par. 62), Iran (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 4), Cile (*ibidem*, par. 7), Sudan (*ibidem*, par. 22) e Malesia (*ibidem*, par. 27). Si segnala inoltre la posizione del Regno Unito, secondo cui il principio in esame sarebbe applicabile solo con riferimento alla pirateria ed ai crimini di guerra (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 31).

¹⁹ Si veda, in proposito, la Rassegna sulle attività della 64^a sessione, in questa *Rivista*, 2011, 303-304.

²⁰ Cfr. *Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 64 (Gruppo CANZ), par. 73 (Guatemala), par. 79 (Perù); *Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 14 (Corea del Sud), par. 23 (Slovenia), par. 37 (Stati Uniti); *Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 4 (Iran), par. 9 (Israele) e par. 13 (Brasile).

²¹ Cfr. gli interventi del Gruppo CANZ (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 64), Egitto, (*ibidem*, par. 68), Guatemala (*ibidem*, par. 73), Slovenia (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 23), Algeria (*ibidem*, par. 26), Cuba (*ibidem*, par. 36), Tunisia (*ibidem*, par. 69), Israele (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 10), Brasile (*ibidem*, par. 13). In questo senso si è peraltro espresso il Comitato Internazionale della Croce Rossa (*ibidem*, par. 42).

²² In questo senso si sono espressi soprattutto i Paesi in via di sviluppo. V. in particolare gli interventi del Movimento dei Paesi non Allineati (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 55) e del Gruppo dei Paesi Africani (*ibidem*, par. 59), nonché di Libia (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 1), Senegal (*ibidem*, par. 19), Cina (*ibidem*, par. 25), Algeria (*ibidem*, par. 26), Repubblica Democratica del Congo (*ibidem*, par. 32), Cuba (*ibidem*, par. 34), Vietnam (*ibidem*, par. 46), Russia (*ibidem*, par. 57), Ghana (*ibidem*, par. 66), Iran (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 4), Brasile (*ibidem*, par. 13), Venezuela (*ibidem*, par. 20).

²³ Si vedano, a riguardo, le posizioni del Gruppo di Rio (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 57), Guatemala (*ibidem*, par. 71), Perù (*ibidem*, par. 78), Thailandia (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 10), Corea del Sud (*ibidem*, par. 14), Argentina (*ibidem*, par. 27), Israele (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 9), Svezia (*ibidem*, par. 15), Venezuela (*ibidem*, par. 19), Malesia (*ibidem*, par. 29), Regno Unito (*ibidem*, par. 30) ed India (*ibidem*, par. 34).

Sotto il profilo operativo, diverse delegazioni hanno proposto l'istituzione di un *Working Group* per approfondire la questione²⁴, mentre altre – sottolineando la natura squisitamente giuridica delle problematiche poste – hanno individuato nella Commissione del Diritto Internazionale la sede più competente ad affrontare questo tema²⁵. È stato altresì suggerito di affidare nuovamente al Segretario Generale il compito di redigere un nuovo rapporto sulla prassi seguita a livello nazionale ed internazionale, al fine di integrare quello presentato nell'ambito della sessione in rassegna²⁶. Minori consensi, invece, ha riscosso la proposta, proveniente dai Paesi dell'Unione Africana, di istituire un meccanismo internazionale di controllo volto a prevenire e contrastare l'esercizio abusivo della giurisdizione universale²⁷.

Con la risoluzione n. 65/33, adottata su proposta della delegazione ghanese, l'Assemblea Generale ha preso atto della varietà delle opinioni espresse dagli Stati sul punto ed ha stabilito che il tema della giurisdizione universale dovrà essere approfondito nell'ambito di un *Working Group* istituito in seno alla VI Commissione. L'Assemblea ha chiesto al Segretario generale di invitare gli Stati membri e tutti gli osservatori interessati²⁸ a trasmettere, entro il 30 aprile 2011, informazioni ed osservazioni sulla portata e l'applicazione del principio della giurisdizione universale e di redigere un rapporto sulla base di tali informazioni, da presentare nel corso della 66^a sessione.

4. *Questioni legate ai lavori della Commissione del Diritto Internazionale.* - Nel corso della 65^a sessione, il consueto dibattito sulle attività della Commissione del Diritto Internazionale (CDI) è stato accompagnato da una più approfondita riflessione su alcuni temi specifici. In particolare, le delegazioni sono state chiamate ad esprimersi, dopo una "pausa di riflessione" di tre anni, circa le azioni da intraprendere in merito a quattro Progetti di articoli elaborati dalla CDI, vale a dire quelli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali²⁹, in tema di protezione

²⁴ Cfr. gli interventi del Gruppo di Rio (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 58), Perù (*ibidem*, par. 80), Spagna (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 22), El Salvador (*ibidem*, par. 72), Sudafrica (*ibidem*, par. 77), Brasile (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 11), Venezuela (*ibidem*, par. 21), Sudan (*ibidem*, par. 25).

²⁵ Cfr. *Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 15 (Corea del Sud), par. 17 (Repubblica Ceca), par. 22 (Spagna), par. 28 (Argentina), par. 47 (Vietnam), par. 52 (Finlandia), par. 61 (Olanda), par. 75, (Germania); nonché *Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 17 (Svezia), par. 36 (Liechtenstein), par. 39 (Lesotho), par. 41 (Nigeria).

²⁶ Si vedano le posizioni di Guatemala (*Summary Records of the 10th meeting*, cit., par. 73), Argentina (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 28), Brasile (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 11) e Lesotho (*ibidem*, par. 39).

²⁷ L'introduzione di tale meccanismo è stata ripetutamente invocata dall'Unione Africana a partire dalla decisione 199(XI) dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo. Nel corso della sessione in rassegna essa è stata espressamente avversata – essenzialmente per ragioni connesse alla necessità di preservare l'indipendenza dei giudici nazionali – da Repubblica Ceca (*Summary Records of the 11th meeting*, cit., par. 16), Olanda (*ibidem*, par. 60) e Liechtenstein (*Summary Records of the 12th meeting*, cit., par. 37).

²⁸ Tale ultimo riferimento, assente nella risoluzione adottata nella precedente sessione, mira a sollecitare l'intervento di attori non-statali che possono essere comunque interessati a partecipare al dibattito, quali la Palestina, la Santa Sede, il Comitato Internazionale della Croce Rossa e l'INTERPOL (cfr. le osservazioni della delegazione ghanese in *Summary Records of the 27th meeting*, 5 November 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.27, par. 37).

²⁹ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

diplomatica³⁰, sulla prevenzione dei danni transfrontalieri derivanti da attività pericolose³¹ e sull'allocazione delle perdite in caso di danni transfrontalieri determinati da attività pericolose³².

Con riferimento al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, deve rilevarsi come la discussione – contrariamente a quanto accaduto in precedenza³³ – abbia avuto natura quasi esclusivamente operativa. La maggior parte delle delegazioni, infatti, si è limitata ad esprimersi sull'opportunità o meno di dare il via ai negoziati per l'adozione di un accordo di codificazione su questo tema³⁴. A riguardo, permane il contrasto – già registrato nel corso delle precedenti sessioni – tra chi ritiene che i tempi siano maturi per l'avvio dei negoziati³⁵ e chi si oppone a tale eventualità paventando il rischio che la rinegoziazione del Progetto possa riaprire alcune questioni controverse e vanificare gli sforzi della CDI³⁶. Benché il numero degli Stati favorevoli all'adozione di una convenzione sia in progressivo aumento, il persistere di questa disparità di posizioni ha indotto l'Assemblea Generale ad adottare una risoluzione che riproduce in larga misura lo schema adottato nelle precedenti sessioni. Segnatamente, l'Assemblea, con risoluzione n. 65/19, ha nuovamente sottoposto il Progetto di articoli all'attenzione dei governi invitandoli a formulare osservazioni e commenti, ha affidato al Segretario Generale il compito di redigere un rapporto sull'utilizzo del Progetto nella giurisprudenza internazionale ed ha posto la questione all'ordine del giorno della 68^a sessione.

Per quanto attiene al Progetto in materia di protezione diplomatica, molte delegazioni hanno sottolineato come il suo "futuro" sia strettamente legato a quello del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati³⁷. Il dibattito sulle azioni da intraprendere, dunque, ha riproposto le medesime contrapposizioni, appena rilevate, tra fautori dell'incorporazione del Progetto in un atto giuridicamente vincolante³⁸ e

³⁰ *Draft articles on Diplomatic Protection*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

³¹ *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

³² *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

³³ V., ad esempio, la rassegna dei lavori della 62^a sessione, in questa *Rivista*, 2008, 699-700.

³⁴ Cfr., tuttavia, l'intervento della delegazione britannica, la quale ha formulato alcune osservazioni critiche sulle disposizioni del Progetto concernenti l'illecito compiuto da un organo statale che agisce su indicazioni di altro Stato e la complicità tra Stati (*Summary Records of the 15th meeting*, 19 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.15, par. 12).

³⁵ In questo senso si sono espressi Gruppo di Rio, Portogallo, Libia, Russia, Vietnam, Venezuela, Cuba, Iran e Grecia (v. *Summary Records of the 15th meeting*, cit., rispettivamente ai paragrafi 1-3, 8-9, 14, 16, 17, 20, 21-23).

³⁶ Così le delegazioni del gruppo dei Paesi Nordici (Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia e Norvegia), Malesia, Germania, Regno Unito, Stati Uniti, Paesi CANZ ed India (*Summary Records of the 15th meeting*, cit., rispettivamente ai paragrafi 4, 5, 8, 11 18, 26 e 29).

³⁷ Questa considerazione, che riprende un'osservazione formulata dal Relatore Speciale Dugard, è stata condivisa da Paesi CANZ, Libia, Malesia, Regno Unito e Portogallo (*Summary Records of the 16th meeting*, 20 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.16, rispettivamente ai paragrafi 3, 4, 9, 10 e 13. Da segnalare, invece, la posizione del gruppo dei Paesi Nordici (Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia e Norvegia) secondo cui i due Progetti dovrebbero seguire strade autonome (*ibidem*, par. 1).

³⁸ Cfr. le posizioni espresse da Paesi Nordici, Gruppo di Rio, Russia, Portogallo, El Salvador, Cuba, Sudafrica (*Summary Records of the 16th meeting*, cit., rispettivamente ai paragrafi 1, 2, 8, 13, 16, 24 e 27).

sostenitori della necessità di preservarne la natura di *soft law*³⁹. I lavori della Commissione su questo tema, peraltro, hanno riguardato anche questioni di carattere sostanziale. Particolare attenzione è stata dedicata all'art. 19 del Progetto nel quale si invitano gli Stati: *a)* a prendere in seria considerazione l'ipotesi di agire in protezione diplomatica in favore di un individuo in caso di danno significativo; *b)* a tener conto, se possibile, dell'opinione della persona maltrattata sia in ordine alle misure da intraprendere che alla natura ed all'entità della riparazione; *c)* a trasferire all'individuo la compensazione ottenuta in caso di esercizio fruttuoso della protezione diplomatica. Nonostante la natura meramente esortativa della richiamata disposizione, alcune delegazioni hanno tenuto a rimarcare l'inesistenza – quantomeno a livello internazionale – di un obbligo di agire in protezione diplomatica, precisando che ogni eventuale iniziativa sul Progetto non può discostarsi da tale assunto⁴⁰. Altri interventi hanno riguardato l'opportunità di approfondire la questione riguardante il *genuine link* tra Stato ed individuo che legittima, sul piano internazionale, l'attribuzione della cittadinanza e, come conseguenza, l'esercizio della protezione diplomatica⁴¹. Dubbi sono stati espressi, infine, sulla disciplina della protezione diplomatica degli apolidi⁴², delle società commerciali e dei loro azionisti, nonché delle eccezioni alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni⁴³. Data l'impossibilità di pervenire ad una soluzione condivisa, l'Assemblea Generale ha sottoposto nuovamente il Progetto all'attenzione degli Stati ed il tema è stato inserito nell'ordine del giorno della 68^a sessione⁴⁴.

In materia di danni transfrontalieri da attività pericolose, la Commissione si è limitata a valutare le azioni da intraprendere con riferimento ai due Progetti licenziati dalla CDI. Anche in questo caso, si è riproposto il contrasto tra delegazioni favorevoli all'adozione di un accordo di codificazione (che, per alcuni, dovrebbe includere anche il Progetto di principi) e delegazioni secondo cui i Progetti in questione – al pari di quelli precedentemente esaminati – svolgano meglio la propria funzione nella forma di linee-guida non vincolanti. L'Assemblea Generale si è dunque limitata ad aggiornare la discussione alla 68^a sessione⁴⁵.

5. *Altri temi in discussione.* - Secondo quanto stabilito nella precedente sessione⁴⁶, il dibattito relativo alla responsabilità penale dei funzionari delle Nazioni Unite e degli esperti in missione si è focalizzato sul *report*, redatto dal Segretario Generale su richiesta dell'Assemblea, avente ad oggetto il grado di attendibilità delle accuse

³⁹ Si vedano, sul punto, gli interventi delle delegazioni dei Paesi CANZ, Malesia, Regno Unito, Stati Uniti, Austria, Belgio ed Iran (*Summary Records of the 16th meeting*, cit., rispettivamente ai paragrafi 3, 9, 10, 12, 14, 17 e 21).

⁴⁰ Cfr. *Summary Records of the 16th meeting*, cit., paragrafi 5. (Germania), 19 (Venezuela) e 25 (Sudafrica).

⁴¹ In questo senso si è espressa la delegazione tedesca (*Summary Records of the 16th meeting*, cit., par. 5).

⁴² Si vedano le osservazioni formulate dalla delegazione iraniana (*Summary Records of the 16th meeting*, cit., par. 20).

⁴³ Su questi punti, v. i rilievi critici della delegazione russa (*Summary Records of the 16th meeting*, cit., par. 7).

⁴⁴ UN Doc. A/RES/65/27.

⁴⁵ UN Doc. A/RES/65/28. Il dibattito è riportato in *Summary Records of the 17th meeting*, 21 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.17.

⁴⁶ Cfr. UN Doc. A/RES/64/110.

mosse contro i funzionari delle Nazioni Unite e le modalità in cui l'Organizzazione può prestare assistenza agli Stati membri al fine di colmare eventuali lacune giurisdizionali che impediscano la repressione di tali condotte criminose. Nel corso della sessione in rassegna, tuttavia, non si registrano sviluppi di rilievo. Diverse delegazioni hanno sottolineato la doverosità di una politica di "tolleranza zero" nei confronti dei crimini compiuti dagli agenti delle Nazioni Unite, nonché il ruolo di primo piano che sono chiamate a svolgere, in questa materia, le autorità giudiziarie nazionali. Alcune delegazioni hanno posto l'accento sulla necessità di tener conto delle vittime di tali abusi, avendo particolare riguardo al risarcimento dei danni sofferti. A questo proposito, si è fatto riferimento all'adozione, da parte dell'Assemblea Generale, della "United Nations Strategy on Assistance and Support to Victims of Sexual Exploitation and Abuse by the United Nations Staff and related personnel"⁴⁷. La proposta di procedere alla negoziazione di una convenzione internazionale in materia, tuttavia, pur ricevendo un certo supporto, è stata considerata ancora prematura. La risoluzione dell'Assemblea su questo tema, dunque, riproduce, salvo modifiche formali di scarso rilievo, quella adottata nel corso della 64^a sessione. È stato ribadito, infatti, che la discussione delle proposte del Gruppo di Esperti istituito nel 2005 dal Segretario Generale allo scopo di formulare proposte idonee a contrastare gli abusi posti in essere dai funzionari delle Nazioni Unite (e dagli esperti in missione)⁴⁸ avrà luogo nel corso della 67^a sessione; ed è stato nuovamente affidato al Segretario Generale l'incarico di redigere un rapporto sullo stato di attuazione della risoluzione, sul grado di attendibilità delle accuse mosse contro i funzionari delle Nazioni Unite, nonché sui modi in cui l'Organizzazione può prestare assistenza agli Stati membri che intendano modificare la propria legislazione nazionale in modo da adeguarla alla risoluzione. La discussione di tale rapporto è stata messa all'ordine del giorno della 66^a sessione⁴⁹.

Con riferimento al Rapporto annuale della Commissione del Diritto Internazionale, non vi sono spunti significativi dal momento che le questioni più interessanti sono state oggetto di trattazione separata⁵⁰.

In merito al Rapporto della Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto del Commercio Internazionale (UNCITRAL), le delegazioni intervenute hanno manifestato grande apprezzamento per i lavori dell'UNCITRAL nel corso della sua 44^a sessione, all'esito della quale sono stati portati a termine: *a*) la revisione del Regolamento arbitrale UNCITRAL; *b*) la "Guida Legislativa sulle Transazioni Protette: Supplemento sui Diritti di Garanzia in materia di Proprietà Intellettuale"; *c*) la "Parte Terza della Guida Legislativa sul Diritto Fallimentare relativo al trattamento dei gruppi di imprese in dissesto". Qualche osservazione critica è stata rivolta al metodo di lavoro seguito dall'UNCITRAL, alla quale è stata addebitata una certa dispersione delle proprie risorse che dovrebbero essere dirette essenzialmente alla redazione di strumenti giuridici formali piuttosto che all'elaborazione di linee guida. Gli Stati

⁴⁷ Cfr. UN Doc. A/RES/62/214.

⁴⁸ Il rapporto del Gruppo di Esperti può leggersi in *Ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peace-keeping operations, Note by the Secretary General*, 16 August 2006, UN. Doc. A/60/980.

⁴⁹ UN Doc. A/RES/65/20. Il dibattito è riportato in *Summary Records of the 6th meeting*, 8 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.6.

⁵⁰ V. *supra*, par. 4.

si sono dichiarati soddisfatti delle attività del Gruppo di Lavoro I (*Procurement*) concernenti la revisione della *Model Law* del 1994 sugli Acquisti di Beni, Costruzioni e Servizi ed hanno espresso la speranza che i relativi lavori si concludano entro il 2011. Su proposta della delegazione austriaca, l'Assemblea ha adottato, in relazione a questo tema, quattro distinte risoluzioni. Nella prima, di carattere generale e sostanzialmente riproduttiva di quelle precedenti, l'Assemblea ha espresso soddisfazione per le attività dell'UNCITRAL ed ha aggiornato la discussione alla successiva sessione⁵¹; nelle altre tre, invece, ha preso atto degli strumenti sopra indicati, raccomandandone l'utilizzo da parte degli Stati membri⁵².

Avendo riguardo al "Programma di assistenza delle Nazioni Unite per l'insegnamento, lo studio, la diffusione ed il più ampio apprezzamento del diritto internazionale", l'Assemblea Generale si è occupata principalmente di questioni finanziarie, aventi ad oggetto l'istituzione o il mantenimento di borse di studio in diritto internazionale. L'Assemblea ha altresì salutato con favore il successo riscosso dalla *United Nations Audiovisual Library of International Law* ed ha incoraggiato gli Stati membri ad offrire contributi volontari per la realizzazione del Programma⁵³.

Nel quadro del punto all'ordine del giorno relativo alla situazione dei Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra, al di là dei rituali appelli alla ratifica delle Convenzioni e dei Protocolli nonché all'accettazione della competenza della Commissione Internazionale d'inchiesta *ex art. 90* del Primo Protocollo Addizionale, si segnala il vivo apprezzamento manifestato dagli Stati in ordine all'accordo raggiunto a Kampala nel 2010 sulla definizione del crimine di aggressione ed all'entrata in vigore della Convenzione per l'abolizione delle bombe a grappolo, firmata ad Oslo il 3 dicembre 2008. L'Assemblea ha preso atto di tali sviluppi ed ha aggiornato la discussione alla 67^a sessione⁵⁴.

In merito alla valutazione di misure efficaci per il rafforzamento della protezione e della sicurezza delle missioni e degli agenti diplomatici e consolari, argomento che la Commissione esamina con cadenza biennale, non vi sono sviluppi significativi. Alcune delegazioni hanno denunciato gli attacchi subiti da diverse missioni e dei loro rappresentanti. L'Assemblea, su proposta della Commissione, ha rinnovato l'invito agli Stati ed agli organi delle Nazioni Unite a rafforzare la cooperazione in questa materia, anche attraverso la ratifica delle pertinenti convenzioni internazionali, e ad adottare tutte le misure necessarie al fine di scongiurare il reiterarsi di tali episodi⁵⁵.

⁵¹ UN Doc. A/RES/65/21.

⁵² UN Doc. A/RES/65/22 (Regolamento arbitrale UNCITRAL), A/RES/65/23 (Guida Legislativa sulle Transazioni Protette: Supplemento sui Diritti di Garanzia in materia di Proprietà Intellettuale), A/RES/65/24 (Parte Terza della Guida Legislativa sul Diritto Fallimentare relativo al trattamento dei gruppi di imprese in dissesto). Per la discussione, v. *Summary Records of the 7th meeting*, 11 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.7.

⁵³ UN Doc. A/RES/65/25. Per la discussione v. *Summary Records of the 18th meeting*, 22 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.18.

⁵⁴ UN Doc. A/RES/65/29. Per la discussione v. *Summary Records of the 12th and 13th meetings*, 15 and 18 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.12 e A/C.6/65/SR.13.

⁵⁵ UN Doc. A/RES/65/30UN. Per la discussione v. *Summary Records of the 13th meeting*, 18 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.13.

Nel dibattito sul Rapporto del Comitato Speciale sulla Carta delle Nazioni Unite e sul Rafforzamento del Ruolo dell'Organizzazione⁵⁶ sono state esaminate diverse questioni. Un primo punto controverso ha riguardato il ruolo del Consiglio di Sicurezza nel quadro dell'Organizzazione. Se, infatti, alcune delegazioni hanno sottolineato che il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce la funzione principale ma non esclusiva del Consiglio, altre hanno lamentato – in una prospettiva evidentemente opposta alla prima – la persistente interferenza di quest'ultimo nelle competenze proprie dell'Assemblea Generale e del Consiglio Economico e Sociale. Ampio spazio è stato poi riservato al tema delle sanzioni. Diverse delegazioni, pur evidenziandone la centralità ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, hanno ribadito che esse devono essere chiaramente definite, nei contenuti e negli obiettivi, limitate nel tempo e soggette a controlli periodici. Significativamente, alcuni Stati hanno suggerito di analizzare la problematica concernente le conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione di sanzioni illegittime nel quadro della responsabilità delle organizzazioni internazionali. È stato inoltre notato che la sempre più frequente adozione di sanzioni individuali (c.d. *smart sanctions*) ha sostanzialmente ridotto il rischio di effetti collaterali negativi sulla popolazione civile e sugli Stati terzi. Su un piano diverso, va ricordata la proposta, infruttuosamente reiterata da Russia e Bielorussia, di chiedere alla Corte Internazionale di Giustizia un parere sulle conseguenze giuridiche dell'uso della forza da parte degli Stati in assenza di una previa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Generale apprezzamento, infine, è stato manifestato in relazione agli sforzi fatti dal Segretariato per ridurre gli arretrati nella pubblicazione del Repertorio della prassi degli organi delle Nazioni Unite e del Repertorio della prassi del Consiglio di Sicurezza⁵⁷.

Con riferimento al tema della *rule of law* a livello nazionale ed internazionale, è stata accolta con favore la presentazione del Rapporto annuale del Segretario Generale sulle attività condotte dagli organi delle Nazioni Unite per la promozione della *rule of law*⁵⁸. Alcuni interventi hanno riguardato la necessità di garantire la *rule of law* all'interno dell'Organizzazione, attraverso un più equo bilanciamento tra Assemblea Generale e Consiglio di Sicurezza. In relazione al sottotema dell'applicazione interna del diritto internazionale, diverse delegazioni hanno condiviso le esperienze maturate all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici. La Commissione, infine, si è espressa favorevolmente sulla proposta di organizzare una seduta ad alto livello dell'Assemblea sul tema della *rule of law*, da tenersi nell'ambito della 67^a sessione⁵⁹.

Per quanto attiene all'amministrazione della giustizia nelle Nazioni Unite, sono state affrontate alcune questioni riguardanti il passaggio dal vecchio sistema di giustizia interno dell'Organizzazione (imperiato, com'è noto, su un solo tribunale,

⁵⁶ UN Doc. A/65/33.

⁵⁷ Il Rapporto è stato adottato dall'Assemblea con risoluzione n. 65/31. Per il dibattito in seno alla Commissione, v. *Summary Records of the 13th and 14th meetings*, 18 October and 5 November 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.13 e A/C.6/65/SR.14.

⁵⁸ UN Doc. A/65/318.

⁵⁹ UN Doc. A/RES/65/32. Per il dibattito, v. *Summary Records of the 8th, 9th, 10th and 12th meetings*, 12, 13, and 15 October, and 11 November 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.8, A/C.6/65/SR.9, A/C.6/65/SR.10 e A/C.6/65/SR.12.

il Tribunale Amministrativo delle Nazioni Unite) al nuovo meccanismo *two-tier*, caratterizzato dalla compresenza di un giudice di primo grado e di uno d'appello. Alcune delegazioni hanno messo in luce la necessità di garantire tutela giurisdizionale a coloro che lavorano per le Nazioni Unite pur non essendo formalmente parte del loro *staff*. Su proposta della Commissione, l'Assemblea ha rinviato l'esame delle varie questioni – anche in ordine all'eventuale revisione degli Statuti del Tribunale di Primo Grado e del Tribunale d'Appello – alla sessione successiva⁶⁰.

Il Rapporto del Comitato sulle Relazioni con lo Stato ospite, infine, non ha sollevato particolari problemi, a parte alcune *travel restrictions* denunciate e ritardi nel rilascio dei visti di ingresso lamentati da singole delegazioni. Gli Stati Uniti hanno ribadito il loro impegno ad onorare i loro obblighi internazionali in qualità di Stato ospite⁶¹.

DANIELE AMOROSO

⁶⁰ A/RES/65/251. Per il dibattito, v. *Summary Records of the 1st, 4th and 5th meetings*, 4, 6, and 15 October 2010, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/65/SR.1, A/C.6/65/SR.4 e A/C.6/65/SR.5.

⁶¹ Il rapporto è stato adottato, senza dibattito, dall'AG con risoluzione n. 65/35.

ASSEMBLEA GENERALE

66^a sessione

QUESTIONI GIURIDICHE

1. *Premessa.* - Tra i diversi temi affrontati dall'Assemblea Generale e dalla VI Commissione nel corso della sessione in rassegna ci si occuperà in modo più approfondito di quelli che presentano maggiore interesse sotto il profilo giuridico o che hanno dato luogo a sviluppi significativi. Saranno trattati in maniera estremamente sintetica gli argomenti che non rispondano a detti parametri. Va rilevato, infatti, che in relazione a questi ultimi l'Assemblea Generale e la VI Commissione producono risultati fondamentalmente ripetitivi rispetto a quelli degli anni precedenti.

2. *Portata ed applicazione del principio di universalità della giurisdizione.* - Rispetto alle sessioni precedenti, la principale novità che ha caratterizzato le attività della Commissione su questo tema riguarda lo svolgimento di gran parte della discussione in seno ad un *Working Group* istituito nel corso della prima riunione.

I lavori del *Working Group* hanno avuto come base di partenza: a) i Rapporti stilati dal Segretario Generale nel 2010¹ e nel 2011², i quali offrono una preziosa panoramica sulla legislazione e la prassi nazionale in materia di universalità della giurisdizione penale; b) una compilazione informale, a cura del Segretariato, nella quale sono indicate le convenzioni, le dichiarazioni e gli altri strumenti internazionali rilevanti nella materia *de qua*; c) un'altra compilazione, sempre a cura del Segretariato, relativa alla giurisprudenza internazionale; d) un *non-paper* presentato dalla delegazione cilena al fine di agevolare la discussione³. Il *Working Group* ha tenuto tre incontri, ai quali ha preso parte anche il Comitato Internazionale della Croce Rossa⁴.

Il primo incontro ha avuto natura essenzialmente esplorativa, essendo diretto a saggiare le aspettative degli Stati in ordine ai possibili esiti dei lavori della Commissione⁵. Durante la seconda riunione, la Presidenza ha fatto circolare un *paper* informale nel quale sono state suggerite la metodologia da seguire nella discussione e le questioni da affrontare⁶. Alla luce dei commenti formulati in relazione a tale proposta, nel corso della terza riunione sono state fissate le basi per la futura discussione sul tema⁷.

¹ UN Doc. A/65/181. Il compito di stilare tale Rapporto era stato affidato al Segretario dall'Assemblea Generale nel corso della 64^a sessione con la risoluzione n. 64/117.

² UN Doc. A/66/93.

³ UN Doc. A/C.6/66/WG.3/DP.1.

⁴ Per una sintesi dei lavori del *Working Group*, v. *Oral Report of the Chairman of the Working Group in Summary Records of the 17th meeting*, 21 October 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.17, par. 13 ss.

⁵ Cfr. *Oral Report of the Chairman of the Working Group*, cit., par. 16.

⁶ *Ibidem*, par. 17. Per il *paper* informale, cfr. UN Doc. A/C.6/66/WG.3/1.

⁷ *Oral Report of the Chairman of the Working Group*, cit., par. 17.

Sul piano operativo, il *Working Group* ha individuato tre *clusters* di questioni da affrontare in successione. Il primo riguarda la definizione del principio di universalità della giurisdizione; il secondo la portata di tale principio, avendo particolare riguardo all'individuazione dei crimini che ne giustificano l'applicazione; il terzo, infine, le modalità di esercizio della giurisdizione universale⁸. Si è discusso, inoltre, dell'opportunità di affidare la questione alla Commissione del Diritto Internazionale (CDI). Su questo punto le delegazioni intervenute hanno espresso posizioni (solo parzialmente) divergenti. Se, infatti, la maggior parte degli Stati ha ribadito la necessità di approfondire il tema in una sede politica, quale appunto la VI Commissione dell'Assemblea, non è stata radicalmente esclusa la possibilità che la CDI possa occuparsi di questa problematica in una fase successiva⁹.

Sotto il profilo sostanziale, è stato osservato che nessuna delegazione ha negato l'esistenza del principio in esame e che una maggioranza significativa concorda sul fatto che esso trovi applicazione in relazione ai più gravi crimini contro l'umanità¹⁰. Alcune delegazioni hanno tenuto a sottolineare il carattere sussidiario dell'esercizio della giurisdizione universale; altre – pur non parlando espressamente di sussidiarietà – hanno rimarcato l'esigenza di evitare un uso abusivo di tale nozione¹¹.

Con risoluzione n. 66/103, l'Assemblea Generale – preso atto dell'indubbia accelerazione impressa dal metodo di lavoro seguito nella sessione in rassegna – ha stabilito che il dibattito su questo tema proseguirà in seno al *Working Group*, precisando che i suoi lavori saranno aperti non solo agli Stati membri ma anche alle altre entità cui è riconosciuto lo *status* di osservatore presso l'Assemblea Generale¹².

3. *Questioni legate ai lavori della Commissione del Diritto Internazionale.* - Nell'ambito della sessione in rassegna, il consueto dibattito sul Rapporto relativo alle attività della Commissione del Diritto Internazionale (CDI) è stato integrato da una più approfondita discussione intorno al Progetto di articoli sulla Nazionalità delle persone fisiche in relazione alla successione fra Stati¹³ ed al Progetto di articoli sul Diritto delle falde acquifere transfrontaliere¹⁴.

Quanto al primo, molte delegazioni hanno espresso soddisfazione per il testo licenziato dalla CDI, sottolineando l'importanza del riconoscimento del diritto alla nazionalità come diritto umano fondamentale¹⁵. Alcuni Stati, tuttavia, hanno sollevato riserve sulle disposizioni che ammettono la possibilità che un individuo acquisti due o più nazionalità, evidenziando l'incompatibilità di tale previsione con

⁸ *Ibidem*, par. 20.

⁹ *Ibidem*, par. 19.

¹⁰ *Ibidem*, par. 18.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Per il dibattito in senso alla Commissione, v. *Summary Records of the 12th and 13th meetings*, 12 October 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.12 e A/C.6/66/SR.13.

¹³ *Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, Part Two.

¹⁴ *Draft articles on the Law of Transboundary Aquifers*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2008, vol. II, Part Two.

¹⁵ Cfr. sul punto gli interventi delle delegazioni di Giappone, El Salvador, Slovenia, Portogallo, Iran e Trinidad e Tobago (*Summary Records of the 15th meeting*, 17 October 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.15, rispettivamente ai paragrafi 3, 7, 12, 17, 26 e 28).

il proprio diritto interno¹⁶. In merito alle azioni da intraprendere, la Commissione si è divisa tra chi ha sostenuto che il Progetto debba confluire in un accordo di codificazione¹⁷ e chi invece ha considerato più opportuna la sua incorporazione in una Dichiarazione dell'Assemblea Generale, o comunque in un altro atto di *soft law*¹⁸. Una soluzione di compromesso è stata proposta dalla delegazione slovacca la quale ha suggerito si seguire un approccio "bi-fasico" consistente, in un primo momento, nell'adozione di una risoluzione non vincolante e, in un momento successivo, nell'avvio dei negoziati per la conclusione di una convenzione su questo tema¹⁹. Tale approccio sembra essere stato seguito dall'Assemblea la quale, con risoluzione adottata su proposta della delegazione russa, ha esortato gli Stati a considerare i principi enucleati nel Progetto come linee guida ed ha deciso che il tema non sarà più trattato fin quando nuovi sviluppi della prassi non renderanno opportuno intraprendere nuove azioni²⁰.

In merito al Progetto di articoli sul Diritto delle falde acquifere transfrontaliere, diverse delegazioni hanno manifestato vivo apprezzamento per il lavoro della CDI, sottolineandone la capacità di individuare il giusto equilibrio tra diritti ed obblighi degli Stati. Ciononostante, non vi è ancora comunanza di opinioni sulla veste giuridica che il Progetto dovrà assumere, essendo stata espressa sia la volontà di tradurlo in una convenzione, sia quella di considerarlo alla stregua di principi guida non vincolanti. A favore di quest'ultima opzione, peraltro, gioca l'elevato tasso di tecnicismo della materia *de qua*, il quale potrebbe rendere particolarmente complessa la negoziazione di un accordo multilaterale. Preso atto di questa contrapposizione, l'Assemblea Generale ha deciso di aggiornare la discussione alla 68^a sessione²¹.

Per quel che riguarda, infine, il Rapporto annuale, l'Assemblea Generale si è complimentata con la CDI per il lavoro svolto, richiamando in particolare la conclusione del Progetto di articoli sugli Effetti dei conflitti armati sui trattati e di quello relativo alla Responsabilità delle organizzazioni internazionali²². Con distinte risoluzioni, entrambi i Progetti sono stati sottoposti all'attenzione degli Stati al fine di avviare la discussione sulle azioni da intraprendere²³.

4. *Questioni relative alla concessione dello status di osservatore presso l'Assemblea Generale.* - A distanza di due anni, la VI Commissione è tornata a

¹⁶ In questo senso, v. le osservazioni della delegazioni malese e di quella iraniana, in *Summary Records of the 15th meeting*, cit., paragrafi 22 e 27.

¹⁷ Così, El Salvador (*Summary Records of the 15th meeting*, cit., par. 8), Iran (*ibidem*, par. 27) e Trinidad e Tobago (*ibidem*, par. 29).

¹⁸ In questo senso si sono espressi Giappone (*Summary Records of the 15th meeting*, cit., par. 4), Grecia (*ibidem*, par. 14), Spagna (*ibidem*, par. 16) e Portogallo (*ibidem*, par. 18).

¹⁹ *Summary Records of the 15th meeting*, cit., par. 13. Nello stesso senso, si veda l'intervento della delegazione russa, *ibidem*, par. 20.

²⁰ UN Doc. A/RES/66/92.

²¹ UN Doc. A/RES/66/104. Per il dibattito in seno alla Commissione, v. *Summary Records of the 16th meeting*, 18 October 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.16.

²² UN Doc. A/RES/66/98. Per la discussione, v. *Summary Records of the 18th to 28th meetings*, from 4 to 28 October, on 31 October and on 1, 2, 4 November 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.18, A/C.6/66/SR.19, A/C.6/66/SR.20, A/C.6/66/SR.21, A/C.6/66/SR.22, A/C.6/66/SR.23, A/C.6/66/SR.24, A/C.6/66/SR.25, A/C.6/66/SR.26, A/C.6/66/SR.27 e A/C.6/66/SR.28.

²³ UN Doc. A/RES/66/99 (Effetti della guerra sui trattati) e A/RES/66/100 (Responsabilità delle organizzazioni internazionali). La discussione è stata aggiornata alla 69^a sessione.

pronunciarsi sulla concessione dello *status* di osservatore presso l'Assemblea Generale. Si ricorda che, nel corso della 64^a sessione, la Commissione – mutando il proprio precedente orientamento – aveva deciso di verificare in modo più rigoroso la sussistenza delle condizioni per la concessione di tale *status*, finendo per negarla ad alcune organizzazioni in ragione della loro natura non governativa²⁴.

Nella sessione in rassegna, le delegazioni hanno evidenziato lo stesso rigore. Ad essere avversate, in particolare, sono state le richieste formulate dall'Assemblea Parlamentare delle Nazioni di lingua turca e, soprattutto, dalla Conferenza internazionale dei partiti politici asiatici²⁵. In relazione ad entrambe, infatti, si è fatto rilevare che le organizzazioni non governative non possono prendere parte ai lavori dell'Assemblea Generale ma, semmai, a quelle del Consiglio Economico e Sociale²⁶. Questa opposizione ha indotto le delegazioni *sponsor* delle relative risoluzioni a differire la discussione sul tema alla sessione successiva²⁷.

5. *Altri temi in discussione.* - Nel corso della sessione in rassegna, i lavori della Commissione sulle misure per l'eliminazione del terrorismo internazionale sono stati integrati da un'ampia discussione generale, in qualche modo stimolata dalla cerimonia commemorativa celebratasi in occasione del decimo anniversario dell'attacco terroristico alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001. Sotto il profilo più prettamente giuridico, tuttavia, il dibattito non ha fornito spunti di particolare rilievo. La negoziazione della Convenzione generale sul terrorismo, infatti, ha riproposto le medesime divisioni che impediscono, oramai da 15 anni, il raggiungimento di un accordo²⁸. L'unica novità degna di nota riguarda la presentazione, da parte della Coordinatrice dei lavori, di una bozza di risoluzione da adottare unitamente alla convenzione²⁹. Nelle intenzioni della Coordinatrice, tale risoluzione mirerebbe a risolvere alcuni nodi problematici, soprattutto in riferimento ai rapporti tra terrorismo e lotte di liberazione nazionale³⁰. Tale proposta non sembra aver sortito alcun risultato, atteso che la stessa bozza di risoluzione è stata guardata con sospetto da alcune delegazioni³¹. L'Assemblea Generale, con risoluzione n. 66/105, ha deciso di rinviare i negoziati sulla convenzione alla sessione successiva, stabilendo che i relativi lavori si svolgeranno in seno ad un *Working Group* da istituirsi nell'ambito del primo incontro della VI Commissione. Significativamente,

²⁴ Cfr. la rassegna sulla 64^a sessione, in questa *Rivista*, 2011, 309-310.

²⁵ Cfr. *Summary Records of the 8th meeting*, 6 October 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.8, par. 15 ss.

²⁶ V., in particolare le osservazioni di Venezuela, Egitto, Cuba e Argentina (*Summary Records of the 8th meeting*, cit., rispettivamente ai paragrafi 31, 33, 38-39, 40-41). Non ha destato problemi, invece, la concessione dello *status* di osservatore al Consiglio di Cooperazione delle Nazioni di lingua turca, all'Unione delle Nazioni Sud-americane, all'Iniziativa Centro-europea, all'Autorità inter-governativa sullo sviluppo ed all'Unione Economica e Monetaria dell'Ovest-Africano.

²⁷ Cfr. la rassegna sulla 64^a sessione, cit., 309-310.

²⁸ Si vedano, sul punto, le precedenti rassegne sulle attività della VI Commissione in *Rivista*, 2008, 696-698 (62^a sessione); 2009, 637-639 (63^a sessione); 2011, 301-303 (64^a sessione); nonché, in questo fascicolo, la rassegna sulle attività della 65^a sessione.

²⁹ Cfr. *Summary Records of the 28th meeting*, 4 November 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.28, par. 89.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ V., in particolare, l'intervento dell'Organizzazione della Cooperazione Islamica, in *Summary Records of the 29th meeting*, 9 November 2011, in GAOR, Sixty-sixth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.29, paragrafi 1-2.

dunque, non è stata prevista la consueta riunione del Comitato *ad hoc*, il quale, fino alla presente sessione, si era occupato della convenzione con cadenza annuale. Tale scelta appare dettata dalla consapevolezza – maturata nel corso degli anni – dell’inutilità di un’attività di negoziazione tanto intensa a fronte dell’evidente assenza di una reale volontà di concludere i negoziati.

In merito alla responsabilità penale dei funzionari delle Nazioni Unite e degli esperti in missione, non si registrano sviluppi significativi. Come di consueto, le delegazioni si sono espresse sul *report*, redatto dal Segretario Generale su richiesta dell’Assemblea, avente ad oggetto il grado di attendibilità delle accuse mosse contro i funzionari delle Nazioni Unite e le modalità in cui l’Organizzazione può prestare assistenza agli Stati membri al fine di colmare eventuali lacune giurisdizionali che impediscano la repressione di tali condotte criminose. Nella risoluzione adottata dall’Assemblea su proposta della Commissione, è stato ribadito che la discussione delle proposte del Gruppo di Esperti istituito nel 2005 dal Segretario Generale allo scopo di formulare proposte idonee a contrastare gli abusi posti in essere dai funzionari delle Nazioni Unite (e dagli esperti in missione)³² avrà luogo nel corso della 67^a sessione nel quadro di un *Working Group* istituito in seno alla Commissione³³.

In merito al Rapporto della Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto del Commercio Internazionale (UNCITRAL), le delegazioni intervenute hanno espresso vivo apprezzamento per le attività dell’UNCITRAL, prendendo nota della conclusione dei lavori riguardanti: *a*) la revisione della *Model Law* sugli Acquisti di Beni, Costruzioni e Servizi; *b*) il Repertorio di giurisprudenza sulla *Model Law* in materia di insolvenza transfrontaliera. Con riferimento alla prima, è stata sottolineata l’importanza della redazione di una Guida attuativa, rimarcando al contempo la necessità che in essa si tenga conto dei bisogni dei Paesi in via di sviluppo. Su proposta della delegazione austriaca, l’Assemblea ha adottato tre distinte risoluzioni. Nella prima, di carattere generale e sostanzialmente riprodotiva di quelle precedenti, l’Assemblea ha espresso soddisfazione per le attività dell’UNCITRAL ed ha aggiornato la discussione alla successiva sessione³⁴; nelle altre due, ha adottato gli strumenti sopra richiamati, raccomandandone l’utilizzo da parte degli Stati membri³⁵.

Avendo riguardo al “Programma di assistenza delle Nazioni Unite per l’insegnamento, lo studio, la diffusione ed il più ampio apprezzamento del diritto internazionale”, le delegazioni intervenute si sono complimentate con la Divisione codificazione dell’Ufficio delle Nazioni Unite per gli affari legali per il lavoro svolto in merito alla pubblicazione di testi di diritto internazionale ed alla loro diffusione. Preoccupazione è stata invece espressa sull’effettiva capacità del Programma di continuare a perseguire i propri obiettivi sulla base dei soli contributi volontari di Stati membri ed altri donatori. Sulla base di queste considerazioni, l’Assemblea ha

³² Il rapporto del Gruppo di Esperti può leggersi in *Ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peace-keeping operations*, Note by the Secretary General, 16 August 2006, UN Doc. A/60/980.

³³ UN Doc. A/RES/66/93. Il dibattito è riportato in *Summary Records of the 6th meeting*, 8 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.6.

³⁴ UN Doc. A/RES/66/94. Per il dibattito, v. *Summary Records of the 10th meeting*, 10 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.10.

³⁵ UN Doc. A/RES/66/95 (*Model Law* sugli Acquisti di Beni, Costruzioni e Servizi) e A/RES/66/96 (Repertorio di giurisprudenza sulla *Model Law* in materia di insolvenza transfrontaliera).

deciso di finanziare, almeno in parte, il Programma con fondi del bilancio ordinario³⁶.

Diverse sono le questioni esaminate nel quadro del dibattito sul Rapporto del Comitato Speciale sulla Carta delle Nazioni Unite e sul Rafforzamento del Ruolo dell'Organizzazione³⁷. Come di consueto, numerose delegazioni sono intervenute sul tema delle sanzioni, avendo particolare riguardo agli effetti delle sanzioni sugli Stati terzi. A questo proposito, è stato ricordato che l'esigenza di minimizzare gli effetti delle sanzioni è stata fatta propria dal Comitato istituito sulla base della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1970(2011), relativa alla situazione libica. Si segnala, poi, la proposta della delegazione ghanese di avviare un dibattito su principi e misure concrete volti a rafforzare e rendere effettiva la cooperazione tra Nazioni Unite ed organizzazioni regionali in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, con particolare riferimento alla prevenzione e la risoluzione dei conflitti, ed ai processi di pace nelle situazioni post-conflittuali. Pur riscuotendo un certo successo, tale proposta è stata provvisoriamente accantonata tenuto conto della necessità di esaurire la discussione sulle altre questioni³⁸.

Sul punto all'ordine del giorno relativo all'amministrazione della giustizia nelle Nazioni Unite, le delegazioni si sono soffermate sui rapporti presentati dal Segretario Generale e dal Consiglio di giustizia interna, sulle attività dell'*Ombudsman* e dei servizi di mediazione e sull'amministrazione di giustizia³⁹. Le novità più significative riguardano l'adozione di due distinte risoluzioni riguardanti l'approvazione di un codice di condotta sulle attività dei giudici del sistema di giustizia interna delle NU⁴⁰ e la revisione delle regole di procedura dello *United Nations Appeals Tribunal* (UNAT)⁴¹.

Per quel che riguarda il tema della *rule of law* a livello nazionale ed internazionale, la parte più cospicua della discussione ha riguardato la giustizia (penale) di transizione negli scenari post-conflittuali. A questo riguardo, diverse delegazioni hanno salutato con favore la decisione del Consiglio sui diritti umani di nominare un Relatore speciale per la promozione del diritto alla verità, alla giustizia, alla riparazione ed alla garanzia di non-ripetizione in caso di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Sul piano operativo, si è proseguita

³⁶ UN Doc. A/RES/66/97, partic. par. 2. Per la discussione, v. *Summary Records of the 14th meeting*, 14 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.14.

³⁷ UN Doc. A/66/33.

³⁸ Il Rapporto è stato adottato dall'Assemblea con risoluzione 66/101. Per il dibattito in seno alla Commissione, v. *Summary Records of the 7th and 8th meetings*, 6 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.7 e A/C.6/66/SR.8.

³⁹ *Report of the Secretary-General on the Activities of the Office of the United Nations Ombudsman and Mediation Services* (UN Doc. A/66/224), *Report of the Secretary-General on the Administration of justice at the United Nations* (UN Doc. A/66/275), *Report of the Internal Justice Council on the Administration of justice at the United Nations* (UN Doc. A/66/158).

⁴⁰ UN Doc. A/RES/66/106.

⁴¹ UN Doc. A/RES/66/106. Non sono state approvate invece le proposte di modifica aventi ad oggetto lo Statuto del Tribunale di primo grado, lo *United Nations Dispute Tribunal* (UNTD). La discussione generale sul tema dell'amministrazione della giustizia è invece confluita nella risoluzione 66/237, sostanzialmente riprodotiva di quella degli anni precedenti. Per la discussione, v. *Summary Records of the 11th and 17th meetings*, 10 and 21 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.11 e A/C.6/66/SR.17.

l'organizzazione di una seduta ad alto livello sul tema della *rule of law* da tenersi nell'ambito della 67^a sessione dell'Assemblea Generale⁴².

Il Rapporto del Comitato sulle Relazioni con lo Stato ospite, infine, non ha sollevato particolari problemi, a parte alcune *travel restrictions* denunciate e ritardi nel rilascio dei visti di ingresso lamentati da singole delegazioni. Gli Stati Uniti hanno ribadito l'impegno ad onorare i loro obblighi internazionali in qualità di Stato ospite⁴³.

DANIELE AMOROSO

⁴² UN Doc. A/RES/66/102. Per il dibattito, v. *Summary Records of the 5th, 6th and 7th meetings*, 5 and 6 October 2011, in GAOR, Sixty-fifth session, UN Doc. A/C.6/66/SR.5, A/C.6/66/SR.6 e A/C.6/66/SR.7.

⁴³ Il rapporto è stato adottato, senza dibattito, dall'Assemblea Generale con risoluzione n. 66/108.

*Consiglio di Sicurezza
(gennaio – giugno 2012)*

1. *Considerazioni introduttive.* – Nel primo semestre 2012, il Consiglio di Sicurezza ha continuato la sua attività di rinnovo di missioni di *peace-keeping*, missioni di osservazione e meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, in alcuni casi limitandosi a modificarne la consistenza.

Inoltre, sempre nel periodo in considerazione, sono state intraprese alcune iniziative sul funzionamento della Corte Internazionale di Giustizia, con la fissazione della data per l'elezione di un giudice, in seguito alla scadenza del mandato del giudice Awn Shawkat Al-Khasawneh, e sul funzionamento del Meccanismo Internazionale residuale per i Tribunali Penali internazionali, con la nomina del nuovo *Prosecutor*.

Sul fronte del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, invece, l'attività del Consiglio si è concentrata ancora una volta sulle conseguenze della c.d. "primavera araba" nei precari equilibri delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alla instabilità politica della Libia e dello Yemen. Un'altra questione che ha preoccupato fortemente il Consiglio è stata il conflitto transfrontaliero tra il Sudan e il neonato Sudan del Sud, nonché, in generale, sui conflitti tuttora in corso nel continente africano. In questo ambito, i Quindici hanno dedicato una risoluzione (la 2033) alla necessità di rendere più effettivo il coordinamento tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali africane, al fine di adottare azioni comuni ed, eventualmente, di istituire missioni congiunte. Iniziative concrete sono state intraprese anche nei confronti della Siria, con l'invio di una squadra pilota, composta da 30 osservatori non armati, alla quale è stato affidato il compito di creare le condizioni per l'istituzione, col consenso del Governo di Damasco, di una *Missione di supervisione delle Nazioni Unite in Siria* (UNSMIS), varata con la risoluzione 2043, col compito di monitorare il ritiro delle forze siriane dai centri abitati e la cessazione dell'uso di armi di distruzione di massa contro la popolazione civile. Ad accrescere le preoccupazioni del Consiglio per l'aggravarsi della situazione di instabilità nel continente africano si è aggiunto il colpo di Stato avvenuto nella Guinea Bissau nell'aprile 2012 ad opera dei capi delle forze armate, cui i Quindici hanno dedicato un'apposita risoluzione, in questa fase, di sola esortazione ai responsabili al ripristino dello *status quo*.

Sul piano politico generale, infine, il Consiglio è tornato ancora una volta ad occuparsi della piaga della pirateria marittima che colpisce in particolare le coste del Golfo di Guinea, esortando gli Stati della regione e le organizzazioni regionali ad attuare strategie comuni con le Nazioni Unite per la repressione di tale crimine, secondo il nuovo orientamento inaugurato, per la prevenzione dei conflitti in generale, con la risoluzione 2033.

2. *Questioni procedurali e relative al funzionamento dei Tribunali internazionali.* – Nel semestre in esame, il Consiglio di Sicurezza, nel solco di una prassi ormai consolidata, ha approvato alcune risoluzioni con le quali ha affrontato questioni procedurali, ciò nondimeno di importanza fondamentale per il prosieguo delle attività vuoi della Corte Internazionale di Giustizia, vuoi dei tribunali penali internazionali istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta.

Sotto il primo profilo, con la risoluzione 2034, adottata all'unanimità il 19 gennaio, i Quindici – dopo aver preso atto della scadenza del mandato del giudice Awn Shawkat Al-Khasawneh – hanno fissato, conformemente a quanto previsto dall'art. 14 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, la data dell'elezione del nuovo membro della Corte per il giorno 27 aprile 2012.

Sotto il secondo profilo, invece, sono state adottate due risoluzioni.

Con la 2038, adottata all'unanimità il 29 febbraio, il Consiglio di Sicurezza ha proceduto alla nomina di Hassan Bubacar Jallow in qualità di *Prosecutor* del Meccanismo Internazionale residuale per i Tribunali Penali internazionali a partire dal 1° marzo 2012 per la durata di quattro anni. Ai sensi dell'art. 7 par. (a) dell'Accordo transitorio allegato alla risoluzione 1966(2010) istitutiva del Meccanismo, il *Prosecutor* del Meccanismo stesso assume anche le funzioni di *Prosecutor* del Tribunale Penale *ad hoc* per il Ruanda.

Con la risoluzione 2054, adottata anch'essa all'unanimità il 29 giugno, il Consiglio ha permesso ad alcuni giudici del Tribunale Penale *ad hoc* per il Ruanda di permanere nelle funzioni anche oltre il termine del loro mandato al fine di portare a conclusione i processi loro assegnati entro il mese di dicembre 2012¹. Al contempo il Tribunale è stato invitato a relazionare circa lo stato di avanzamento della fase di trasferimento delle funzioni residuali al Meccanismo Internazionale residuale per i Tribunali Penali internazionali il quale sarà operativo a partire dal 1° luglio 2012.

3. *Il rinnovo e/o la modifica dei mandati delle peace-keeping, di missioni di osservazione e di altri meccanismi.* – Il Consiglio di Sicurezza ha adottato, nel periodo qui considerato, alcune misure per consentire il prosieguo di azioni già intraprese nel quadro di operazioni di *peace-keeping*, di forze multinazionali e di altri meccanismi *ad hoc*.

In questo ambito sono state approvate le seguenti risoluzioni: (a) la 2037, adottata all'unanimità il 23 febbraio, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *Missione Integrata delle Nazioni Unite a Timor Orientale* (UNMIT) fino al 31 dicembre 2012²; (b) la 2041, adottata all'unanimità il 22 marzo, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *Missione di Assistenza delle Nazioni Unite in Afghanistan* (UNAMA) fino al 23 marzo 2013; (c) la 2044, adottata all'unanimità il 24 aprile, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *Missione di pace delle Nazioni Unite nel Sahara Occidentale* (MINURSO) fino al 30 aprile 2013; (d) la 2047, adottata all'unanimità il 17 maggio, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *Forza di Sicurezza Interinale delle*

¹ I giudici in questione sono: William H. Sekule della Tanzania, Solomy Balungi Bossa dell'Uganda e Mparany Mamy Richard Rajohnson del Madagascar.

² Contestualmente, alla Missione è stato affidato il compito di assistere le autorità locali nella preparazione e celebrazione delle elezioni parlamentari e presidenziali.

Nazioni Unite per Abyei (UNISFA) per ulteriori sei mesi³; (e) la 2052, adottata all'unanimità il 27 giugno, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *United Nations Disengagement Observer Force* (UNDOF) fino al 31 dicembre 2012. Con la risoluzione 2055, adottata all'unanimità il 29 giugno, infine, i Quindici hanno deciso di incrementare il *Gruppo di Esperti* annesso al Comitato incaricato di monitorare l'implementazione della risoluzione 1540(2004) che tende a far sì che le armi di distruzione di massa o loro componenti non cadano nelle mani dei gruppi di terroristi internazionali.

4. *Il rinnovo e/o la modifica dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui.* – Nel primo semestre del 2012, il Consiglio di Sicurezza ha provveduto, inoltre, a rinnovare i mandati di alcuni meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta.

In quest'ambito sono state approvate le seguenti risoluzioni: (a) la 2035, adottata all'unanimità il 17 febbraio, con la quale è stato deciso il rinnovo del *Panel di Esperti* creato ai sensi della risoluzione 1591(2005) fino al 17 febbraio 2013, confermandone ruolo e funzioni; (b) la 2045, adottata all'unanimità il 26 aprile, con la quale è stato deciso il rinnovo dell'embargo sul commercio di diamanti grezzi imposto alla Costa d'Avorio ai sensi del par. 6 della risoluzione 1572(2004) per un ulteriore anno, fino al 30 aprile 2013⁴; per lo stesso periodo è prorogato il mandato del *Gruppo di Esperti*; (c) la 2049, adottata all'unanimità il 7 giugno, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato del *Gruppo di Esperti* creato ai sensi del par. 29 della risoluzione 1929(2010) per il monitoraggio dell'applicazione del regime sanzionatorio imposto all'Iran in relazione al suo programma nucleare fino al 9 luglio 2013⁵; (d) la 2050, adottata ancora una volta all'unanimità il 12 giugno, con la quale è stato deciso in rinnovo del *Panel di Esperti* creato ai sensi del par. 26 della risoluzione 1874(2009) per il monitoraggio dell'applicazione del regime sanzionatorio imposto alla Corea del Nord fino al 12 luglio 2013; (e) la 2053, adottata all'unanimità il 27 giugno, con la quale è stato deciso il rinnovo del mandato della *Missione di Stabilizzazione delle Nazioni Unite nella Repubblica Democratica del Congo* (MONUSCO) fino al 30 giugno 2013; (f) la 2047, adottata all'unanimità il 17 maggio, con la quale è stato deciso, tra l'altro, il rinnovo per

³ In verità, con riferimento ai compiti affidati alla UNISFA ai sensi del par. 2 della risoluzione 1990(2011), così come modificata dalla successiva risoluzione 2024(2011), la risoluzione in questione trova fondamento sui poteri generali del Consiglio di Sicurezza; mentre, con riferimento ai compiti affidatigli ai sensi del par. 3 della risoluzione 1990(2011), la stessa si fonda sui poteri di cui al capitolo VII della Carta.

⁴ Al contempo, l'embargo così come stabilito nei paragrafi 7 e 8 della risoluzione 1572(2004), viene modificato nei termini indicati ai paragrafi 2, 3 e 4 della risoluzione in commento (autorizzazione a tutti gli Stati a impiegare ogni mezzo necessario per far rispettare il regime sanzionatorio in vigore, nei limiti di seguito indicati; obbligo del Governo ivoriano di notificare al Comitato per le sanzioni i casi di esclusione dal sistema sanzionatorio, al fine di ottenere idonea autorizzazione). L'embargo non trova applicazione con riferimento alle dotazioni del personale ONU e delle forze armate francesi dispiegate nel Paese; all'equipaggiamento protettivo temporaneamente fornito dalle Nazioni Unite alla Costa d'Avorio; alle armi non letali impiegate a soli fini umanitari; alla formazione, consulenza ed esperienza in relazione alle attività militari e di sicurezza, così come alle forniture dei veicoli civili in uso alle forze armate ivoriane.

⁵ Nella risoluzione si richiama espressamente l'art. 41 della Carta a fondamento dell'azione intrapresa.

ulteriori sei mesi del mandato della *Forza di Sicurezza Interinale delle Nazioni Unite per Abyei* (UNISFA), conferito ai sensi del capitolo VII della Carta con riferimento ai compiti indicati nel paragrafo 3 della risoluzione 1990(2011)⁶.

5. *Cooperazione tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali e sub-regionali nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.* – Con la risoluzione 2033, adottata all'unanimità il 12 gennaio, i Quindici hanno stigmatizzato ancora una volta l'importanza di stabilire un rapporto sempre più stretto ed efficace tra il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e il Consiglio dell'Unione Africana per la pace e la sicurezza, nel settore della prevenzione, risoluzione e gestione dei conflitti, inclusi quelli dell'assistenza elettorale e nell'ambito degli uffici di prevenzione dei conflitti regionali. Inoltre, sempre di concerto col Consiglio UA, è stato deciso di elaborare ulteriori strade per rafforzare i rapporti tra i due organi, prevedendo riunioni da tenersi periodicamente, con cadenza almeno annuale e l'istituzione di missioni congiunte; nonché di formulare posizioni e strategie comuni in relazione a singoli casi di conflitti esistenti nel continente Africano.

6. *Esame del rapporto speciale del Segretario Generale per il Sudan: richiesta all'Unione Africana di incrementare la componente militare dell'AMISOM.* – Il 22 Febbraio, il Consiglio di Sicurezza ha approvato all'unanimità ai sensi del capitolo VII della Carta, la risoluzione 2036, con la quale ha esteso compiti e consistenza della *Missione dell'Unione Africana in Sudan* (AMISOM).

Sotto il primo profilo, in aggiunta ai compiti assegnati con la risoluzione 1772(2007), la AMISOM dovrà essere presente nei quattro settori individuati nel piano strategico del 5 gennaio 2012; contestualmente la Missione è stata autorizzata ad adottare ogni mezzo necessario per portare avanti i propri compiti nei settori assegnati, in coordinamento con le forze di sicurezza somale, al fine di ridurre la minaccia di Al-Shabaab e di altri gruppi armati di opposizione per stabilire condizioni per una governante effettiva delle aree di campagna⁷.

Quanto al secondo aspetto, il Consiglio ha deciso di incrementare la componente militare della missione da 12.000 a 17731 unità. In vista di tale incremento, è stato altresì deciso in via eccezionale e grazie al carattere originale della AMISOM, di estendere il supporto economico delle Nazioni Unite, con

⁶ Come già visto al paragrafo che precede, la risoluzione 2047 è divisa di due parti, in considerazione dei diversi poteri attivati dal Consiglio di Sicurezza per disciplinare i compiti della UNISFA. In particolare, il paragrafo 3 della risoluzione 1990 attribuisce alla Forza il potere di adottare ogni misura idonea ad assicurare la protezione del personale, degli equipaggiamenti e della strumentazione in dotazione all'UNISFA, di garantire la sicurezza e la libertà di movimento al personale dell'UNISFA, delle organizzazioni umanitarie attive nel Paese africano, della popolazione civile, di assicurare, nel rispetto delle competenze delle istituzioni locali, la sicurezza della popolazione civile in imminente pericolo di violenza fisica, di proteggere l'area di Abyei da incursioni di soggetti non autorizzati in base all'accordo e, in generale, di garantire la sicurezza.

⁷ Al-Shabaab, anche noto come Movimento di Resistenza Popolare nella Terra delle Due Migrazioni (MRP), è un gruppo insurrezionale islamista attivo in Somalia. Il gruppo è la cellula somala di al-Qaeda, formalmente riconosciuta nel 2012. Da numerosi governi e servizi di sicurezza occidentali è considerata un'organizzazione terroristica. Uno degli obiettivi primari del gruppo è la istituzione della regola della *Shari'a* come legge dello Stato somalo; altri fini sono la cacciata dei soldati stranieri dalla Somalia, soprattutto le forze etiopi alleate del Governo, ma anche la forza internazionale di pace AMISOM, e il rovesciamento del Governo Federale di Transizione (GFT).

l'inclusione degli equipaggiamenti e delle altre attrezzature descritte dal Segretario Generale nel rapporto S/2012/74, allegato alla stessa risoluzione.

7. *Ancora sugli atti di pirateria nel Golfo di Guinea.* – Il 29 febbraio, il Consiglio di Sicurezza è tornato ancora una volta ad occuparsi della piaga degli atti di pirateria, sempre più frequenti nel Golfo di Guinea, rispetto ai quali l'azione della comunità internazionale sembra non realizzare i risultati sperati.

Con la risoluzione 2039, adottata all'unanimità, i Quindici, nell'esprimere forte preoccupazione per l'incremento degli atti di pirateria a largo del Golfo di Guinea, hanno incoraggiato gli Stati del Golfo di Guinea, l'ECOWAS, l'ECCAS e la GGC, a sviluppare e implementare centri di coordinamento per la sicurezza marittima trans-regionale e trans-nazionale che coprano l'intera regione del Golfo di Guinea, basati su iniziative esistenti, quali quelle sotto l'egida dell'Organizzazione Marittima Internazionale. La stessa risoluzione, inoltre, ha invitato i partner internazionali dei paesi del Golfo a fornire il loro contributo per realizzare quanto richiesto dal Consiglio di Sicurezza.

8. *La situazione in Libia. Estensione e modifica del mandato UNSMIL.* – Il 12 marzo, il Consiglio di Sicurezza ha approvato la sua quinta risoluzione sulla Libia (2040), proposta congiuntamente da Russia e Regno Unito. La risoluzione, approvata col voto unanime dei Quindici, estende l'autorizzazione alla Missione di Supporto delle Nazioni Unite in Libia (UNSMIL) per un ulteriore anno.

Al contempo, è stato modificato il mandato della Missione stessa, conseguentemente alla modifica del sistema sanzionatorio imposto al paese africano all'inizio della guerra civile; è stato deciso, inoltre, che il mandato della UNSMIL è suscettibile di revisione ogni sei mesi.

Da questo momento in poi la UNSMIL dovrà assistere le autorità libiche nel definire le priorità e realizzare i bisogni primari della popolazione civile, prestando assistenza strategica e tecnica; così come dovrà sostenere gli sforzi della Libia nel gestire la transizione del Paese verso una democrazia compiuta, promuovere lo stato di diritto, garantire la tutela dei diritti dell'uomo, ripristinare la sicurezza pubblica, contrastare la diffusione illegale di armi, promuovere la riconciliazione nazionale e, infine, garantire piena assistenza a un processo elettorale libero e giusto⁸.

In merito al sistema sanzionatorio, il Consiglio pur continuando a mantenere in piedi l'embargo all'importazione ed esportazione di armi così come originariamente stabilito con le risoluzioni 1970(2011) e 1973(2011), ciò nondimeno ha deciso di revocare l'ampia autorizzazione concessa agli Stati membri di condurre attività ispettive sui convogli sanzionati, assegnando tali compiti in via esclusiva al Panel di Esperti creato a supporto del Comitato per le Sanzioni.

9. *La situazione in Medio Oriente. Autorizzazione all'invio in Siria di una squadra pilota per il monitoraggio del cessate il fuoco; creazione della Missione di Supervisione delle Nazioni Unite in Siria.* – Nel mese di aprile il Consiglio di Sicurezza ha adottato due risoluzioni riguardanti la Siria.

⁸ Prendendo la parola dopo l'approvazione della risoluzione, il rappresentante del Governo di Tripoli ha applaudito l'estensione dei compiti della UNSMIL, ritenuta essenziale per aiutare il Paese a raggiungere in tempi brevi una condizione di prosperità in un contesto istituzionale e giuridico pienamente democratico.

Con la risoluzione 2042, adottata all'unanimità⁹ il 14 aprile, ha deciso di autorizzare l'invio in Siria di una squadra pilota per il monitoraggio del cessate il fuoco, dopo aver ancora una volta invitato il Governo di Damasco a cessare ogni attività bellica (segnatamente mediante l'utilizzo di armi di distruzione di massa) che metta in pericolo le vite della popolazione civile. La squadra, composta da trenta osservatori civili privi di dotazioni militari, dovrà entrare in contatto con le parti in Siria e «riferire sull'attuazione di una completa cessazione delle violenze armate in tutte le sue forme e da tutte le parti» in base al piano sul cessate il fuoco predisposto da Kofi Annan, inviato speciale congiunto delle Nazioni Unite e della Lega Araba¹⁰. Il documento chiede alle parti di «garantire l'incolumità della missione e di altro personale delle Nazioni Unite senza che vi sia pregiudizio alla libertà di movimento e di accesso». Il testo sottolinea altresì che le autorità siriane hanno la prima responsabilità della tutela del personale Onu e della sua libertà di movimento¹¹.

Con la successiva risoluzione 2043, adottata sempre all'unanimità il 21 aprile, il Consiglio, richiamando le sue Dichiarazioni presidenziali del 3 agosto 2011, del 21 marzo 2012 e del 5 aprile 2012, e richiamando altresì tutte le pertinenti risoluzioni dell'Assemblea Generale preliminarmente ha preso atto con soddisfazione dell'impegno assunto dal Governo siriano il 25 marzo 2012 a dare attuazione alla proposta in sei punti dell'Inviato speciale congiunto delle Nazioni Unite e della Lega Araba e ad adempiere urgentemente e visibilmente ai propri impegni, come ha convenuto nella sua comunicazione all'inviato del 1° aprile 2012, (a) mettendo fine ai movimenti di truppe verso i centri abitati; (b) mettendo fine a qualsiasi uso di armamenti pesanti in tali centri; (c) dando inizio al ritiro delle

⁹ È la prima volta dall'inizio della crisi siriana che Russia e Cina hanno dato il loro assenso al varo di una risoluzione di tal genere, al termine di difficili trattative.

¹⁰ La proposta in sei punti dell'Inviato Speciale Congiunto di Nazioni Unite e Lega degli Stati Arabi è la seguente: (1) impegnarsi a collaborare con l'Inviato in un processo politico inclusivo guidato da siriani, che risponda alle legittime aspirazioni e preoccupazioni del popolo siriano e, a tale scopo, nominare un interlocutore autorizzato, qualora l'Inviato lo richiedesse; (2) impegnarsi a porre fine agli scontri e a raggiungere, sotto il controllo delle Nazioni Unite, una rapida ed efficace cessazione della violenza in ogni sua forma, per garantire l'incolumità dei cittadini e stabilizzare il Paese. A tal fine, il Governo siriano dovrebbe interrompere immediatamente i movimenti di truppe, nonché l'uso di armi pesanti, nei centri abitati; dovrebbe inoltre iniziare il ritiro delle forze armate stanziate in tali centri e nelle zone circostanti. Allo stesso tempo il Governo siriano dovrebbe collaborare con l'Inviato al fine di garantire una cessazione duratura della violenza armata da parte di tutte le fazioni coinvolte, con il monitoraggio di un meccanismo efficace di vigilanza ONU. L'impegno all'interruzione degli scontri verrà chiesto anche all'opposizione e alle altre parti, che dovranno collaborare con l'Inviato al fine di mantenere la cessazione duratura della violenza in ogni sua forma, con il monitoraggio di un efficace meccanismo di vigilanza ONU; (3) garantire puntuale sostegno umanitario alle zone interessate dal conflitto e, a tal fine, come passi immediati, accettare e attuare da subito una tregua umanitaria giornaliera di due ore, le cui modalità e orari verranno concordati dettagliatamente e rispettati anche a livello locale; (4) aumentare il ritmo e il numero dei rilasci di persone detenute arbitrariamente, in particolare di quelle che appartengono a categorie vulnerabili e di individui impegnati in attività politiche pacifiche; fornire al più presto, utilizzando i canali preposti, una lista di tutti i luoghi in cui tali persone sono detenute; da subito predisporre l'accesso a tali luoghi e, attraverso canali appropriati, rispondere prontamente ad ogni richiesta scritta di informazioni, contatti o rilascio di suddetti individui; (5) garantire libertà di movimento in tutto il paese ai giornalisti, che godranno di una politica non discriminatoria per il rilascio dei visti; (6) rispettare la libertà di associazione e il diritto di dimostrare pacificamente come previsto dalla legge.

¹¹ Dopo la votazione, l'ambasciatore britannico, Mark Lyall Grant ha sottolineato come oltre 10.000 persone siano finora state uccise, altrettante arrestate e 45.000 altre siano fuggite dal Paese. «Per oltre un anno, il regime siriano ha assassinato, ha torturato ed arrestato persone innocenti», ha aggiunto. Per il diplomatico russo Vitaly Churkin «è essenziale che tutte le parti rapidamente si astengano dalla violenza ed avvino colloqui per un processo politico su ampie basi».

concentrazioni militari presenti nei centri abitati e intorno ad essi, ed ad adempiere a tali impegni nella loro interezza entro e non oltre il 10 aprile 2012. Hanno preso nota, inoltre, della valutazione dell'Inviato, secondo cui, al 12 aprile 2012, le parti sembravano osservare il cessate il fuoco e il Governo siriano aveva iniziato ad adempiere ai suoi impegni.

Sul piano operativo, invece, i Quindici hanno riaffermato il loro pieno sostegno alla proposta in sei punti dell'Inviato Kofi Annan e invocato l'urgente, completa e immediata applicazione di tutti gli elementi di tale proposta, mirante a mettere fine immediatamente ad ogni violenza e violazione dei diritti umani, garantendo l'accesso umanitario e facilitando una transizione politica a guida siriana che conduca ad un sistema politico democratico e plurale, in cui i cittadini siano uguali indipendentemente dalle loro affiliazioni, appartenenze etniche o credenze, transizione comprendente l'avvio di un dialogo politico complessivo fra il Governo siriano e l'intero spettro dell'opposizione politica. In tale prospettiva, il Governo siriano è stato invitato ad adempiere visibilmente ai suoi impegni nella loro interezza, alle condizioni di cui alla richiamata comunicazione del 1° aprile 2012.

Dopo aver sottolineato l'importanza del ritiro di tutte le forze ed armamenti pesanti del Governo siriano dai centri abitati alle loro caserme per facilitare una durevole cessazione della violenza e invitato tutte le parti in Siria, compresa l'opposizione, a mettere fine immediatamente ad ogni violenza armata in tutte le sue forme, il Consiglio, con la risoluzione in commento, ha espresso la sua intenzione di istituire immediatamente, previa consultazione fra il Segretario Generale delle Nazioni Unite e il Governo siriano, una *Missione di supervisione delle Nazioni Unite in Siria* (UNSMIS), col compito di verificare (*to monitor*) la cessazione della violenza armata in tutte le sue forme da parte di tutti e gli aspetti rilevanti della proposta in sei punti dell'inviato, sulla base di una proposta formale del Segretario Generale, che il Consiglio di Sicurezza ha chiesto di ricevere entro il 18 aprile 2012. Al contempo, il Governo siriano è stato invitato ad assicurare l'effettiva operatività della missione, compresa la sua delegazione avanzata: facilitando il sollecito e incontrastato dispiegamento del personale e delle risorse ad essa necessarie per adempiere al suo mandato; garantendo la sua piena, incontrastata e immediata libertà di movimento e di accesso come necessario per adempiere al suo mandato; consentendo senza ostacoli le sue comunicazioni; e consentendo ad essa di comunicare liberamente e riservatamente con individui in tutta la Siria senza ritorsioni contro chiunque per effetto dell'interazione con la missione¹². Le parti sono state invitate a garantire la sicurezza della delegazione avanzata senza pregiudizio per la sua libertà di movimento e di accesso; la responsabilità primaria in questo senso spetta alle autorità siriane, che difatti sono state sollecitate a consentire al personale umanitario pieno, immediato e incontrastato accesso a tutte le popolazioni bisognose di assistenza, in conformità al diritto internazionale e ai principi guida dell'assistenza umanitaria. Tutte le parti coinvolte, in particolare le autorità siriane, sono state invitate a cooperare fattivamente con le Nazioni Unite e le organizzazioni umanitarie rilevanti per facilitare la prestazione di assistenza umanitaria.

¹² Operativamente, il dispiegamento della missione sarà preceduto, come anticipato nella precedente risoluzione 2042(2012), dall'invio di una delegazione avanzata composta da 30 osservatori militari non armati per stabilire i rapporti con le parti e iniziare a riferire sull'attuazione di una piena cessazione della violenza armata in tutte le sue forme da parte di tutti.

10. *Invito al Sudan e al Sudan del Sud a cessare le ostilità.* – Il 2 maggio, i Quindici Stati membri del Consiglio di Sicurezza hanno approvato all'unanimità la risoluzione 2046, con la quale, agendo ai sensi del capitolo VII della Carta, hanno chiesto al Sudan e al Sudan del Sud di cessare immediatamente gli scontri armati, di ritirare le proprie truppe riportandole all'interno dei confini dei rispettivi paesi e di ripristinare i negoziati di pace.

Secondo quanto riportato nella risoluzione, il Consiglio ha condannato le continue violenze oltre confine, tra cui lo stanziamento delle forze armate, la conquista e occupazione dell'area petrolifera di Heglig, nonché le azioni finalizzate a far cadere il Governo del Sudan o quello del Sud Sudan da parte di qualsiasi organizzazione armata. Il Consiglio ha chiesto ai due Paesi di porre subito fine alle ostilità compresi i bombardamenti, e di dare garanzie in merito al Presidente dell'Unione Africana e a quello del Consiglio di Sicurezza entro 48 ore dall'approvazione del documento. Inoltre, il Consiglio chiede alle due parti di ritirare gli eserciti, senza condizioni, riportandoli all'interno dei rispettivi Paesi, come da accordi precedenti.

Al contempo, la risoluzione ha invitato anche il Segretario Generale dell'ONU a comunicare nei prossimi quindici giorni lo stato di applicazione dei contenuti della risoluzione da parte dei due Paesi e a continuare a far rapporto al Consiglio ogni due settimane. Qualora una delle due parti violasse le disposizioni operative del documento, il Consiglio attuerà, secondo la Carta dell'ONU, le appropriate misure aggiuntive¹³.

11. *Presa di posizione sul colpo di stato in Guinea Bissau.* – Il 18 maggio il Consiglio di sicurezza viene riunito per adottare le necessarie decisioni in seguito al colpo di Stato verificatosi in Guinea Bissau il 12 Aprile, allorché i capi delle forze armate hanno rovesciato il governo legittimo del Paese.

Con la risoluzione 2048, adottata all'unanimità ai sensi dell'art. 41 della Carta, i Quindici hanno deplorato aspramente il colpo di Stato e il rifiuto dei leaders delle forze armate di ripristinare la legittima autorità del Paese. La sanzione applicata per tale grave atto è l'imposizione di sanzioni mirate contro costoro, la cui applicazione sarà garantita da un comitato di monitoraggio predisposto dal Segretario Generale. Il sistema sanzionatorio approvato con la risoluzione in commento è costituito dal divieto di transito, con eccezione delle ragioni di tipo umanitario, giudiziale e riconciliatorio, sul capo delle forze armate Antonio Injai e sugli altri membri del cosiddetto "Comando militare" che ha estromesso il Capo del Governo legittimo Carlos Gomes Junior¹⁴.

Con la stessa risoluzione i Quindici hanno chiesto al Comando militare di adottare ogni misura per restaurare e rispettare l'ordine costituzionale violato, reintegrando le autorità legittime al potere e assicurando il rientro dei militari nelle

¹³ Come è noto, secondo l'art. 41 della Carta, al Consiglio è permesso utilizzare metodi non armati per applicare le proprie risoluzioni. Questi metodi comprendono la sospensione parziale o completa dei rapporti economici, del trasporto ferroviario, marittimo, e aereo, e delle poste e delle telecomunicazioni e l'interruzione delle relazioni diplomatiche con i due Paesi. Ciò significa che il Consiglio sta avvertendo le due parti che, in caso di una mancata realizzazione del cessate il fuoco o di una efficace soluzione degli scontri, i due Paesi potrebbero affrontare sanzioni da parte dell'intera Comunità internazionale.

¹⁴ I nominativi delle persone colpite dall'embargo, specificate nell'allegato alla risoluzione, sono: generale António Injai; maggiore generale Mamadu Ture; generale Estêvão Na Mena; brigadiere generale Ibraima Camara; tenente colonnello Daba Nualna.

caserme, al fine di far completare il processo elettorale interrotto dal colpo di stato. A tal fine, le organizzazioni regionali, tra cui l'ECOWAS, l'Unione Africana e la Comunità degli Stati di lingua portoghese, sono state invitate, in cooperazione con le Nazioni Unite, a mediare il processo di restaurazione dell'ordine costituzionale.

La situazione viene tenuta sotto stretta osservazione da parte del Consiglio di Sicurezza, il quale ha riservato ogni ulteriore più incisiva azione contro gli autori e i responsabili del colpo di stato.

12. La situazione nello Yemen: il Consiglio di Sicurezza minaccia di ricorrere ad azioni ai sensi dell'art. 41 della Carta. – A seguito delle elezioni presidenziali tenutesi nel febbraio 2012 e l'allontanamento di Saleh dal Palazzo Presidenziale, il Consiglio di Sicurezza, nella seduta del 12 giugno, ha adottato all'unanimità la risoluzione 2051, con la quale ha chiesto preliminarmente la cessazione di qualsiasi azione volta a destabilizzare il Governo yemenita di unità nazionale e la transizione politica, consistenti, in particolare, in attacchi contro i giacimenti di petrolio e di gas e contro le infrastrutture elettriche; di ogni interferenza nella ricostruzione delle forze armate e di sicurezza e ostruzionismo nell'attuazione dei decreti presidenziali. In caso di mancata ottemperanza alla richiesta di cui sopra, i Quindici si sono dichiarati pronti a prendere in considerazione il ricorso a misure ancora più incisive, tra cui quelle ai sensi dell'art. 41, in caso di mancata ottemperanza a quanto disposto con la risoluzione in commento.

Per attuare la seconda fase dell'Accordo di Transizione raggiunto lo scorso anno dal Consiglio di Cooperazione del Golfo, sostenuto dalle Nazioni Unite, il Consiglio ha posto i seguenti obiettivi: 1) ricercare la creazione di un completo ed onnicomprensivo processo di dialogo nazionale, volto a bilanciare e comporre le differenti forze in gioco e principalmente scongiurare il rischio crescente di una partizione del Paese tra le regioni del Nord e del Sud, e trovare altresì una soluzione al decennale conflitto con gli Houti lungo il confine settentrionale con l'Arabia Saudita; 2) iniziare un processo di riconciliazione nazionale attraverso meccanismi di giustizia di transizione; e 3) supportare le riforme costituzionali ed elettorali che dovrebbero condurre alle elezioni generali entro febbraio 2014.

ANTONIO CONVERTI

CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Attività della Corte nel 2012

1. *Premessa. Questione «palestinese» e prime ratifiche degli emendamenti allo Statuto di Roma.* – Nel corso del 2012 il Procuratore della Corte Penale Internazionale, oltre alle indagini già avviate in relazione alle situazioni dei crimini consumati in Costa d'Avorio, Libia, Kenya, Repubblica Centrafricana, Repubblica democratica del Congo, Sudan e Uganda, ha iniziato a investigare gli illeciti commessi in Mali dal gennaio 2012, su impulso del Governo maliano¹. Prosegue poi l'esame delle informazioni ricevute in ordine alle situazioni in Afghanistan, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Nigeria, Repubblica di Corea, senza però che alcuna decisione circa l'opportunità di aprire formalmente un'indagine sia stata presa².

Infine, il 3 aprile 2012 la Procura si è finalmente pronunciata sul problema se la dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte presentata il 22 gennaio 2009 dall'Autorità nazionale palestinese, in conformità all'art. 12, par. 3, dello Statuto di Roma, fosse ammissibile. Essa si è dichiarata incompetente a decidere se la Palestina possa essere qualificata come «a State which is not a Party to the Statute» allo scopo di legittimare l'esercizio della giurisdizione della Corte in applicazione dell'art. 12, par. 3. In proposito, la Procura ha precisato che lo Statuto «provides no authority for [it] to adopt a method to define the term “State” under article 12(3)», concludendo di non poter agire in esecuzione della dichiarazione palestinese. La predetta decisione spetterebbe invece allo «United Nations Secretary-General», il quale «in case of doubt, will defer to the guidance of General Assembly», nonché alla «Assembly of States Parties».

La Procura ha poi aperto a una ripresa della sua attività sulla situazione palestinese, condizionandola all'eventuale determinazione della statualità della Palestina da parte appunto dell'ONU o dell'ASP, o all'iniziativa del Consiglio di Sicurezza, in base all'art. 13, lett. b), dello Statuto³.

I provvedimenti della Corte, così come i rapporti annuali all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e i comunicati stampa, sono pubblicati nel sito *web* della stessa, all'indirizzo www.icc-cpi.int/Menus/ICC. Sulla Corte in generale, v. di recente SCHABAS, *The International Criminal Court. Struggling to Find Its Way*, in CASSESE (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, 250 ss.

¹ Presidency, Decision Assigning the Situation in the Republic of Mali to Pre-Trial Chamber II, 19 luglio 2012, ICC-01/12-1-Anx. Il *referral* del Mali risale al giorno prima.

² Cfr. *Report of the International Criminal Court to the United Nations for 2011/12* del 14 agosto 2012, UN Doc. A/67/308, paragrafi 71-87.

³ *Situation in Palestine* del 3 aprile 2012, paragrafi 5-6, 8. Per alcuni approfondimenti, v. SPAGNOLO, *La posizione del Procuratore della Corte Penale Internazionale nei confronti della dichiarazione dell'Autorità nazionale palestinese di voler accettare la giurisdizione della Corte*, in questa *Rivista*, 2012, 613 ss.

La delibera lascia non poco perplessi, poiché né gli indicati organi dell'ONU né il Consiglio di Sicurezza sembrerebbero disporre, nel caso di specie, dei poteri che la Procura riconosce loro⁴. La recente attribuzione alla Palestina dello *status* di Stato osservatore presso le Nazioni Unite⁵, poi, non sembra alterare in modo significativo il quadro giuridico (semmai incidendo piuttosto su quello politico) in cui potrebbe (e dovrebbe) collocarsi una prossima pronuncia della Procura (e, se del caso, delle Camere) sul punto, dato che il carattere statale dell'entità richiedente, a nostro avviso, non costituisce necessariamente un parametro cui informare la valutazione di ammissibilità presupposta dall'art. 12, par. 3, dello Statuto⁶.

I principali sviluppi processuali hanno riguardato invece l'adozione della prima sentenza di colpevolezza, nei confronti di Thomas Lubanga Dyilo, l'assoluzione di Mathieu Ngudjolo Chui e la definizione dei principi suscettibili di guidare la Corte nell'adozione dei provvedimenti aventi ad oggetto la riparazione dei danni subiti dalle vittime dei crimini ricadenti nella sua giurisdizione (in relazione alla situazione nella Repubblica democratica del Congo); il rigetto della richiesta di sospensione dei procedimenti a carico di Abdallah Banda e Jerbo Jamus (in relazione alla situazione in Sudan); la convalida delle accuse ascritte a quattro dei sei individui sospettati dei reati perpetrati in Kenya; la decisione di respingere l'istanza di scarcerazione condizionale per motivi di salute proposta da Laurent Gbagbo e di confermare la giurisdizione della Corte sulle violenze successive alla tornata elettorale del 2010 (in relazione alla situazione in Costa d'Avorio); l'autorizzazione concessa alla Libia di rinviare la consegna di Saif Al-Islam Gheddafi, in pendenza di una decisione sull'eccezione di irricevibilità del caso. Inoltre, sono stati emessi quattro nuovi mandati di arresto; mentre dodici indiziati restano ancora latitanti.

Quanto all'attività diplomatica, non si registrano novità di particolare rilievo. Dal 14 al 21 novembre 2012 si è svolta all'Aja l'undicesima sessione ordinaria dell'Assemblea degli Stati parti, conclusasi con l'approvazione di otto risoluzioni, segnatamente, in materia di bilancio preventivo per l'anno 2013⁷, emendamenti al Regolamento di procedura e prova⁸, sede permanente della Corte⁹, meccanismo di vigilanza indipendente¹⁰, cooperazione degli Stati con la Corte¹¹, complementarità¹², riparazione dei danni sofferti dalle vittime dei crimini¹³. Tra queste spicca senz'altro l'ultima, in cui l'Assemblea ha evidenziato l'esigenza che la Corte continui a stabilire principi coerenti applicabili alle varie forme di riparazione, conformemente all'art. 75, par. 1, dello Statuto. L'Assemblea inoltre ha approvato una raccomandazione riguardo all'elezione del nuovo Cancelliere¹⁴.

⁴ Sul punto, sia consentito rinviare a CIMIOTTA, *Corte Penale Internazionale e accettazione della giurisdizione da parte della Palestina: incompetenza o subalternità al Consiglio di sicurezza?*, in *DUDI*, 2012, 685 ss.

⁵ Cfr. UN Doc. A/RES/67/19 del 4 dicembre 2012.

⁶ Per una posizione in parte diversa v. MANCINI, *Conseguenze giuridiche dell'attribuzione alla Palestina dello status di Stato osservatore presso le Nazioni Unite*, in *RDI*, 2013, 100 ss., 115-117.

⁷ ICC-ASP/11/Res.1.

⁸ ICC-ASP/11/Res.2.

⁹ ICC-ASP/11/Res.3.

¹⁰ ICC-ASP/11/Res.4.

¹¹ ICC-ASP/11/Res.5.

¹² ICC-ASP/11/Res.6.

¹³ ICC-ASP/11/Res.7.

¹⁴ ICC-ASP/11/Rec.1.

È degno di nota invece che tre Stati parti – Liechtenstein, Samoa, Trinidad e Tobago – abbiano ratificato gli emendamenti allo Statuto di Roma concernenti la definizione del crimine di aggressione e la determinazione delle condizioni per l'esercizio della giurisdizione della Corte su di esso (nonché, nel caso degli ultimi due Stati, alcune modifiche all'art. 8 dello Statuto)¹⁵, adottati in occasione della prima Conferenza di revisione dello Statuto, che si è tenuta in Uganda nel giugno 2010¹⁶. L'entrata in vigore degli emendamenti è subordinata alla ratifica da parte di almeno trenta Stati e a una decisione che potrà essere presa in proposito dall'Assemblea degli Stati parti, a maggioranza dei due terzi dei suoi membri, non prima del 1° gennaio 2017.

Infine, va ancora segnalato che il 9 marzo e il 15 giugno 2012 hanno preso servizio rispettivamente i giudici¹⁷ e il Procuratore¹⁸ eletti dall'Assemblea degli Stati parti durante la decima sessione ordinaria e che, in seguito al deposito dello strumento di adesione del Guatemala (2 aprile), il numero degli Stati contraenti lo Statuto di Roma è salito a 121¹⁹.

2. *Situazione nella Repubblica democratica del Congo: adozione della prima sentenza di condanna, nei confronti di Thomas Lubanga Dyilo*²⁰. – Nell'aprile 2004 il Governo della Repubblica democratica del Congo (d'ora in avanti, RDC) ha sottoposto al Procuratore la situazione dei gravi illeciti perpetrati sul proprio territorio a partire dal 1° luglio 2002. Finora la Corte ha rinviato a giudizio Thomas Lubanga Dyilo, Mathieu Ngudjolo Chui e Germain Katanga. Il primo è stato condannato; il secondo assolto e scarcerato; il terzo è ancora in attesa di giudizio. Ad altre tre persone sono stati destinati altrettanti mandati di arresto: Bosco Ntaganda e Sylvestre Mudacumura (entrambi latitanti), Callixte Mbarushimana (prima arrestato e posto in stato di custodia cautelare, poi rimesso in libertà).

Il 14 marzo 2012, la Trial Chamber I, con l'opinione dissidente della giudice Elizabeth Odio Benito, ha riconosciuto Lubanga Dyilo colpevole, in qualità di *co-*

¹⁵ Cfr. *Crime of Aggression: First Ratification of the Amendments*, Press release del 9 maggio 2012; *Samoa Ratifies Amendments on the Crime of Aggression and Article 8*, Press release del 27 settembre 2012; *Trinidad and Tobago Ratifies Amendments to the Rome Statute on the Crime of Aggression and Article 8*, Press release del 15 novembre 2012.

¹⁶ Su cui v., per una sintesi, CIMIOTTA, *Corte Penale Internazionale. Attività della Corte nel 2010*, in questa *Rivista*, 2011, 145 ss., 146-147.

¹⁷ Cfr. *Five ICC Judges Sworn in Today at a Ceremony Held at the Seat of the Court*, Press release del 9 marzo 2012.

¹⁸ Cfr. *Ceremony for the Solemn Undertaking of the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda*, Press release del 15 giugno 2012.

¹⁹ Il 13 gennaio 2012 la Corte ha stipulato un accordo per l'attuazione delle sentenze di condanna con il Mali, primo Stato africano ad avervi provveduto (cfr. *Mali Becomes First African State to Sign an Agreement on the Enforcement of Sentences with the ICC*, Press release del 20 gennaio 2012). Da sottolineare inoltre che, dopo anni di attesa, il 4 dicembre 2012 il Parlamento della Repubblica italiana ha finalmente approvato la legge di attuazione dello Statuto di Roma, preposta però esclusivamente alla disciplina della collaborazione con la Corte e dell'esecuzione dei suoi provvedimenti. Ancora privo di adattamento risulta invece il comparto normativo di carattere penalistico. In particolare, com'è noto, l'ordinamento italiano ignora molte delle fattispecie criminose ricadenti nella giurisdizione della Corte, con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano della legittimazione di quest'ultima ad attivarsi nei riguardi di condotte poste in essere sul territorio o da cittadini italiani.

²⁰ Thomas Lubanga Dyilo, il primo imputato davanti alla Corte, è stato fondatore e Presidente della *Union des patriotes congolais* (UPC), nonché Comandante in capo delle *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC).

perpetrator ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto, della coscrizione e dell'arruolamento di bambini di età inferiore ai quindici anni in gruppi armati e del loro utilizzo attivo nelle ostilità, nel quadro del conflitto armato interno combattuto nella regione dell'Ituri dal 1° settembre 2002 al 13 agosto 2003, in violazione del art. 8, par. 2, lett. e), n. vii), dello Statuto²¹.

I giudici hanno ritenuto che le prove fornite dalla Procura avessero dimostrato al di là di ogni ragionevole dubbio che il contributo di Lubanga, Presidente dell'UPC/FPLC, fosse stato essenziale per il piano comune concordato e realizzato assieme ad altri correi al fine di costituire un esercito in grado di garantire all'UPC/FPLC il controllo politico e militare dell'Ituri, piano che è risultato nella coscrizione e nell'arruolamento di bambini di età inferiore ai quindici anni e nel loro coinvolgimento attivo nei combattimenti: «a consequence which occurred in the ordinary course of events», conclusione questa che «satisfies the common-plan requirement under Article 25(3)(a)»²². Riguardo alla nozione di piano comune, i giudici hanno osservato che non è necessario «to prove that the plan was specifically directed at committing the crime in question [...], nor does the plan need to have been intrinsically criminal», essendo al contrario sufficiente che la sua esecuzione «embodied a sufficient risk that, if events follow the ordinary course, a crime will be committed»²³. Il contributo dell'imputato, secondo il collegio, «must be essential»²⁴. I giudici hanno così concluso che «the accused's function within the hierarchy of the UPC/FPLC, along with his involvement in planning military operations and his key role in providing logistical support [...] resulted in his role being essential within the UPC/FPLC»²⁵ e che egli pertanto «made an essential contribution to the common plan for the purposes of Article 25(3)(a)»²⁶.

Inoltre, essi hanno modificato la qualificazione giuridica dei fatti contestati dalla Procura dopo aver rilevato che il conflitto armato nell'ambito del quale si verificarono gli atti criminali addebitati a Lubanga non aveva natura internazionale, pur coesistendo, all'interno del territorio congolese, con conflitti di varia natura, cui presero parte diversi gruppi armati e diversi Stati²⁷.

L'esistenza del conflitto è stata accertata seguendo la prassi di altri tribunali internazionali, in particolare del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia²⁸. Quanto al concetto di conflitto armato interno, il collegio, richiamando la previsione normativa di cui all'art. 8, par. 2, lett. f), dello Statuto, ha notato che esso presuppone soltanto «the existence of a “protracted” conflict between “organised armed groups”», non anche i più rigorosi requisiti previsti dal secondo Protocollo addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (per cui, «the armed groups need to “exercise such control over a part of [the] territory as to

²¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 marzo 2012, ICC-01/04-01/06-2842. Per una panoramica d'insieme, v. AMBOS, *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, in *ICLR*, 2012, 115 ss.

²² *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, cit., par. 1136.

²³ *Ibidem*, par. 984.

²⁴ *Ibidem*, par. 999.

²⁵ *Ibidem*, par. 1222.

²⁶ *Ibidem*, par. 1272.

²⁷ *Ibidem*, paragrafi 523-567.

²⁸ *Ibidem*, paragrafi 531-533.

enable them to carry out sustained and concerted military operations”); e «the organised armed groups [are] “under responsible command”»), ritenendo sufficiente che i gruppi in causa presentino un «sufficient degree of organisation, in order to enable them to carry out protracted armed violence»²⁹. Tale elemento è suscettibile di essere ricostruito a partire da una serie di fattori elencati dai giudici in via meramente esemplificativa³⁰.

Quanto poi all'intensità del conflitto, il collegio ha precisato che essa «is relevant for the purpose of determining whether an armed conflict that is not of an international character existed, because under Article 8(2)(f) the violence must be more than sporadic or isolated», aderendo nuovamente alla prassi del Tribunale per la ex Jugoslavia, secondo cui, da un lato, «the intensity of the conflict should be used solely as a way to distinguish an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities»³¹, dall'altro, «depending on the particular actors involved, conflicts taking place on a single territory at the same time may be of a different nature», dunque «international and non-international conflicts may coexist»³².

Di conseguenza, occorre verificare «whether the criminal acts under consideration were committed as part of an international or a non-international conflict»³³. In proposito, secondo i giudici, per determinare se nella regione dell'Ituri l'UPC/FPLC avesse partecipato a un conflitto armato internazionale, «the relevant inquiry is whether between September 2002 and 13 August 2003, the UPC/FPLC were used as agents or “proxies” for fighting between two or more states (namely Uganda, Rwanda, or the DRC)»³⁴.

Ebbene, quanto al ruolo della RDC, «the limited support provided by the Congolese government [...] is insufficient to establish the DRC government's overall control over these armed groups»³⁵. Quanto al Ruanda, «there is ample evidence it provided support to the UPC/FPLC», ad esempio «suppl[ing] uniforms and weapons [and] provid[ing] training»³⁶. Quanto infine all'Uganda, «there is evidence of Ugandan support for UPC/FPLC troops in the form of training and providing weapons»³⁷. Nonostante il coinvolgimento del Ruanda e dell'Uganda, i giudici hanno tuttavia riscontrato «insufficient evidence to establish [...] that either Rwanda or Uganda exercised overall control over the UPC/FPLC»³⁸, concludendo che il conflitto a cui quest'ultimo ha preso parte tra il settembre 2002 e l'agosto 2003 consisteva in «protracted violence carried out by multiple non-state armed groups»³⁹. Pertanto, si trattava di un «non-international conflict»⁴⁰.

Passando ai tre reati sottostanti («conscripting, enlisting children under the age of 15 or using them to participate actively in hostilities»), il collegio ha registrato

²⁹ *Ibidem*, paragrafi 534-536.

³⁰ *Ibidem*, par. 537.

³¹ *Ibidem*, par. 538.

³² *Ibidem*, par. 540.

³³ *Ibidem*, par. 551.

³⁴ *Ibidem*, par. 552.

³⁵ *Ibidem*, par. 553.

³⁶ *Ibidem*, par. 554.

³⁷ *Ibidem*, par. 558.

³⁸ *Ibidem*, par. 561.

³⁹ *Ibidem*, par. 563.

⁴⁰ *Ibidem*.

l'inesistenza di una loro definizione all'interno dello Statuto, del Regolamento di procedura e prova e degli Elementi dei crimini, procedendo quindi alla ricostruzione della medesima in applicazione degli articoli 21 e 22 dello Statuto⁴¹. Aderendo all'orientamento della Corte Speciale per la Sierra Leone, i giudici hanno fatto notare che «conscription and enlistment are both forms of recruitment, in that they refer to the incorporation of a boy or a girl under the age of 15 into an armed group, whether coercively (conscription) or voluntarily (enlistment)», e che «prohibition against voluntary enrolment [...] is proscribed by Article 8»⁴².

Riguardo al consenso prestato all'arruolamento da parte dei minori di quindici anni di età, la Camera ha osservato che questi ultimi «will be unable to give genuine and informed consent when enlisting»⁴³, con il risultato che esso «does not provide an accused with a valid defence»⁴⁴.

Venendo alla terza condotta, e in particolare al problema se un eventuale ruolo indiretto del bambino possa implicare la sua partecipazione attiva alle ostilità, la Camera ha affermato che «[t]he decisive factor [...] is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target»⁴⁵.

Il ragionamento seguito dai giudici è stato criticato da vari punti di vista, per le ragioni, talora condivisibili, che non è consentito ripercorrere e analizzare in questa sede. In particolare, si pensi ai problemi legati alla portata del reclutamento dei bambini soldato⁴⁶, al contenuto della responsabilità penale individuale⁴⁷, alla natura del conflitto armato⁴⁸ e alla valutazione del materiale probatorio⁴⁹. Assai criticabile poi, oltre all'indifferenza della Corte verso altri reati altrettanto efferati pure attribuibili all'imputato (quali ad esempio quelli a sfondo sessuale), è l'eccessiva durata del procedimento, che ha subito varie interruzioni, tendenzialmente inappropriate⁵⁰: Lubanga, si ricordi, è stato tradotto presso le strutture detentive della Corte il 16 marzo 2006 e rinviato a giudizio il 29 gennaio 2007. Da segnalare, infine, come si ricava agevolmente dalla ricostruzione che precede, la sostanziale adesione della Corte Penale Internazionale al noto orientamento del Tribunale per la ex Jugoslavia sulla nozione di controllo statale di gruppi belligeranti ai fini della qualificazione del conflitto armato in cui questi sono coinvolti, come interno o internazionale, e della conseguente individuazione delle norme di diritto umanitario applicabili alle condotte poste in essere nel corso del medesimo.

Tra il 18 aprile e il 28 maggio 2012 le parti e i legali rappresentanti delle vittime hanno presentato le proprie osservazioni in merito alla commisurazione della pena e alla riparazione dei danni. Il 10 luglio poi la Trial Chamber I, a maggioranza,

⁴¹ *Ibidem*, par. 600.

⁴² *Ibidem*, par. 607.

⁴³ *Ibidem*, par. 613.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 617.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 628.

⁴⁶ GRAF, *The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment*, in *JICJ*, 2012, 945 ss.; RAGNI, *La condanna di Lubanga Dyilo: la questione della caratterizzazione dei crimini*, in *DUDI*, 2012, 569 ss., 573 ss.

⁴⁷ WIRTH, *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, in *JICJ*, 2012, 971 ss.

⁴⁸ RAGNI, *op. cit.*, 571 ss.

⁴⁹ ROBERTS, *The Lubanga Trial Chamber's Assessment of Evidence in Light of the Accused's Right to the Presumption of Innocence*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 923 ss.

⁵⁰ CIMIOTTA, *Corte Penale Internazionale. Attività della Corte nel 2008 e nel 2009*, in questa *Rivista*, 2010, 137 ss., 138 ss.; ID., *Corte Penale Internazionale. Attività della Corte nel 2010*, cit., 148 ss.

ha condannato Lubanga a 14 anni di reclusione, deducendo il periodo già trascorso in stato di detenzione, in applicazione dell'art. 78, par. 2, dello Statuto⁵¹.

I giudici hanno preso in considerazione la gravità dei crimini; l'entità dei danni provocati alle vittime e alle loro famiglie; la natura del comportamento illecito e i mezzi impiegati per realizzarlo; il grado di partecipazione e di intenzionalità della persona condannata; le circostanze di modo, tempo e luogo; le condizioni individuali del condannato⁵². Inoltre, essi hanno tenuto conto di altri fattori, come circostanze attenuanti, quali la collaborazione di Lubanga con la Corte e il suo atteggiamento durante l'intero processo⁵³.

Infine, il 7 agosto la Corte per la prima volta ha stabilito i principi e le procedure applicabili alla riparazione dei danni in favore delle vittime, agendo in base all'art. 75, par. 1, dello Statuto⁵⁴. La Trial Chamber I ha dichiarato che le riparazioni possono essere accordate a vittime dirette e indirette che abbiano sofferto danni o perdite in conseguenza dei reati di cui l'imputato è stato riconosciuto colpevole, compresi i familiari delle prime, e chiunque sia intervenuto in soccorso delle vittime o per prevenire la consumazione dei crimini⁵⁵. I principi evidenziano l'esigenza che le riparazioni siano attuate senza alcuna discriminazione. Inoltre, le relative misure devono essere adottate prendendo in considerazione l'età delle vittime e le violenze sessuali che abbiano eventualmente subito, oltre alla necessità di riconciliare i bambini soldato con le loro famiglie e le loro comunità⁵⁶. Alcuni principi sono stati specificamente dedicati alla posizione in cui versano le vittime di violenze a sfondo sessuale⁵⁷ e i bambini soldato⁵⁸. La Camera ha deciso che nel caso *Lubanga* l'indennizzo concesso a titolo di riparazione debba essere versato tramite il Fondo di garanzia di cui all'art. 79 dello Statuto, nei limiti delle risorse disponibili. I giudici hanno sottolineato che, affinché tale indennizzo abbia effetto, gli Stati – compresa la RDC – devono cooperare, e il Fondo ha bisogno di ricevere contributi sufficienti. Lubanga è stato riconosciuto indigente: nessun bene o patrimonio che possa essere destinato a fini riparatori è stato identificato⁵⁹. Egli chiaramente è libero di presentare le proprie scuse alle vittime⁶⁰. È stato poi osservato che la sentenza di condanna costituisce una forma di riparazione simbolica. Altre modalità di riparazione possono comprendere: campagne per migliorare la posizione delle vittime; rilascio di certificati che documentino il danno provato; programmi

⁵¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 luglio 2012, ICC-01/04-01/06-2901.

⁵² *Ibidem*, par. 36 ss.

⁵³ *Ibidem*, par. 82 ss.

⁵⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations, 7 agosto 2012, ICC-01/04-01/06-2904. Per alcuni approfondimenti, v. CATANI, *Victims at the International Criminal Court: Some Lessons Learned from the Lubanga Case*, in *Jou. Int. Crim. Just.*, 2012, 905 ss.; SPIGA, *No Redress without Justice: Victims and International Criminal Law*, ivi, 1377 ss.

⁵⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations, cit., par. 194 ss.

⁵⁶ *Ibidem*, par. 187 ss.

⁵⁷ *Ibidem*, par. 207 ss.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 210 ss.

⁵⁹ *Ibidem*, par. 269 ss.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 241.

divulgativi, promozionali ed educativi, diretti a ridurre la stigmatizzazione e la marginalizzazione delle vittime⁶¹.

Così facendo, la Camera, pur avendo di fatto indicato la strada per risolvere alcuni problemi (su tutti, ad esempio, se per «order» ai sensi dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 75 possa intendersi la «decision» di cui al par. 1; se i «principles relating to reparations» indicati dall'art. 75, par. 1, debbano essere stabiliti caso per caso o in via generale e astratta; se la Corte, nell'esercizio dei poteri conferiti dall'art. 75, possa determinare, oltre alle forme di riparazione e alla natura, portata ed entità del danno risarcibile, anche il contenuto del nesso di causalità tra l'illecito e il pregiudizio), ne ha evidentemente lasciati aperti altri, quali quelli legati all'operatività del principio di complementarità in sede civile, all'esecuzione delle ordinanze di riparazione all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati parti e alla nozione di riabilitazione, la quale presenta non poche contraddizioni se fatta oggetto di provvedimenti indirizzati ai privati.

2.1. Segue: *separazione delle accuse mosse ai danni di Ngudjolo Chui da quelle formalizzate nei confronti di Germain Katanga e assoluzione del primo*⁶². – Alla fine del 2011 la Corte, agendo in base agli articoli 64, 69 e 74 dello Statuto, ha ordinato la visita giudiziale di varie località dell'Ituri dove verosimilmente i crimini contestati ai due imputati furono perpetrati, allo scopo di comprovare alcune dichiarazioni testimoniali e raccogliere nuovi elementi probatori⁶³. La visita è stata la prima del suo genere mai intrapresa da una Camera della Corte (insieme alle parti e ai partecipanti al processo) e ha avuto luogo tra il 18 e il 19 gennaio 2012 nella città di Bogoro e dintorni.

Il 21 novembre 2012 la Trial Chamber II ha stralciato le accuse a carico di Ngudjolo Chui⁶⁴, assolvendolo in seguito da tutti i capi di imputazione per crimini di guerra e contro l'umanità commessi per mezzo di altre persone, in conformità all'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto, nel contesto del conflitto armato scoppiato in Ituri il 24 febbraio 2003, e ordinandone l'immediato rilascio⁶⁵. La sentenza è stata impugnata dal Procuratore. Il 20 dicembre, senza pregiudizio per la decisione sul

⁶¹ *Ibidem*, par. 237 ss. Per una breve disamina di quella che è stata definita una «trilogy of decisions», v. AMANN, *Prosecutor v. Lubanga. Case No. ICC-01/04-01/06. Judgment, Decision on Sentence, Decision on Reparations*, in *AJIL*, 2012, 809 ss.

⁶² Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, i cui procedimenti sono stati riuniti il 10 marzo 2008, sono stati, rispettivamente, Comandante in capo della *Force de résistance patriotique en Ituri* e leader del *Front des nationalistes et intégrationnistes* nella Repubblica democratica del Congo. La Procura ha chiuso l'istruttoria l'8 dicembre 2010. L'istruttoria di Katanga si è conclusa il 12 luglio 2011; quella di Ngudjolo Chui l'11 novembre 2011. La fase della presentazione delle prove è formalmente terminata il 7 febbraio 2012. In seguito, la Procura, i collegi difensivi e i legali rappresentanti delle vittime hanno presentato le proprie memorie conclusive. I giudici hanno ascoltato le conclusioni orali tra il 15 e il 23 maggio 2012. Complessivamente, 366 vittime sono state autorizzate a partecipare al processo. Cfr. UN Doc. A/67/308, cit., paragrafi 13-15.

⁶³ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Decision on a Judicial Site Visit to the Democratic Republic of the Congo, 18 novembre 2011, ICC-01/04-01/07-3203; Decision on the Judicial Site Visit to the Democratic Republic of the Congo, 1° dicembre 2011, ICC-01/04-01/07-3213.

⁶⁴ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges against the Accused Persons, 21 novembre 2012, ICC-01/04-01/07-3319.

⁶⁵ *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 dicembre 2012, ICC-01/04-02/12-3.

merito dell'impugnazione, la Camera d'appello ha respinto l'istanza della Procura tesa a sospendere gli effetti dell'ordine di scarcerazione⁶⁶. Il giorno seguente Ngudjolo Chui è stato rimesso in libertà.

2.2. *Segue: rigetto del ricorso avverso l'archiviazione delle accuse a carico di Callixte Mbarushimana.* – Il 30 maggio 2012 la Camera d'appello ha respinto il ricorso proposto dalla Procura contro la decisione della Pre-Trial Chamber I di archiviare le accuse a carico dell'indiziato, evidenziando, riguardo al potere di valutare le prove in sede di convalida dei capi di imputazione, che, nell'effettuare la determinazione di cui all'art. 61 dello Statuto, la Camera preliminare può prendere in considerazione le ambiguità, le incongruenze e le contraddizioni delle medesime, nonché ogni dubbio concernente l'affidabilità dei testi. Inoltre, i giudici hanno statuito, quanto al problema se agli effetti dell'art. 25, par. 3, lett. d), dello Statuto il contributo fornito dalla persona sospettata debba essere «significant», che l'errore di diritto lamentato dalla Procura «did not materially affect the Pre-Trial Chamber's decision». Infine, essi hanno ricordato che il Procuratore è libero di avanzare una nuova richiesta di convalida delle accuse, sempreché egli adduca prove aggiuntive⁶⁷.

2.3. *Segue: secondo mandato di arresto nei confronti di Bosco Ntaganda.* – Il 13 luglio 2012 la Pre-Trial Chamber II ha spiccato un nuovo mandato di arresto (il primo risale al 28 aprile 2008)⁶⁸ ai danni di Bosco Ntaganda (vertice militare delle *Forces patriotiques pour la libération du Congo*) per i crimini contro l'umanità (omicidio, persecuzione, stupro e schiavitù sessuale) e i crimini di guerra (omicidio, attacchi contro la popolazione civile, saccheggio, stupro e schiavitù sessuale) di cui si sarebbe macchiato nell'ambito del conflitto armato che ha avuto luogo nella regione dell'Ituri dal 1° settembre 2002 alla fine del settembre 2003⁶⁹.

2.4. *Segue: mandato di arresto nei riguardi di Sylvestre Mudacumura.* – Il 13 luglio 2012 la Pre-Trial Chamber II ha emanato un ordine di cattura nei confronti di Sylvestre Mudacumura (Comandante supremo delle *Forces démocratiques pour la libération du Rwanda*), presunto responsabile, in base all'art. 25, par. 3, lett. b), dello Statuto, di crimini di guerra (omicidio, mutilazione, trattamenti inumani, tortura, violazione della dignità personale, attacchi contro la popolazione civile, saccheggio, stupro e distruzione di beni) nella regione del Kivu tra il 20 gennaio 2009 e la fine del settembre 2010⁷⁰.

3. *Situazione in Sudan: mandato di arresto nei confronti di Abdel Raheem Muhammad Hussein e rigetto della richiesta di sospendere il processo a carico di*

⁶⁶ *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, Decision on the Request of the Prosecutor of 19 December 2012 for Suspensive Effect, 20 dicembre 2012, ICC-01/04-02/12-12.

⁶⁷ *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 Entitled "Decision on the Confirmation of Charges", 30 maggio 2012, ICC-01/04-01/10-514.

⁶⁸ CIMIOTTA, *Corte Penale Internazionale. Attività della Corte nel 2008 e nel 2009*, cit., 144.

⁶⁹ *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, 13 luglio 2012, ICC-01/04-02/06-36-Red.

⁷⁰ *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, 13 luglio 2012, ICC-01/04-01/12-1-Red.

Abdallah Banda e Jerbo Jamus. – Com'è ampiamente noto, la situazione dei gravi illeciti consumati in Sudan (Darfur) è stata sottoposta al Procuratore dal Consiglio di Sicurezza tramite la risoluzione 1593, adottata il 31 marzo 2005 in base al capitolo VII della Carta dell'ONU e all'art. 13, lett. b), dello Statuto della Corte. Tutti i provvedimenti di natura coercitiva, emessi dall'aprile 2007 al luglio 2010, compresi quelli indirizzati agli alti vertici statali e dei miliziani, sono rimasti inattuati⁷¹.

Il 1° marzo 2012 la Pre-Trial Chamber I ha emanato un ordine di cattura nei confronti di Muhammad Hussein (Ministro della difesa sudanese ed ex Ministro degli affari interni, nonché Rappresentante speciale del Presidente del Sudan in Darfur) per crimini contro l'umanità (persecuzione, omicidio, trasferimento forzato, stupro, atti inumani, prigionia o altra grave privazione della libertà personale e tortura) e crimini di guerra (omicidio, attacchi contro la popolazione civile, distruzione di beni, stupro, saccheggio e violazione della dignità personale) perpetrati, come *indirect co-perpetrator* ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto, primariamente contro la popolazione Fur nel quadro della campagna controrivoluzionaria lanciata verso il *Sudanese Liberation Movement Army*, il *Justice and Equality Movement* e altri gruppi insurrezionali, tra l'agosto 2003 e il marzo 2004⁷². I giudici hanno valutato, tra l'altro, gli elementi di contesto e i reati sottostanti di cui agli articoli 7 e 8⁷³ dello Statuto, nonché alcuni aspetti della responsabilità penale personale⁷⁴, aderendo strettamente alla loro prassi precedente.

Il successivo 26 ottobre la Trial Chamber IV ha respinto l'istanza proposta dai colleghi difensivi di Abdallah Banda e Jerbo Jamus affinché i procedimenti a loro carico fossero temporaneamente sospesi, sul presupposto che le severe restrizioni alle indagini asseritamente imposte dal Governo di Khartoum non avrebbero reso impossibile la preparazione di una difesa adeguata⁷⁵.

Infine, il 25 maggio la Camera ha confermato la decisione della Cancelleria di designare dei rappresentanti comuni alle 89 vittime finora autorizzate a partecipare al processo⁷⁶.

⁷¹ *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Ahmad Harun, 27 aprile 2007, ICC-02/05-01/07-2; Warrant of Arrest for Ali Kushayb, 27 aprile 2007, ICC-02/05-01/07-3; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 marzo 2009, ICC-02/05-01/09-1; Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 12 luglio 2010, ICC-02/05-01/09-95; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, Summons to Appear for Bahar Idriss Abu Garda, 7 maggio 2009, ICC-02/05-02/09-1; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Pre-Trial Chamber I, Summons to Appear for Saleh Mohammed Jerbo Jamus, 15 giugno 2010, ICC-02/05-03/09-2; Summons to Appear for Abdallah Banda Abakaer Nourain, 15 giugno 2010, ICC-02/05-03/09-3.

⁷² *Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein, 1° marzo 2012, ICC-02/05-01/12-2; Public Redacted Version of "Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein", 1° marzo 2012, ICC-02/05-01/12-1-Red.

⁷³ *Ibidem*, par. 12 ss.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 20 ss.

⁷⁵ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings, 26 ottobre 2012, ICC-02/05-03/09-410.

⁷⁶ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, Decision on Common Legal Representation, 25 maggio 2012, ICC-02/05-03/09-337.

4. *Situazione in Kenya: convalida delle accuse a carico di William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang, Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta; archiviazione delle accuse rivolte a Henry Kiprono Kosgey e Mohamed Hussein Ali.* – Sulla situazione dei crimini consumati in Kenya durante la crisi post-elettorale del 2007-2008 la Procura ha aperto le indagini il 31 marzo 2010, su autorizzazione della Pre-Trial Chamber II, in attuazione dell'art. 15 dello Statuto.

In seguito, il 23 gennaio 2012, la Pre-Trial Chamber II, con l'opinione dissidente del giudice Hans-Peter Kaul, ha confermato i capi di imputazione formulati nei riguardi di Ruto (ex Ministro dell'istruzione, della scienza e della tecnologia), Sang (Capo delle operazioni a Nairobi), Muthaura (ex Direttore del servizio pubblico) e Kenyatta (vice Primo ministro e Ministro delle finanze), come *indirect co-perpetrators* ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto, per crimini contro l'umanità, quali omicidio, trasferimento forzato di popolazione e persecuzione (oltre a stupro e altri atti inumani, nei riguardi di Muthaura e Kenyatta), perpetrati in Kenya tra dicembre 2007 e gennaio 2008. Essa ha invece archiviato le accuse ascritte a Kosgey (Ministro dell'industrializzazione) e Ali (Direttore generale del servizio postale), rilevando inoltre, rispetto alla posizione di Sang, che non ricorressero motivi validi per considerarlo un *indirect co-perpetrator*, poiché il suo contributo alla consumazione dei reati «was not essential». Egli invece è stato accusato di aver altrimenti contribuito alla realizzazione degli stessi, in conformità all'art. 25, par. 3, lett. d), n. i), dello Statuto. Così, la Pre-Trial Chamber ha rinviato Ruto, Sang, Muthaura e Kenyatta davanti a una Camera di primo grado affinché siano giudicati sulla base delle accuse confermate, e ha dichiarato prive di efficacia le restrizioni imposte a Kosgey e Ali nei rispettivi ordini di comparizione⁷⁷.

Il 29 marzo la Presidenza ha costituito la Trial Chamber V, rimettendole i casi in esame⁷⁸. Il successivo 24 maggio la Camera d'appello ha respinto il ricorso della difesa avverso la conclusione raggiunta dalla Pre-Trial Chamber II, nella decisione sulla convalida delle accuse, secondo cui la Corte sarebbe competente a occuparsi dei predetti casi⁷⁹. L'apertura del dibattimento è in programma per l'11 aprile 2013⁸⁰.

⁷⁷ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 gennaio 2012, ICC-01/09-01/11-373; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 gennaio 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red.

⁷⁸ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Presidency, Decision Constituting Trial Chamber V and Referring to It the Case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, 29 marzo 2012, ICC-01/09-01/11-406; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Presidency, Decision Referring the Case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta to Trial Chamber V, 29 marzo 2012, ICC-01/09-02/11-414.

⁷⁹ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Appeals Chamber, Decision on the Appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2012 Entitled "Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", 24 maggio 2012, ICC-01/09-01/11-414; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Appeals Chamber, Decision on the Appeal of Mr Francis Kirimi Muthaura and Mr Uhuru Muigai Kenyatta against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2012 Entitled "Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome", 24 maggio 2012, ICC-01/09-02/11-425.

⁸⁰ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V, Decision on the Schedule Leading up to Trial, 9 luglio 2012, ICC-01/09-01/11-440; *Prosecutor v. Francis Kirimi*

Infine, va evidenziato che l'elezione di Kenyatta alla Presidenza del Kenya, intervenuta nel marzo 2013, potrebbe attribuire rilievo – sia nel processo davanti alla Corte sia nei rapporti tra questa e gli Stati tenuti, se richiesti, ad arrestare e consegnare gli individui imputati – alle immunità dalla giurisdizione penale straniera accordate dal diritto internazionale e dal diritto interno ai Capi di Stato in carica, problemi di cui il regime statutario si occupa rispettivamente agli articoli 27, par. 2, e 98, par. 1.

5. *Situazione in Costa d'Avorio: mandato di arresto nei confronti di Simone Gbagbo.* – Com'è noto, agendo in base all'art. 15 dello Statuto, il 3 ottobre 2011 la Pre-Trial Chamber III ha autorizzato la Procura ad aprire un'indagine sulla situazione dei crimini perpetrati in Costa d'Avorio durante le violenze divampate il 28 novembre 2010, successivamente alle elezioni presidenziali, oltre ai «continuing crimes» legati alla situazione in corso nel Paese. Il 22 febbraio 2012 l'autorizzazione è stata estesa in modo da ricomprendervi anche gli illeciti ricadenti nella giurisdizione della Corte commessi prima delle elezioni, tra il 19 settembre 2002 e il 28 novembre 2010⁸¹.

Il successivo 22 novembre la Pre-Trial Chamber III ha reso pubblico un ordine di cattura (adottato in via confidenziale il 29 febbraio) ai danni di Simone Gbagbo (moglie dell'ex Presidente della Costa d'Avorio) per i crimini contro l'umanità (omicidio, stupro e altre forme di violenza sessuale, persecuzione e altri atti inumani) di cui si sarebbe macchiata, come *indirect co-perpetrator* ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto, nell'ambito delle violenze post-elettorali che hanno avuto luogo nel territorio della Costa d'Avorio tra il 16 dicembre 2010 e il 12 aprile 2011⁸². I giudici hanno valutato gli elementi di contesto⁸³ e i reati sottostanti⁸⁴ previsti dall'art. 7 dello Statuto, nonché alcuni problemi inerenti alla responsabilità penale individuale⁸⁵, seguendo in sostanza la loro giurisprudenza precedente. L'accusata, si noti, è ancora latitante.

5.1. *Segue: rigetto della domanda di scarcerazione per motivi di salute presentata da Laurent Gbagbo e affermazione della giurisdizione della Corte sui reati perpetrati in Costa d'Avorio dal 2010*⁸⁶. – Il 26 ottobre 2012 la Camera d'appello ha respinto, con l'opinione dissidente dei giudici Erkki Kourula e Anita Ušacka, il ricorso proposto dalla difesa avverso la decisione con cui il 13 luglio 2012 la Pre-Trial Chamber I aveva rigettato la richiesta di scarcerazione per motivi

Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Trial Chamber V, Decision on the Schedule Leading up to Trial, 9 luglio 2012, ICC-01/09-02/11-451.

⁸¹ Pre-Trial Chamber III, Decision on the "Prosecution's Provision of Further Information Regarding Potentially Relevant Crimes Committed between 2002 and 2010", 22 febbraio 2012, ICC-02/11-36.

⁸² *Prosecutor v. Simone Gbagbo*, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, 29 febbraio 2012, ICC-02/11-01/12-1; Decision on the Prosecutor's Application pursuant to Article 58 for a Warrant of Arrest against Simone Gbagbo, 2 marzo 2012, ICC-02/11-01/12-2-Red.

⁸³ *Ibidem*, par. 20 ss.

⁸⁴ *Ibidem*, par. 23.

⁸⁵ *Ibidem*, par. 24 ss.

⁸⁶ Il 23 novembre 2011 la Pre-Trial Chamber III ha divulgato un mandato di arresto ai danni di Laurent Gbagbo, ex Capo di Stato ivoriano, per i crimini contro l'umanità di cui si sarebbe reso responsabile in Costa d'Avorio, come *indirect co-perpetrator* ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a), dello Statuto. Gbagbo è stato consegnato alla Corte il 30 novembre 2011 e ha fatto la sua prima comparizione il successivo 5 dicembre.

di salute⁸⁷. I giudici di gravame hanno affermato che tale decisione non era materialmente viziata da alcun errore, rilevando da un lato l'inesistenza di previsioni normative, nel regime preposto a governare il funzionamento della Corte, che depongano specificamente per il rilascio temporaneo o condizionale di un detenuto per motivi di salute e, dall'altro, che ragioni di carattere medico possono comunque giocare un ruolo in proposito sotto due profili. In primo luogo, le condizioni fisiche di un detenuto sono suscettibili di incidere sull'esistenza dei rischi indicati dall'art. 58, par. 1, lett. b), dello Statuto. In secondo luogo, esse possono indurre la Camera preliminare a concedere il rilascio condizionato⁸⁸. Qualora uno Stato si sia offerto di accogliere una persona detenuta e di dare attuazione alle restrizioni eventualmente stabilite, la Camera preliminare è chiamata a prendere in considerazione l'eventualità della liberazione condizionale. Tuttavia, qualora la Camera ritenga che nessuna condizione possa mitigare i predetti rischi, essa non è in alcun modo tenuta a valutare ulteriormente la proposta statale⁸⁹.

Il 2 novembre 2012 la Pre-Trial Chamber I ha constatato che Gbagbo è in grado di prendere parte al processo, ma che si rende necessario predisporre accorgimenti pratici, in consultazione con il collegio difensivo e la Cancelleria, quali ad esempio: sedute in aula abbreviate; strutture atte ad agevolare il riposo dell'imputato durante le pause; possibilità per Gbagbo di sottrarsi alla partecipazione alle udienze, in tutto o in parte, e seguirle, se crede, in collegamento video⁹⁰. La fase dedicata alla convalida delle accuse ha preso il via il 19 febbraio 2013⁹¹.

Infine, il 12 dicembre la Camera d'appello ha rigettato all'unanimità il ricorso proposto dal collegio difensivo contro la decisione della Pre-Trial Chamber I sulla giurisdizione della Corte. Quest'ultima infatti aveva respinto l'istanza presentata dall'indiziato, in conformità all'art. 19, par. 2, dello Statuto, allo scopo di ottenere una declaratoria di incompetenza della Corte in ordine al periodo post-elettorale successivo al 2010 e alle condotte all'origine del mandato di arresto e delle accuse formalizzate ai suoi danni. La difesa aveva fatto notare che la Costa d'Avorio, in qualità di Stato non parte dello Statuto, aveva accettato la giurisdizione della Corte esclusivamente in relazione ai fatti che avevano avuto luogo dal 1° luglio 2002 (data dell'entrata in vigore dello Statuto di Roma) al 18 aprile 2003 (data del deposito della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte). In alternativa, essa aveva domandato alla Pre-Trial Chamber di sospendere il procedimento, a causa delle pretese violazioni dei diritti fondamentali di Gbagbo durante la detenzione in Costa d'Avorio⁹².

⁸⁷ *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 13 July 2012 Entitled "Decision on the 'Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du Président Gbagbo'", 26 ottobre 2012, ICC-02/11-01/11-278-Red.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 2.

⁸⁹ *Ibidem*, par. 1.

⁹⁰ *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Fitness of Laurent Gbagbo to Take Part in the Proceedings before this Court, 2 novembre 2012, ICC-02/11-01/11-286-Red.

⁹¹ *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Date of the Confirmation of Charges Hearing and Proceedings Leading thereto, 14 dicembre 2012, ICC-02/11-01/11-325.

⁹² *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the "Corrigendum of the Challenge to the Jurisdiction of the International Criminal Court on the Basis of Articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute Filed by the Defence for President Gbagbo (ICC02/11-01/11-129)", 15 agosto 2012, ICC-02/11-01/11-212.

I giudici di gravame hanno rilevato che, salvo laddove espressamente indicato dalla dichiarazione di cui all'art. 12, par. 3, l'accettazione della giurisdizione non è circoscritta a determinati eventi o a una situazione specifica. Tale accettazione può anche coprire i delitti perpetrati successivamente al deposito della relativa dichiarazione. I giudici non hanno potuto evincere alcuna restrizione temporale dal testo della dichiarazione ivoriana del 2003. Essi inoltre hanno affermato che i motivi di impugnazione concernenti il rigetto della domanda di sospensione del procedimento da parte della Pre-Trial Chamber non avrebbero potuto essere loro sottoposti, dal momento che tale rigetto non equivaleva a una pronuncia in materia di giurisdizione, di conseguenza non avrebbe potuto essere impugnato in applicazione dell'art. 82, par. 1, lett. a), dello Statuto⁹³.

6. *Situazione in Libia: decisione di consentire il rinvio della consegna di Saif Al-Islam Gheddafi alla Corte in pendenza dell'esame dell'eccezione di inammissibilità del caso presentata dalla Libia.* – Com'è ampiamente noto il 26 febbraio 2011, agendo in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e all'art. 13, lett. b), dello Statuto di Roma, il Consiglio di Sicurezza ha riferito al Procuratore della Corte, attraverso la risoluzione 1970, la situazione dei gravi illeciti compiuti in Libia dal 15 febbraio 2011. Il 27 giugno la Pre-Trial Chamber I ha spiccato un ordine di cattura nei confronti di Muammar Gheddafi (Capo di Stato libico), Saif Al-Islam Gheddafi (Capo del Governo libico) e Abdullah Al-Senussi (capo dell'*intelligence* militare) per crimini contro l'umanità (omicidio e persecuzione). Secondo i giudici vi sarebbero ragionevoli motivi per ritenere che i tre indiziati abbiano concepito e contribuito ad attuare un piano diretto a reprimere con ogni mezzo le manifestazioni di protesta contro il regime di Tripoli, nell'ambito dell'attacco lanciato in modo esteso e sistematico, avvalendosi dell'apparato statale, in varie località del Paese, dal 15 fino almeno al 28 febbraio, ai danni dei dimostranti e di chiunque fosse percepito come dissidente politico, in violazione dell'art. 7, par. 1, lett. a) e h), dello Statuto, e siano quindi responsabili come *indirect co-perpetrators* (i primi due) e *indirect perpetrator* (il terzo), ai sensi dell'art. 25, par. 3, lett. a)⁹⁴.

Le autorità libiche, le parti contraenti lo Statuto, gli Stati confinanti con la Libia e i membri del Consiglio di Sicurezza che non sono parti dello Statuto sono stati richiesti di arrestare i sospettati, in caso di rifugio o transito nel loro territorio, e trasferirli presso il centro detentivo della Corte all'Aja. Il 22 novembre 2011 è stato formalmente chiuso il procedimento a carico di Muammar Gheddafi, a causa del suo decesso⁹⁵.

Il 1° maggio 2012 la Libia, agendo sulla base degli articoli 17 e 19 dello Statuto, ha eccepito l'inammissibilità del caso concernente Saif Al-Islam Gheddafi

⁹³ *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the Decision of Pre-Trial Chamber I on Jurisdiction and Stay of the Proceedings, 12 dicembre 2012, ICC-02/11-01/11-321.

⁹⁴ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the "Prosecutor's Application pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 giugno 2011, ICC-01/11-12.

⁹⁵ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, Decision to Terminate the Case against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, 22 novembre 2011, ICC-01/11-01/11-28.

(arrestato dalle autorità libiche il 19 novembre 2011), allo scopo di condurre in proprio le indagini e i processi nei confronti dei reati oggetto del mandato di arresto emanato dalla Corte⁹⁶. Il 1° giugno la Pre-Trial Chamber I ha deciso di consentire alla Libia di rimandare l'esecuzione della richiesta di consegnare Saif Al-Islam (ancorché fosse obbligata a collaborare con la Corte, in forza del par. 5 della risoluzione 1970 del Consiglio di Sicurezza), in conformità all'art. 95 dello Statuto, in attesa di una pronuncia sull'eccezione di irricevibilità del caso⁹⁷. La Camera ha giustamente osservato che «the arrest warrant remains valid [...] and accordingly Libya must ensure that all necessary measures are taken during the postponement in order to ensure the possibility of an immediate execution of the surrender request should the case be found admissible», ribadendo, assai significativamente, «Libya's continuing obligation to cooperate with the Court [...] [i]n particular [...] provid[ing] all required assistance in order to facilitate an expeditious determination of the admissibility challenge»⁹⁸. Viene da chiedersi se tale decisione non voglia sottintendere che, nonostante l'obbligatorietà della cooperazione con la Corte riposi esclusivamente sulla partecipazione della Libia alle Nazioni Unite, il par. 5 della risoluzione 1970 abbia comportato l'estensione in blocco alla medesima del regime statutario in materia, nei limiti, nelle forme e con le garanzie delineate dalla parte IX dello Statuto di Roma, così contribuendo ad attenuare i dubbi e le incertezze opportunamente evidenziate in proposito da una parte della dottrina.

Tuttavia, si noti, l'arresto nel giugno 2012 di alcuni membri del collegio difensivo di Saif Al-Islam, in visita presso la località dove il loro assistito era trattenuto in stato di custodia cautelare, con l'accusa di spionaggio e assistenza illecita, testimonia limpidamente la complessità dei problemi che la Corte incontra nell'ottenere la collaborazione che la Libia è tenuta a fornire in suo favore.

Infine, va ancora detto che nel marzo 2012 Abdullah Al-Senussi è stato arrestato in Mauritania. Una domanda di consegna è stata immediatamente rivolta a quest'ultima⁹⁹.

EMANUELE CIMIOTTA

⁹⁶ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 1° maggio 2012, ICC-01/11-01/11-130.

⁹⁷ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Article 95 of the Rome Statute, 1° giugno 2012, ICC-01/11-01/11-163.

⁹⁸ *Ibidem*, paragrafi 39-41.

⁹⁹ Cfr. UN Doc. A/67/308, cit., par. 43.

I COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Interventi*:

FRANCESCO MARIA DI MAJO – Segretario Generale ICIR.
MARCO DELLA SETA – Ministro Plenipotenziario. Vice Capo del Cerimoniale Diplomatico – Ministero degli Affari Esteri.
DANIELE G. SFREGOLA – Segretario di Legazione. Cerimoniale Diplomatico – Ministero degli Affari Esteri.

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

GIOVANNI CELLAMARE – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.
MARCO BENVENUTI – Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Roma “Sapienza”.
PIERLUIGI SALVATI – Dottore di ricerca in Ordine giuridico internazionale e protezione dei diritti individuali – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

ROSARIO SAPIENZA – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Catania.
ANNA MARIA DI LIETO – Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

Per la sezione *Note e Commenti*:

GIAN MARIA FARNELLI – Dottorando di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Verona.
CHIARA ALTAFIN – Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale – Istituto Universitario Europeo, Fiesole (FI).

Per la sezione *Attività delle Organizzazioni internazionali*:

DANIELE AMOROSO – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli “Federico II”.
ANTONIO CONVERTI – Docente di Diritto dell’Unione Europea – Università degli Studi di Teramo.
EMANUELE CIMIOTTA – Ricercatore di Diritto Internazionale – Università degli Studi di Roma “Sapienza”.

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato il Professor Ivan Ingravallo.

