



**Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino**

**A CURA DI
ANDREA SPAGNOLO E STEFANO SALUZZO**

**La responsabilità degli stati
e delle organizzazioni internazionali:
nuove fattispecie e problemi
di attribuzione e di accertamento**

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

4/2017

LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI
E DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI:

nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento

A CURA DI
ANDREA SPAGNOLO
STEFANO SALUZZO

Ledizioni

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

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia degli autori, sia dei curatori, sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a due esperti del tema trattato, designati dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. Entrambi i revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

© 2017 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy

www.ledizioni.it

info@ledizioni.it

La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento, a cura di Andrea Spagnolo e Stefano Saluzzo

Prima edizione: dicembre 2017

ISBN 9788867056651

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Indice

Premessa di <i>Andrea Spagnolo e Stefano Saluzzo</i>	13
PARTE PRIMA. La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla prova di nuovi scenari	17
SIMONE CARREA La disciplina dell'illecito internazionale alla prova dell'evoluzione tecnologica: il <i>cyber espionage</i>	19
MARCO LONGOBARDO L'obbligo di verificare l'obiettivo e le conseguenze di un attacco ai sensi del diritto internazionale umanitario e nuove forme di <i>intelligence</i> : profili di responsabilità internazionale	37
MARIO GERVASI Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico	61
GIULIA VICINI Illecito internazionale e diritto dei rifugiati: la responsabilità dei Paesi di origine e dei Paesi di asilo	89
GIORGIA BEVILACQUA Obblighi positivi degli Stati e ineffettività della tutela delle vittime di tratta di esseri umani	109

MAURO GATTI

L'obbligo di proteggere le persone dalle calamità nell'Unione europea 127

LORENZO GASBARRI

In difesa del Consiglio di sicurezza: violazioni dei diritti umani
e lotta al terrorismo 143

**PARTE SECONDA. L'attribuzione delle condotte in contesti
di interazione pubblico-privato e di cooperazione internazionale 163**

GIAN MARIA FARNELLI

Nuove tendenze in materia di attribuzione e responsabilità per l'illecito
internazionale derivante da violazione dei diritti umani durante
operazioni di contrasto alla violenza marittima da parte di privati 165

FEDERICA VIOLI

L'attribuzione della condotta dei c.d. '*sovereign investors*'.
Rilievi critici 185

MARIO VENTRONE

Responsabilità degli Stati per condotta delle organizzazioni
internazionali 207

FEDERICA FAVUZZA

Responsabilità per violazioni dei diritti umani derivanti dalla
cooperazione tra organizzazioni internazionali: spunti di
riflessione in materia di attribuzione 225

EUGENIO CARLI

L'illecito internazionale nella prassi delle missioni di Politica
di Sicurezza e Difesa Comune dell'Unione europea 249

VITO TODESCHINI

Il controllo sulle forze multinazionali nelle operazioni di pace: attribuzione della condotta e identificazione delle parti belligeranti 277

**PARTE TERZA. Accertamento dell'illecito internazionale,
standard probatori e istanze di riparazione 299**

ALBERTO MIGLIO

Autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e risoluzione delle controversie in materia di investimenti 301

GIULIA LANDI

Alla prova dei fatti. Tendenze interpretative e standard della prova per l'attribuzione allo stato di condotte individuali nella recente giurisprudenza delle corti internazionali 335

ALESSANDRO STIANO

Lo standard di prova nell'attribuzione degli attacchi informatici 357

ALESSANDRO BUFALINI

La riparazione per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario tra rinuncia dello Stato e diritto individuale 375

ELEONORA BRANCA

La dimensione nazionale dell'illecito internazionale: questioni di applicazione diretta della norma internazionale nei rapporti tra Stato ed individui 393

Elenco degli autori 415

ABBREVIAZIONI

AFDI: Annuaire français de droit international
AIDI : Annuaire de l'Institut de droit international
AFLR: Air Force Law Review
AI: Arbitration International
AJIL: American Journal of International Law
ATR: Anti-Trafficking Review
AUILR : American University International Law Review
AV: Archiv des Völkerrechts
BJIL: Berkeley Journal of International Law
BYIL: British Yearbook of International Law
CAAJ: Contemporary Asia Arbitration Journal
CBJ: Central Banking Journal
CDE: Cahiers de droit européenne
CI: La Comunità internazionale
CJICL: Cardozo Journal of International and Comparative Law
CJIL: Chinese Journal of International Law
CJTL: Columbia Journal of Transnational Law
CalLR: California Law Review
CLR: Connecticut Law Review
CMLR: Common Market Law Review
CS: Comunicazioni e studi
CYIL: Canadian Yearbook of International Law
DCI: Diritto del commercio internazionale
DEP: Deportate, esili e profughe
DIC: Diritto, immigrazione e cittadinanza
DJILP: Denver Journal of International Law and Policy
DP: Digesto Pubblico
DU: I diritti dell'uomo
DUDI: Diritti umani e diritto internazionale
DUE: Il diritto dell'Unione europea
ECLR: European Constitutional Law Review
EHRLR: European Human Rights Law Review
EJIL: European Journal of International Law
EJML: European Journal of Migration and Law
EP: European Papers
EPIL: Encyclopedia of Public International Law
EYHR: European Yearbook of Human Rights
EZW: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

FLR: Fordham Law Review
GImmLJ: Georgetown Immigration Law Journal
GLJ: German Law Journal
GJICL: Georgia Journal of International and Comparative Law
GYIL: German Yearbook of International Law
HICLR: Hastings International and Comparative Law Review
HILJ: Harvard International Law Journal
HJIL: Houston Journal of International Law
HJLT: Harvard Journal of Law & technology
HR&ILD: Human Rights and International Legal Discourse
HRQ: Human Rights Quarterly
HR: Humanitares Volkerrecht
ICLQ: International and Comparative Law Quarterly
IJGLS: Indiana Journal of Global Legal Studies
ILR: Israel Law Review
ILS: International Law Studies
IO: International Organization
IOLR: International Organizations Law Review
IRRC: International Review of the Red Cross
IYHR: Israel Yearbook on Human Rights
IYIL: Italian Yearbook of International Law
JCSL: Journal of Conflict and Security Law
JEEPL: Journal of European Environmental and Planning Law
JEL: Journal of Environmental Law
JIA: Journal of International Affairs
JI Arb: Journal of International Arbitration
JCSL: Journal of Conflict and Security Law
JICJ: Journal of International Criminal Justice
JMJTP: The John Marshall Journal of Information Technology and Privacy law
JML&C: Journal of Maritime Law & Commerce
JTLP: Journal of Transnational Law & Policy
JUSAWC: Journal of US Army War College
JWIT: Journal of World Investment and Trade
JWT: Journal of World Trade
LIEI: Legal Issues of Economic Integration
LJIL: Leiden Journal of International Law
MicJIL: Michigan Journal of International Law
MJECL: Maastricht Journal of European and Comparative Law
MJIL: Melbourne Journal of International Law
ML&LWR: Military Law & The Law of War Review
MPYUNL: Max Planck Yearbook of the United Nations Law

MS&SLJ: Maritime Safety & Security Law Journal
NavLR: Naval Law Review
NDLS: Notre Dame Law Scholarship
NILR: Netherlands International Law Review
NJIL: Nordic Journal of International Law
NLR: Naval Law Review
NYIL: Netherlands Yearbook of International Law
OC: Osservatorio Costituzionale
OF: Osservatorio sulle fonti
PDU: Pace e diritti umani
PLR: Pepperdine Law Review
PP : Perspective on Politics
QIL : Questions of International Law
RA : Rivista dell'arbitrato
RBDI: Revue Belge de Droit International
RCADI: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDI: Rivista di diritto internazionale
RECIEL: Review of European Community and International Environmental Law
RECILR: Review of European Community and International Law Review
RGDIP: Revue générale de droit international public
SCJIL : Santa Clara Journal of International Law
SELJ: Stanford Environmental Law Journal
SIE: Studi sull'integrazione europea
SLR: Stanford Law Review
SPP: Social Philosophy and Policy
TILJ: Texas International Law Journal
TLCP: Transnational Law and Contemporary Problems
TLQ: Temple Law Quarterly
ULR: Utrecht Law Review
VJIL: Virginia Journal of International Law
VJTL: Vanderbilt Journal of Transnational Law
YJIL: Yale Journal of International Law
YEL: Yearbook of European Law
YIEL: Yearbook of International Environmental Law
YIHL: Yearbook of International Humanitarian Law
YILC: Yearbook of the International Law Commission
YILP: Yearbook of International Law and Policy
ZÖR: Zeitschrift für öffentliches Recht

PREMESSA

di Stefano Saluzzo e Andrea Spagnolo**

Il presente volume raccoglie una serie di scritti sulla responsabilità internazionale. La scelta di puntare su questo tema nasce dalla seguente domanda: come si comportano le regole secondarie del diritto internazionale rispetto a una realtà giuridica e fattuale mutata rispetto a quella esistente al tempo della loro codificazione?

In generale, ci sembra ragionevole interrogarsi sulla capacità del diritto internazionale di cogliere le sfumature di una realtà in costante mutamento. Una realtà fatta di attacchi informatici, cambiamenti climatici, mezzi e metodi di sorveglianza di massa, fenomeni migratori globali. Una realtà che mette pressione non solo sugli Stati, ma anche sulle organizzazioni internazionali, il cui (presunto) ruolo di coordinamento non sempre viene accettato – talvolta nemmeno sollecitato – dagli Stati stessi.

In questo abbozzato quadro, è logico pensare all'esigenza di regolare materie nuove adattando a esse norme esistenti, oppure studiando l'elaborazione di regole originali. In ogni caso, indagando il contenuto e la natura degli obblighi che gravano sui soggetti che in un siffatto scenario si trovano a operare.

L'esistenza di nuovi – o rinnovati – obblighi rende urgente interrogarsi sulle regole che governano la definizione, l'attribuzione e l'accertamento della responsabilità per la loro violazione.

Queste considerazioni valgono anche a spiegare la struttura tripartita del presente volume.

La prima parte, intitolata “La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla prova di nuovi scenari”, ha prevalentemente ad oggetto la ricostruzione di norme primarie e dei connessi obblighi internazionali degli Stati nei contesti più problematici dell'attuale realtà internazionale. In particolare, gli autori dei vari contributi si sono concentrati sullo sviluppo delle nuove tecnologie e del cyberspazio e sulla complessità di fenomeni quali il cambiamento climatico, i grandi flussi migratori, i di-

* Università di Torino.

sastri naturali e il terrorismo internazionale. In tutti questi frangenti, essi hanno avuto come obiettivo quello di individuare obblighi internazionali per gli Stati che siano in grado di definire le regole applicabili a questi diversi ambiti, prendendo in considerazione l'emersione di nuove regole pattizie e consuetudinarie oppure verificando l'adattabilità di queste ultime ai fenomeni menzionati. Si tratta, in sostanza, della necessaria premessa logica per poter poi compiutamente analizzare le norme secondarie della responsabilità internazionale.

La seconda parte del volume, intitolata "L'attribuzione delle condotte in contesti di interazione pubblico-privato e di cooperazione internazionale", si concentra, invece, sull'elemento soggettivo dell'illecito. Vengono analizzate, in particolare, le difficoltà che si manifestano in materia di attribuzione quando si guardi a esperienze di gestione delle crisi internazionali attraverso forme di ibridazione tra pubblico e privato oppure di cooperazione tra più soggetti internazionali, da quelle più tradizionali tra Stati e organizzazioni internazionali a quelle che coinvolgono soltanto le seconde. Anche in questo caso, l'attenzione degli autori è incentrata sull'incidenza che gli sviluppi più recenti nella Comunità internazionale possono avere sulle regole della responsabilità internazionale degli Stati e delle organizzazioni internazionali, così come codificate nei Progetti del 2001 e del 2011 dalla Commissione di diritto internazionale.

La terza e ultima parte, dal titolo "Accertamento dell'illecito internazionale, standard probatori e istanze di riparazione", prende più specificamente in esame le conseguenze dell'illecito e l'accertamento della responsabilità internazionale, al fine di comprendere se i mezzi ordinari di reazione alla lesione di interessi individuali e collettivi e le eventuali forme di riparazione siano idonei a spiegare e a contestualizzare la prassi internazionale più recente. L'inserimento di tali riflessioni è sembrato tanto più opportuno in quanto funzionale a dare la misura della efficacia delle norme in materia di responsabilità internazionale nel regolamentare le conseguenze di illeciti di particolare gravità (come nel caso di violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario) o complessità (come avviene nell'ambito del cyberspazio). A questi profili si aggiungono poi quelli relativi alla risoluzione delle controversie e alle difficoltà per le corti e i tribunali internazionali nell'applicazione delle norme sulla responsabilità quando la commissione dell'illecito veda anche la partecipazione di attori non statali (individui od organizzazioni internazionali).

Gli autori dei contributi sono giovani studiosi delle materie internazionalistiche che hanno partecipato nel febbraio del 2016 al *call for papers* dell'Incontro di studio dal titolo "L'illecito internazionale tra nuove fatti-

specie, problemi di attribuzione e strumenti di controllo”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino e dalla Sezione Piemonte e Valle d’Aosta della SIOI (Società Italiana per l’Organizzazione Internazionale). Il presente volume è dunque composto da scritti che traggono ispirazione dalle relazioni presentate durante tale Incontro e dalle più meritevoli proposte di relazione che, per ragioni di tempo e di coerenza del programma, non sono state selezionate per essere presentate.

La scelta di non procedere con una semplice ‘raccolta di atti’ è stata pensata per includere quegli scritti che per ragioni estranee al loro valore scientifico non sono stati selezionati per l’Incontro di Torino, ma che abbiamo ritenuto essere idonei a stimolare riflessioni sul tema oggetto del volume.

Una siffatta scelta ci pare valorizzare non solo il felice esito di un momento di confronto scientifico, ma anche il percorso che ha portato alla redazione del *call for papers*, prima, all’Incontro di studio, poi, e, infine, alla costruzione di un’opera collettanea. Un percorso che, invero, parte da lontano, cioè dal primo Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche, tenutosi a Siena nel 2003. Lo spirito del volume è anche quello di dar continuità a un progetto che ha costituito e costituisce per molti (giovani) studiosi un fondamentale passaggio nel percorso di crescita accademica.

Non saremmo mai stati in grado di portare a termine la tappa torinese di questo progetto da soli. Vogliamo quindi ringraziare coloro i quali hanno supportato la realizzazione dell’Incontro, prima, e del presente volume, poi.

Tra i primi, siamo particolarmente grati al Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, diretto dalla Prof.ssa Laura Scomparin, e alla Sezione Piemonte e Valle d’Aosta della SIOI, presieduta dal Prof. Edoardo Greppi e diretta dal Prof. Alberto Oddenino, il cui infaticabile supporto è stato fondamentale in fase di costruzione del *call for papers*. Siamo molto grati anche al Prof. Francesco Costamagna, che ci ha costantemente consigliato e sostenuto.

La buona riuscita dell’Incontro la dobbiamo anche ai *discussants* che hanno deciso di commentare i *papers* presentati animando la discussione e fornendo preziosi consigli ai relatori; grazie, dunque, ai Professori Lorenzo Gradoni, Pietro Pustorino e Deborah Russo. Desideriamo anche ringraziare la Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell’Unione Europea, per il sostegno e le parole di sincero apprezzamento alla nostra iniziativa.

Il tema, il contenuto, il formato e l’organizzazione dell’Incontro, e la scelta dei *papers* sono stati frutto di lunghe conversazioni con i nostri colleghi (e ciononostante amici) torinesi: Elena Corcione, Alberto Miglio, Stefano Montaldo, Ludovica Poli e Francesca Varvello. Grazie, di cuore.

Il presente volume è in larga parte finanziato con i fondi del Dipartimento

di Giurisprudenza dell'Università di Torino, che dobbiamo ancora ringraziare. In particolare, siamo grati a Raffaella Galasso, per l'assistenza e la disponibilità e, di nuovo, al Prof. Costamagna.

Prima di ottenere il 'si stampi' tutti i capitoli del volume sono stati sottoposti a un processo di referaggio 'doppio-cieco'. Due revisori anonimi hanno avuto modo di leggere tutti i contributi e apprezzarne o criticarne i contenuti. Li ringraziamo, non solo per questo, ma anche per i suggerimenti di carattere generale e strutturale che ci hanno fatto pervenire al fine di migliorare l'opera.

Il progetto di un Incontro tra giovani studiosi e di un volume sulla responsabilità che da esso prenda le mosse si può sostenere solo se vi siano amici e colleghi volenterosi che decidano di presentare un *abstract*, preparare una relazione e, infine, scrivere un *paper*, per la cui pubblicazione hanno dovuto attendere diverso tempo.

Agli autori dei capitoli di questo volume noi dedichiamo il ringraziamento finale.

PARTE PRIMA

La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla prova di nuovi scenari

SIMONE CARREA

La disciplina dell'illecito internazionale alla prova dell'evoluzione tecnologica: il *cyber espionage*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo spionaggio 'tradizionale': definizione e cenni sul regime giuridico. – 3. Il *cyber espionage*: definizione e peculiarità. – 4. Il *cyber espionage* nel diritto internazionale: configurabilità di una norma primaria di divieto? – 5. L'elemento soggettivo dell'illecito: l'imputazione della condotta di *cyber espionage*. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Le origini dello spionaggio si confondono, per così dire, con quelle della stessa umanità, trovandosi riferimenti ad esso in alcuni dei più antichi testi conosciuti². Sebbene severamente punita nella maggior parte degli ordinamenti, tale attività è da sempre ampiamente praticata dagli Stati e ad essa è stata riconosciuta un'importante funzione non soltanto in contesti di ostilità (*wartime espionage*), ma anche in tempo di pace e nella prospettiva del mantenimento della sicurezza internazionale (*peacetime espionage*). Attraverso l'acquisizione di informazioni, ciascuno Stato può, infatti, trovare attendibili rassicurazioni circa l'adempimento, da parte degli altri Stati, delle obbligazioni reciprocamente assunte³.

2 Per fare solo alcuni esempi, riferimenti allo spionaggio si trovano già nella Bibbia, Giosuè 2:1 e nel celebre trattato di strategia militare, *L'arte della guerra*, attribuito al generale cinese Sun-Tzu tra il VI e il V secolo a.C.

3 D. BAKER, *Tolerance of International Espionage: A Functional Approach*, in *AUILR*,

In tempi più recenti si è, tuttavia, assistito a significative evoluzioni in questo ambito, anche per effetto del progresso tecnologico che ha enormemente potenziato la capacità degli Stati (e, come si vedrà *infra*, non solo di questi) di condurre attività di spionaggio. L'applicazione delle più moderne tecnologie ha, anzitutto, reso lo spionaggio maggiormente invasivo e, al contempo, meno controllabile. Basti pensare, da un lato, alla quantità di informazioni istantaneamente accessibili attraverso l'intrusione all'interno di un sistema informatico e, dall'altro lato, alla possibilità che tale intrusione possa essere realizzata a chilometri di distanza dal bersaglio dell'attività, con intuibili limiti per l'efficacia delle azioni di contrasto che quest'ultimo può porre in essere.

Le potenzialità delle nuove tecnologie (soprattutto informatiche) e la loro accessibilità hanno, inoltre, esteso la platea dei soggetti interessati a (ma anche da) attività di spionaggio. Per un verso, infatti – come recenti rivelazioni hanno mostrato⁴ – tali nuove tecnologie hanno consentito ad alcuni Stati l'adozione di programmi di sorveglianza massiva volti ad ottenere clandestinamente informazioni riguardanti non soltanto l'organizzazione politica, economica o sociale degli altri Stati⁵, ma anche dati concernenti singoli individui⁶. Per altro verso, non sono più soltanto gli Stati a dedicarsi ad attività di spionaggio, essendo sorti gruppi – più o meno organizzati – di individui in grado di condurre, grazie alle nuove tecnologie, attività di raccolta clandestina di informazioni perfettamente equiparabili a quelle realizzate dagli Stati.

È, dunque, evidente come, nei nostri giorni, lo spionaggio – pur conservando, nel tempo, il medesimo obiettivo consistente nella raccolta

2003, 1104.

4 Si fa riferimento, in particolare, alle rivelazioni di Edward Snowden, ex analista della CIA, concernenti le attività di raccolta massiva di dati condotte dalla National Security Agency USA (cfr. New York Times, 9.6.2013, *Ex Worker at C.I.A. Says He Leaked Data on Surveillance*) (www.nytimes.com/2013/06/10/us/former-cia-worker-says-he-leaked-surveillance-data.html).

5 È noto, ad esempio, che, nell'ambito dei citati programmi di sorveglianza, sono state per lungo tempo intercettate le comunicazioni del cancelliere tedesco Angela Merkel (www.spiegel.de/international/germany/cover-story-how-nsa-spied-on-merkel-cell-phone-from-berlin-embassy-a-930205.html). Analoghe contestazioni sono state mosse anche nei confronti dell'agenzia britannica GCHQ (Government Communications Headquarters), accusata di aver spiato la corrispondenza dei diplomatici stranieri partecipanti al G8 di Londra nel 2009 (www.theguardian.com/uk/2013/jun/16/gchq-intercepted-communications-g20-summits).

6 Il presidente brasiliano Dilma Rousseff, a seguito dell'emersione delle attività di sorveglianza condotte dagli USA, in occasione di un intervento tenuto in data 24 settembre 2013 nel corso della sessantottesima Assemblea Generale delle Nazioni Unite (gadebate.un.org/en/68/brazil), ha condannato le attività in questione e, in particolare, le loro implicazioni per i diritti fondamentali dei cittadini brasiliani.

clandestina di informazioni riservate – rappresenti, quanto alle modalità di suo svolgimento ed agli attori in esso coinvolti, un'attività sostanzialmente diversa da quella con riferimento alla quale si è formata la sua disciplina.

Sotto il profilo giuridico, si pone, anzitutto, l'esigenza di verificare se il regime normativo dello spionaggio sia adeguato alle attuali caratteristiche del fenomeno in esame, ovvero se al carattere maggiormente lesivo ed invasivo di tale attività sia corrisposto (o stia corrispondendo) un atteggiamento di minore tolleranza da parte degli Stati.

Il coinvolgimento di 'nuovi' soggetti ed interessi esclude, inoltre, che l'inquadramento giuridico dello spionaggio possa esaurirsi nelle (poche) regole che, in base al diritto internazionale generale, disciplinano i rapporti tra gli Stati. Sebbene non vi sia modo di trattare di detto profilo nella presente sede, si osserva come, in tal senso, particolare rilievo dovrebbe essere riconosciuto alla tutela dei diritti fondamentali (e, in particolare, al diritto alla riservatezza) degli individui interessati da programmi di sorveglianza massiva⁷.

Il presente contributo si propone di esplorare il regime giuridico delle attività di spionaggio realizzate attraverso strumenti informatici (*cyber espionage*), soffermandosi, in particolare, sugli aspetti ed i profili che presentano il maggior grado di problematicità nella prospettiva delle regole in materia di responsabilità internazionale degli Stati.

2. Lo spionaggio 'tradizionale': definizione e cenni sul regime giuridico

Sebbene i limiti del presente contributo non consentano una diffusa trattazione del regime giuridico dello spionaggio, l'individuazione degli specifici profili critici cui il *cyber espionage* dà luogo nella prospettiva della responsabilità internazionale degli Stati presuppone, anzitutto, un generale inquadramento del fenomeno.

A tal fine, è utile, in primo luogo, soffermarsi sulla definizione 'tradizionale' di spionaggio, che è stato efficacemente descritto come «*the consciously deceitful collection of information, ordered by a government or organization hostile to or suspicious of those the information concerns, accomplished by*

7 Per un'analisi delle principali questioni che si pongono sotto il profilo della compatibilità dei programmi in considerazione con gli strumenti internazionali in materia di diritti fondamentali (e, in particolare, con il diritto alla riservatezza sancito dall'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici concluso a New York il 16 dicembre 1966), si veda, in dottrina *ex plurimis*, P. MARGULIES, *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism*, in *FLR*, 2014, 2137 e ss.

humans unauthorized by the target to do the collecting»⁸. Il fenomeno in esame si caratterizza, sulla scorta di tale definizione, per (a) la natura non necessariamente pubblicistica dei soggetti che pongono in essere l'attività in questione (*a government or organization*) e di coloro che la subiscono (*those the information concerns*); (b) il carattere doloso ed intenzionale (*consciously*) di siffatta attività; (c) la sua natura clandestina (*deceitful*) e non autorizzata (*unauthorized by the target*); (d) l'ampiezza delle informazioni alla cui raccolta essa è strumentale, potendo queste rilevare non soltanto dal punto di vista militare, ma anche scientifico, economico e politico.

Pur trattandosi di un'attività dalle origini, come si è detto, antichissime, il regime giuridico dello spionaggio risulta caratterizzato da significative ambiguità e contraddizioni, che riguardano, anzitutto, il diverso trattamento che l'attività di spionaggio riceve nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati rispetto al regime per essa previsto nel diritto internazionale.

L'attività di spionaggio è, infatti, severamente punita dal diritto interno della maggior parte degli Stati⁹. Non è, per contro, possibile individuare con sicurezza un chiaro divieto dello spionaggio nell'ambito del diritto internazionale, il quale disciplina diversi profili rilevanti per l'attività in esame, senza, tuttavia, risolvere in modo netto la preliminare e fondamentale questione concernente la sua liceità, soprattutto in caso di *peacetime espionage*¹⁰. In particolare, il diritto internazionale generale (a) non sembra vietare *tout court* la raccolta clandestina di informazioni, che rappresenta – come si è visto – il fine ultimo dell'attività di spionaggio, ma (b) pare piuttosto interessarsi alle persone, i mezzi, gli spazi e, più in generale, le modalità attraverso cui tale attività viene di regola condotta, censurando, ad esempio, la violazione, da parte della spia, del territorio dello Stato-bersaglio.

Secondo siffatta impostazione – ampiamente condivisa in dottrina¹¹ – il

8 D.B. DEMAREST, *Espionage in international law*, in *DJILP*, 1996, 326.

9 Cfr., ad esempio, art. 257 del codice penale italiano o il Title 18, *Crimes and criminal procedure* § 794 dello U.S. Code.

10 Minori problematiche pone, invece, il *wartime espionage*, rispetto al quale è ampiamente sostenuta la tesi secondo cui esso non sarebbe contrario al diritto di guerra, sebbene lo stesso preveda un trattamento particolarmente rigoroso delle spie eventualmente catturate. In argomento, I. DELUPIS, *Foreign Warship and Immunity for Espionage*, in *AJIL*, 1984, 67.

11 Cfr. K. ZIOLKOWSKI, *Peacetime Cyber Espionage – New Tendencies in Public International Law*, in *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy* (a cura di K. Ziolkowski), Tallinn 2013, 431, secondo cui «the majority hold that peacetime espionage is neither legal nor illegal. Importantly, it must be noted that the examination of the (il)legality of espionage activities per se needs to be distinguished from the assessment of the (il)legality of actions adjunct to espionage, such as the unauthorised entrance into the sovereign territory of a State by a

diritto internazionale generale non si occuperebbe, dunque, di regolare lo spionaggio in sé e per sé considerato, il quale non sarebbe, quindi, né permesso, né vietato (*non liquet*), conservando, per così dire, anche sul piano del regime giuridico, il carattere sfuggente che tradizionalmente connota tale attività.

Questa conclusione – sulle cui motivazioni non vi è modo di soffermarsi con la dovuta ampiezza nella presente sede – trova (indiretta) conferma nelle argomentazioni proposte dagli interpreti (sia che sostengano la tesi della liceità che quella della illiceità dello spionaggio), oltre che nella rilevante prassi diplomatica ed internazionale formatasi nel corso degli anni.

Sotto il primo profilo, è, infatti, interessante considerare come la liceità – ovvero l'illiceità dello spionaggio – sia stata in molti casi sostenuta sulla base di valutazioni che concernono, in realtà, non già l'attività di raccolta clandestina di informazioni in sé e per sé considerata (che costituisce, come si è visto, il *proprium* dello spionaggio), bensì gli specifici atti (ad esempio l'invio di agenti o mezzi nel territorio dello Stato-bersaglio) attraverso i quali questa attività viene in concreto realizzata¹². Per converso, la liceità dello spionaggio è stata, tra l'altro, sostenuta in ragione del fatto che tale attività sarebbe consentita (o, quanto meno, non risulterebbe vietata) in determinati ambiti quali lo spazio extra-atmosferico o l'alto mare. In entrambi i casi, è, tuttavia, evidente che la liceità e l'illiceità devono intendersi riferite non già allo spionaggio di per sé, bensì alla natura ed alle caratteristiche dei singoli atti compiuti al fine di procedere alla raccolta di informazioni.

Ad analoghe conclusioni pare potersi pervenire anche per quanto concerne il secondo profilo ricordato, vale a dire la prassi diplomatica formatasi a seguito di incidenti che hanno portato all'emersione di attività di spionaggio condotte dagli Stati. A questo riguardo, si è, infatti, rilevato in dottrina che «*the usus on the inter-State level with regard to espionage [...] seems to be a 'policy of silence'. If any official statements are perceivable to the public at all, protest, mostly in cases of spying by diplomatic staff, and denial seem to be the 'most accepted ritual'*»¹³.

La conclusione che può trarsi dai preliminari rilievi che precedono è, dunque, che gli Stati non abbiano, ad oggi, inteso assumere una posizione netta rispetto alla liceità di un'attività che è risaputo essere sistematicamente condotta da tutti gli Stati, ma che nessuno di essi subisce di buon grado.

foreign agent».

12 Si veda, in argomento, Q. WRIGHT, *Espionage and the doctrine of non-intervention in domestic affairs*, in *Essays on Espionage and International Law* (a cura di R. Falk), Atene 1962, 12 e I. DELUPIS, *Foreign Warship cit.*, 62.

13 In questi termini, K. ZIOLKOWSKI, *Peacetime Cyber Espionage cit.*, p. 441, con riferimento a L.S. EDMONDSON, *Espionage in Transnational Law*, in *VJLT*, 1972, 445.

3. Il cyber espionage: definizione e peculiarità

Occorre, a questo punto, proporre una definizione di *cyber espionage* ed enucleare le peculiarità che denotano tale fenomeno rispetto allo spionaggio che si è definito ‘tradizionale’.

Il sintagma *cyber espionage* viene utilizzato, nella prassi e in dottrina, secondo (almeno) due diverse accezioni. La prima di esse – che può definirsi restrittiva – include l’attività di raccolta clandestina di informazioni realizzata, all’interno del territorio dello Stato-bersaglio, attraverso l’impiego di un sistema informatico. Tale è la nozione di *cyber espionage* accolta dalla *Rule 66* del Manuale di Tallinn¹⁴, il cui commentario specifica che «*the act must occur in territory controlled by a party to the conflict*» e «*it often consists of an individual masquerading as a legitimate user by employing that user’s permissions to access targeted systems and data*».

In una diversa e più estesa accezione – che il Manuale di Tallinn distingue nettamente dal *cyber espionage* impiegando per essa l’acronimo CNE (*Computer Network Exploitation*) ovvero il sintagma *cyber reconnaissance* ed escludendola dall’ambito applicativo delle regole ivi formulate – rientrano, invece, le attività di raccolta di informazioni che, oltre ad essere realizzate per il tramite di strumenti informatici, vengono condotte al di fuori del territorio dello Stato-bersaglio.

È evidente che la prima delle due nozioni poc’anzi considerate altro non è che una specificazione, sotto il profilo del ricorso allo strumento informatico, del tradizionale concetto di spionaggio, tanto è vero che, del tutto anacronisticamente, il par. (b) della *Rule 66* riproduce la regola – ripresa direttamente dagli artt. 29 e 31 della Convenzione dell’Aja del 1907 e dall’art. 46 del Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 – secondo cui un soggetto appartenente alle forze armate che abbia condotto attività di *cyber espionage* nel territorio controllato dal nemico perde il diritto

14 *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare: Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (a cura di M.N. Schmitt), Cambridge 2013. Esso è stato elaborato, a partire dal 2009, da un gruppo di esperti su invito della NATO e si propone di descrivere l’attuale regime di diritto internazionale delle attività cibernetiche qualificabili in termini di *cyber warfare*. È importante sottolineare come, con specifico riferimento al valore e all’autorità di tale documento, la stessa introduzione del Manuale precisi che «*it is essential to understand that the Tallinn Manual is not an official document, but is only the product of a group of independent experts acting solely in their personal capacity*». Né, del resto, il Manuale assume una posizione unanime e condivisa su tutte le questioni che prende in considerazione, dando atto, in molti casi, all’interno del commentario che accompagna ciascuna *Rule* di opinioni contrastanti in seno allo stesso gruppo di esperti.

to di essere considerato prigioniero di guerra, a meno che non si ricongiunga all'esercito di appartenenza prima della sua cattura.

È, per contro, soltanto la seconda accezione richiamata a valorizzare adeguatamente la principale peculiarità che caratterizza il *cyber espionage*, vale a dire possibilità di condurre l'attività di raccolta clandestina di informazioni senza necessità di accedere al territorio dello Stato-bersaglio.

Tale possibilità, infatti – resa possibile dall'evoluzione tecnologica che ha caratterizzato gli ultimi decenni – altera in modo decisivo le regole del 'gioco' che si sono descritte nell'ambito del precedente paragrafo, permettendo di procedere alla raccolta clandestina di informazioni (che si è visto non essere, di per sé, vietata dal diritto internazionale), senza necessità di compiere atti e attività rispetto ai quali lo Stato-bersaglio disponga di un potere di reazione o repressione, tanto dal punto di vista del diritto internazionale (attraverso, ad esempio, la contestazione della violazione del proprio territorio) che del diritto interno (attraverso la cattura e la punizione degli agenti in base alle proprie norme di diritto penale).

L'equilibrio che caratterizza il regime dello spionaggio che si è definito 'tradizionale' si fonda(va) – come si è visto – sul presupposto che, per procedere alla raccolta di informazioni, lo Stato interessato dovesse nella maggior parte dei casi inviare propri agenti o mezzi nel territorio dello Stato-bersaglio, incorrendo, in tal modo, nella violazione di una norma internazionale. E, proprio in tale prospettiva (e per meglio comprendere la logica di tale equilibrio), è particolarmente significativo che, da un lato, l'ingresso clandestino e non autorizzato nel territorio di uno Stato straniero sia vietato dal diritto internazionale mentre, dall'altro lato, nei casi in cui esso è autorizzato e conclamato, venga espressamente esclusa la possibilità che l'accesso sia finalizzato ad attività di raccolta clandestina di informazioni. Tra i molti esempi che si potrebbero proporre, pare emblematico il riferimento all'art. 19, par. 2, lett. c), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, il quale – nel limitare il diritto di *innocent passage* delle navi attraverso il mare territoriale – prevede espressamente che non possa essere considerato *innocente*, bensì pregiudizievole per la pace, l'ordine e la sicurezza dello Stato costiero qualsiasi atto mirato alla raccolta di informazioni suscettibili di pregiudicare la difesa o la sicurezza di tale Stato.

A ciò si aggiunga, poi, che, nell'ambito dello spionaggio 'tradizionale', gli agenti che conducono materialmente l'attività clandestina di raccolta di informazioni sono esposti alla cattura (ed alla punizione) da parte dello Stato-bersaglio, nell'ambito del cui territorio sono costretti a penetrare per svolgere il proprio compito.

Nessuna di tali limitazioni (e pericoli) si pone, per contro, nell'ambito del *cyber espionage* proprio in considerazione del fatto che siffatta attività

può essere realizzata ‘da remoto’ e senza necessità di violare (e al contempo rischiare di assoggettarsi a) la giurisdizione dello Stato-bersaglio. Da una parte, infatti, la raccolta di informazioni eseguita, a partire dal territorio dello Stato cui gli agenti appartengono, senza interferenza rispetto al territorio dello Stato-bersaglio, non pare *prima facie* (e salvo quanto si dirà *infra* nel paragrafo seguente) incorrere in alcuna violazione del diritto internazionale (potendo, invece, comunque integrare una violazione penalmente rilevante del diritto interno dello Stato-bersaglio). Dall’altra parte, le spie ‘di nuova generazione’, operando a migliaia di chilometri dal territorio dello Stato-bersaglio, non corrono alcun rischio di cattura, il che riduce drasticamente il potere di reazione e repressione di tale Stato¹⁵.

Per tutte tali ragioni, il *cyber espionage* sembra sconvolgere un assetto normativo il cui equilibrio – raggiunto nell’ambito di un contesto caratterizzato da un ben diverso livello di sviluppo tecnologico – si fondava sull’assunto secondo cui, per condurre attività di spionaggio, fosse per lo più necessario approssimarsi fisicamente al bersaglio e che non sembra, invece, in grado di adeguarsi agevolmente all’attuale dematerializzazione delle informazioni e dell’attività necessaria per la loro raccolta¹⁶, nonché al sostanziale ‘azzeramento’ delle distanze spaziali che si registra sul piano informatico.

15 La cattura della spia, nel caso del *cyber espionage*, richiede la cooperazione dello Stato da cui viene svolta l’attività ovvero la presenza fisica della spia nel territorio dello Stato-bersaglio. Trattasi, tuttavia, per evidenti ragioni, di condizioni difficilmente realizzabili. Alcune significative eccezioni hanno, da ultimo, riguardato alcuni *hacker* cinesi ricercati dagli Stati Uniti, i quali (in concomitanza con la visita del Presidente Xi Jinping a Washington) sono stati arrestati dalla Cina su indicazione degli USA (si veda Washington Post, 9.10.2015, *In a first, Chinese hackers are arrested at the behest of the U.S. government*). In particolare, gli *hacker* in questione sarebbero stati responsabili di spionaggio ai danni di società statunitensi, i cui segreti industriali sarebbero stati successivamente divulgati a imprese cinesi rivali. Il governo USA, al fine di misurare la serietà dell’impegno della Cina nella repressione del *cyber espionage* avrebbe – sempre secondo le citate fonti di stampa – consegnato alle autorità cinesi una lista di *hacker* ricercati insistendo per il loro arresto.

16 Traccia di tale inadeguatezza può rinvenirsi anche nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo, decisione del 29 giugno 2006, ricorso 54934/00, *Weber e Saravia c. Germania*. In proposito già M.S. McDUGAL, *The Intelligence Function and World Public Order*, in *TLQ*, 1973, 395 osservava che «*a further difficulty lies in the fact that the line between lawful intelligence gathering and espionage is thin, and may, in fact, be irreparably perforated by technological innovation*».

4. Il *cyber espionage* nel diritto internazionale: configurabilità di una norma primaria di divieto?

Il *cyber espionage* – oltre a risultare, come si è visto, più difficilmente contrastabile attraverso le tradizionali regole e categorie del diritto internazionale – risulta maggiormente lesivo rispetto allo spionaggio *tradizionale*. Si è detto, infatti, come la quantità di dati accessibili da un sistema informatico sia notevolmente superiore a quella che una spia ‘tradizionale’ potrebbe copiare o riprodurre con mezzi meccanici o manuali¹⁷.

Non sembra, pertanto, casuale che, proprio recentemente, si collochino le più significative proteste, a livello internazionale, concernenti condotte di spionaggio, oltre che i più convinti tentativi della dottrina, soprattutto statunitense, di argomentare l’illiceità della raccolta clandestina di informazioni realizzata con mezzi informatici¹⁸.

In merito, le più rilevanti argomentazioni finora avanzate al fine di sostenere la configurabilità di una norma primaria di divieto del *cyber espionage* possono essere riportate, in sintesi, a tre distinti filoni, che la riconducono (a) al divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali; (b) al divieto di intervento negli affari degli Stati terzi; ovvero (c) al divieto di violare spazi soggetti alla sovranità di Stati terzi.

Secondo l’argomentazione *sub* (a), il *cyber espionage* sarebbe suscettibile di arrecare alla sicurezza nazionale dello Stato-bersaglio un pregiudizio equivalente a quello derivante dalla distruzione fisica prodotta dall’impiego di armi o altri dispositivi militari¹⁹. Tale prospettazione si fonda sull’assunto secondo cui la riconducibilità di un’attività informatica alla nozione di *uso della forza* deve essere valutata sulla base dei suoi effetti, in base al principio – codificato dalla *Rule II* del Manuale di Tallinn – per cui «*a cyber operation constitutes a use of force when its scale and effects are comparable to non-cyber operations rising to the level of a use of force*». In questa prospettiva, un attacco informatico potrebbe, dunque, astrattamente configurarsi come attacco armato nella misura in cui dovesse risultare in un pregiudizio fisico, comportando la morte o il ferimento di persone e la distruzione di

17 Cfr. a tale riguardo K. ZIOLKOWSKI, *Peacetime Cyber Espionage cit.*, p. 447.

18 È opportuno evidenziare fin d’ora come, nelle pagine che seguono, non ci si propone, anche in ragione dello specifico oggetto del presente contributo, di esaminare analiticamente tutte le regole ed i regimi particolari in forza dei quali risulta astrattamente possibile sostenere l’illiceità del *cyber espionage*, bensì unicamente soffermarsi sulla configurabilità di una norma primaria di divieto nell’ambito del diritto internazionale generale.

19 T.C. HUNTLEY, *Controlling the Use of Force in Cyberspace: The Application of the Law of Armed Conflict During a Time of Fundamental Change in the Nature of Warfare*, in *NavLR*, 2010, 39.

beni. Tale criterio potrebbe poi essere forse portato ad ulteriori conseguenze per sostenere che il pregiudizio arrecato ad un'infrastruttura informatica, quand'anche non si traduca in un danno materiale ma l'interesse pregiudicato sia particolarmente significativo per lo Stato-vittima (si pensi ad un attacco informatico ad un'infrastruttura vitale per la sicurezza nazionale di uno Stato)²⁰ debba essere equiparato all'uso della forza, nonostante l'immaterialità del pregiudizio scaturito. Non pare vi sia, tuttavia, davvero alcun modo di considerare uso della forza un'attività che – come lo spionaggio – non soltanto non arreca, di regola, alcun pregiudizio (neppure immateriale) ad un'infrastruttura informatica, ma si risolve nella mera acquisizione (ancorché abusiva) di informazioni, non di rado senza che il bersaglio dell'attività si renda conto di esserne vittima.

In argomento, neppure sembra convincente la pur suggestiva argomentazione secondo cui la quantità di informazioni acquisibile attraverso il *cyber espionage* sarebbe equivalente, per quantità, a quella ottenibile all'esito di un'occupazione militare²¹, cui lo spionaggio potrebbe, dunque, essere equiparato. E, infatti, evidente che – ai fini di valutare l'applicabilità del divieto di uso della forza – il confronto tra le conseguenze dell'attacco cibernetico e quelle di un attacco 'tradizionale' deve essere effettuato avendo riguardo agli effetti diretti della condotta e non già a quelli indiretti. Nel caso dell'argomentazione dinanzi esposta, la raccolta massiva di informazioni che deriva dall'occupazione militare (e su cui si fonda l'equiparazione suggerita dalla tesi in esame) è un effetto soltanto secondario ed indiretto dell'attacco che ha reso possibile l'occupazione, il quale avrà, invece, presumibilmente prodotto anche un pregiudizio materiale.

Anche la ricostruzione *sub (b)* – che riconduce il *cyber espionage* al divieto di intervento negli affari interni degli altri Stati²² – si espone ad obiezioni difficilmente superabili. Il divieto in esame, infatti, secondo l'interpretazione adottata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso delle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua²³ proibisce tutti gli interventi che riguardino «*matters in which each State is permitted, by the principle of*

20 Si pensi, a titolo esemplificativo, all'attacco lanciato da *hacker* con base in Russia alle infrastrutture informatiche della Georgia nell'anno 2008 il giorno precedente all'azione militare russa.

21 A. MELNITZKY, *Defending America against Chinese Cyber Espionage Through the Use of Active Defences* in *CJICL*, 2012, 566.

22 Si veda, in argomento, R. BUCHAN, *Cyber espionage and international law*, in *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (a cura di N. Tsagourias, R. Buchan), Cheltenham 2015, 168 e ss.

23 CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 17 giugno 1986.

State sovereignty, to decide freely», quali, a titolo esemplificativo, «*the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy*» e l'intervento deve ritenersi vietato «*when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones*». Proprio il carattere essenziale della coercizione²⁴ – che il richiamato precedente della Corte internazionale di giustizia considera elemento 'costitutivo' di ogni intervento vietato dal principio in esame – rende difficilmente sostenibile l'applicazione del divieto in considerazione al *cyber espionage*, che, secondo quanto in precedenza evidenziato, è unicamente finalizzato alla raccolta di informazioni e non comporta alcuna coercizione dello Stato-bersaglio, il quale, nella maggior parte dei casi, non è neppure a conoscenza dell'attività di spionaggio e non può, pertanto, esserne influenzato²⁵.

Né – al fine di applicare il divieto di intervento al *cyber espionage* – sembra ammissibile sovrapporre la condotta di raccolta di informazioni (di per sé priva, come si è detto, di effetti coercitivi) con le eventuali azioni che lo Stato spiante intenda successivamente intraprendere, proprio sulla base dei dati clandestinamente ottenuti, per condizionare la vita economica, politica o sociale dello Stato-bersaglio²⁶. È chiaro, infatti, che, in siffatta ipotesi, soltanto tale seconda condotta integrerebbe violazione del divieto di non intervento, e non già lo spionaggio ad essa preliminare e prodromico.

Appare, invece, maggiormente persuasiva la terza ed ultima argomentazione, che si propone, come anticipato, di inquadrare il divieto di *cyber espionage* nell'ambito del divieto di violare spazi soggetti alla sovranità di altri Stati. Vero è, infatti, che lo spazio cibernetico non può essere considerato come un territorio nel senso tradizionale del termine. Nondimeno, le argomentazioni volte a sostenere l'«autonomia del *cyberspace*»²⁷ e, con

24 Id., par. 205.

25 Per un'interpretazione maggiormente estensiva della nozione di coercizione nell'ottica di configurare le attività di *cyber espionage* alla stregua di un intervento vietato si veda R. BUCHAN, *The International Legal Regulation of State-Sponsored Espionage*, in *International Cyber Norms: Legal, Policy & Industry Perspectives* (a cura di A.M. Osula, H. Rõigas), Tallinn 2016.

26 C.P. SKINNER, *An International Law Response to Economic Cyber Espionage*, in *CLR*, 2014, 1189 sostiene che «*arguably, the spying and stealing of economic property in cyber space can be seen as a form of coercion that impermissibly interferes with both the internal and external affairs of a State*». A ben vedere, tuttavia, da un lato, l'interferenza non pare integrare l'elemento della coercizione richiesto dalla Corte internazionale di giustizia per configurare un intervento vietato e, dall'altro lato, non pare che tale interferenza sia, in ogni caso, prodotta dalla raccolta di informazioni, quanto piuttosto dalle azioni che – anche sulla base di tali informazioni – vengano successivamente intraprese.

27 J. KULESZA, *International Internet Law*, Londra 2012, 46.

diverse sfumature e intensità, la necessità di una sua autoregolamentazione ad opera degli attori ivi operanti²⁸ non sono riuscite ad affermarsi. Ha, invece, prevalso la tesi secondo cui lo spazio cibernetico non è ‘speciale’ ed autonomo rispetto al territorio (fisico) soggetto alla giurisdizione degli Stati, con il quale presenta rilevanti collegamenti che legittimano l’esercizio della giurisdizione da parte degli Stati interessati²⁹. In altri termini, come è stato efficacemente osservato, «*there certainly exists a real-world technical infrastructure on which cyberspace is based, which is owned by governments and corporations*» e «*the mere fact of the connection of this infrastructure to the global network of cyberspace cannot simply be equated with a waiver of territorial sovereignty*»³⁰.

Tale prospettiva risulta, del resto, pienamente recepita anche nell’ambito del più volte menzionato Manuale di Tallinn la cui *Rule 1* – rubricata *Sovereignty* – statuisce che «*a State may exercise control over cyber infrastructure and activities within its sovereign territory*», sicché nessuno Stato può rivendicare la propria sovranità sullo spazio cibernetico, in sé e per sé considerato, ma gli Stati possono senz’altro esercitare le proprie prerogative sovrane sulle infrastrutture cibernetiche (ad esempio i *server*) fisicamente ubicate nei rispettivi territori e sulle attività che, attraverso di esse, vengono condotte.

28 Per l’affermazione della necessità di una self-regulation totale si veda J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, reperibile sul sito *Electronic Frontier Foundation* al link projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html, secondo cui «*cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live. (...) We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies*». In termini più cauti D.R. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *SLR*, 1996, 1402 osservano, invece, che «*global electronic communications have created new spaces in which distinct rule sets will evolve. We can reconcile the new law created in this space with current territorially-based legal systems by treating it as a distinct doctrine, applicable to a clearly demarcated sphere, created primarily by legitimate, self-regulatory processes, and entitled to appropriate deference – but also subject to limitations when it oversteps its appropriate sphere*».

29 Per un’ampia trattazione in materia di *governance* dello spazio cibernetico, si veda A. ODDENINO, *La governance di internet, fra autoregolazione, sovranità statale e diritto internazionale*, Torino 2008. In argomento, cfr. anche *ex plurimis* G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli 2012; L.A. BYGRAVE, J. BING, *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, Oxford 2009; M.L. MUELLER, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Boston 2009.

30 B. PIRKER, *Territorial Sovereignty and the Challenges of Cyberspace*, in *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law cit.*, 194.

Nella medesima prospettiva, la *Rule 2* del Manuale di Tallinn dispone che «*without prejudice to applicable international obligations, a State may exercise its jurisdiction: (a) over persons engaged in cyber activities on its territory; (b) over cyber infrastructure located on its territory; and (c) extraterritorially, in accordance with international law*».

Le implicazioni di questa ricostruzione rispetto all'inquadramento giuridico del *cyber espionage* sono del tutto evidenti: se, infatti, sulla scorta delle citate previsioni, il *cyberspace* può essere ricondotto al territorio degli Stati in cui si trovano le infrastrutture (o vengono svolte le attività) cibernetiche, torna ad essere proponibile – anche rispetto al fenomeno in esame – lo schema (che si è visto caratterizzare il regime dello spionaggio ‘tradizionale’) per cui, a prescindere dalla liceità in sé della raccolta clandestina di informazioni, devono considerarsi senz'altro illeciti i singoli atti di intrusione attraverso i quali tale attività viene realizzata. In tale prospettiva, dunque, l'accesso non autorizzato in una infrastruttura cibernetica (pubblica o privata) di un altro Stato potrebbe essere considerata – al pari dello sconfinamento nelle acque territoriali o il sorvolo dello spazio aereo – come una (illecita) violazione del ‘territorio’ (o, più genericamente, di un ‘ambito’) soggetto alla giurisdizione dello Stato-bersaglio³¹.

5. L'elemento soggettivo dell'illecito: l'imputazione della condotta di *cyber espionage*

L'imputazione soggettiva del comportamento illecito ad uno Stato è elemento costitutivo della responsabilità internazionale e, come noto, risulta integrato non soltanto quando la condotta sia tenuta da un organo formalmente riconosciuto³² o abilitato ad esercitare prerogative dell'attività di governo³³,

31 K. ZIOLKOWSKI, *Peacetime Cyber Espionage cit.*, 458 ricorda che già nel 1999, il *US Department of Defence Office of General Counsel* osservava che «*an unauthorized electronic intrusion into another nation's computer systems may very well end up being regarded as a violation of the victim's sovereignty. It may even be regarded as equivalent to a physical trespass into a nation's territory but such issues have yet to be addressed in the international community*». Per un'ampia disamina di tale profilo, con specifico riferimento ai limiti in cui incorre l'acquisizione transfrontaliera di dati da parte dell'autorità giudiziaria, si veda G.P. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi internazionali e norme interne di adattamento*, in *CI*, 2016, 183 e ss.

32 Si fa riferimento, a tale riguardo, all'art. 4 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati: *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (DARSIWA)*, in *YILC*, 2001, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

33 *Id.*, art. 5.

ma anche nei casi in cui l'attività contestata sia riconducibile a persone o gruppi di persone agenti su istruzione ovvero sotto la direzione o controllo di un determinato Stato³⁴.

Nel caso del *cyber espionage* l'accertamento di tale profilo risulta estremamente problematico per un molteplice ordine di ragioni connesse, da un lato, con le specificità del fenomeno in esame e, dall'altro lato, con l'elevato numero di soggetti attualmente impegnati in attività di spionaggio nel *cyber space*. Nel contesto cibernetico risulta, infatti, particolarmente complesso, anzitutto, individuare ed identificare gli autori della condotta contestata (*technical o forensic attribution*)³⁵. Una volta individuati i soggetti responsabili della condotta di *cyber espionage*, poi, anche la loro riconducibilità ad un determinato Stato (*legal attribution*) risulta tutt'altro che agevole. Tralasciando le ipotesi (di più facile soluzione) in cui la spia sia espressamente riconosciuta come organo di un determinato Stato, questa operazione – già estremamente difficile nel caso dello spionaggio tradizionale – risulta, infatti, ulteriormente complicata dal significativo numero di attori (non necessariamente *state-sponsored*) impegnati in attività di raccolta clandestina di informazioni.

La relativa economicità e accessibilità della tecnologia necessaria per condurre attività di *cyber espionage* ha, infatti, contribuito alla diffusione di gruppi di soggetti impegnati in attività cibernetiche di varia natura (tra cui non soltanto la raccolta di informazioni ma anche veri e propri attacchi informatici) non riconducibili ad alcuno Stato. Si pensi, a titolo esemplificativo, a organizzazioni quali *Anonymous* o *Wikileaks*, che perseguono obiettivi e programmi propri, in assenza di qualsivoglia documentata connessione ai governi nazionali.

Rispetto alle problematiche dinanzi sintetizzate, l'attuale regime della responsabilità internazionale degli Stati appare largamente inadeguato, in quanto il *test* applicato dalla giurisprudenza internazionale (e codificato nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati) ai fini dell'imputazione agli Stati di comportamenti illeciti tenuti da privati, fondato, come noto, sul criterio del controllo, rende estremamente impervia l'attribuzione di condotte illecite realizzate in ambito informatico³⁶.

Il Manuale di Tallinn si pone in una linea di sostanziale continuità rispetto a tali precedenti, riproducendone – e declinandone, per così dire – i principi con specifico riferimento all'ambito cibernetico. La *Rule 6* ribadisce

34 Id., art. 8.

35 In argomento, si veda, tra gli altri, P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the law of State responsibility*, in *MJIL*, 2013, 502 e ss.

36 A tale riguardo, si veda ancora P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attacks cit.*, 504 e ss. per un'ampia disamina dei profili di inadeguatezza – rispetto al contesto cibernetico – delle regole previste, a livello di diritto internazionale generale, per l'attribuzione agli Stati di comportamenti illeciti tenuti da privati.

sce, in particolare, la regola secondo cui «*a State bears international legal responsibility for a cyber operation attributable to it and which constitutes a breach of an international obligation*» e il commentario di tale previsione fa espresso riferimento all'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, al caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*³⁷ nonché al caso *Tadic*³⁸.

A ben vedere, tuttavia, il Manuale di Tallinn adotta un approccio ancora più prudente – quanto ai criteri di imputazione soggettiva del comportamento illecito – rispetto ai precedenti dinanzi richiamati, con l'evidente finalità di prevenire affrettate attribuzioni di responsabilità fondate sulla (apparente) provenienza dell'attività informatica illecita, sull'assunto che, in ambito informatico, il rischio che siffatta provenienza sia ingannevole risulti superiore all'ambito fisico e materiale³⁹. In questa prospettiva, per un verso, la *Rule 7*, rubricata *Cyber operations launched from governmental cyber infrastructure*, prevede che «*the mere fact that a cyber operation has been launched or otherwise originates from governmental cyber infrastructure is not sufficient evidence for attributing the operation to that State, but is an indication that the State in question is associated with the operation*». Per altro verso, la *Rule 8* – rubricata *Cyber operations routed through a State* – prevede che «*the fact that a cyber operation has been routed via the cyber infrastructure located in a State is not sufficient evidence for attributing the operation to that State*».

In altri termini, mentre, a norma della *Rule 7*, la provenienza dell'attività dalla *cyber infrastructure* appartenente al governo di un determinato Stato non è elemento sufficiente per fondarne la responsabilità (bensì soltanto per supporne il coinvolgimento), il semplice transito dell'attività attraverso una *cyber infrastructure* situata in un determinato Stato non può fondare alcun addebito nei confronti di quest'ultimo.

Attraverso le regole appena citate, il gruppo di esperti che ha elaborato il Manuale di Tallinn ha, dunque, preso atto della maggiore difficoltà di controllare l'attività informatica e della conseguente necessità di bilanciare, da una parte, l'interesse dello Stato di 'provenienza' dell'attività informatica illecita a non vedersi attribuire condotte nelle quali non risulti, in realtà, coinvolto e, dall'altra parte, l'interesse dello Stato che subisce l'attività illecita ad identificarne senza insuperabili difficoltà il responsabile.

Tra le due posizioni, il Manuale di Tallinn ha offerto una ricostruzione delle vigenti regole di diritto internazionale nettamente favorevole alla prima,

37 Cfr. *supra* nota 22.

38 TPI per l'ex-Iugoslavia, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, par. 131-145.

39 In questo senso il commentario alla *Rule 7* del Manuale di Tallinn, (*Tallinn Manual cit.*, 35).

attenuando enormemente la rilevanza – ai fini dell'imputazione dell'attività illecita – della *cyber infrastructure* di provenienza e gravando lo Stato-vittima dell'onere di provare comunque gli elementi della direzione e del controllo.

Questo approccio è stato oggetto di critiche da parte della dottrina che – a fronte degli accennati problemi di attribuzione delle attività informatiche – ha rilevato come esso finisca per incentivare gli Stati a fornire un *safe haven and sanctuary* a gruppi di privati impegnati in attività informatiche illecite e ha posto, quindi, in evidenza (in netta contrapposizione alla prospettiva adottata dal Manuale di Tallinn) la necessità di 'responsabilizzare' lo Stato nella cui giurisdizione ricade la *cyber infrastructure* di provenienza dell'attività illecita, facendo gravare sullo stesso (a) sotto il profilo sostanziale, un obbligo di intraprendere con diligenza ogni attività e controllo necessario affinché le *cyber infrastructure* soggette alla sua giurisdizione non vengano impiegate per condurre attività illecite ai danni di altri Stati e (b) sotto il profilo procedurale, l'onere di provare – in caso di contestazione – la propria estraneità rispetto all'attività in questione⁴⁰.

Si tratta, con ogni evidenza, di un assetto lontano dallo stato attuale del diritto internazionale, quanto meno nella misura in cui si propone di imputare presuntivamente (e sulla base di una sorta di *culpa in vigilando*) le condotte illecite realizzate in ambito cibernetico allo Stato nella cui giurisdizione si trova la *cyber infrastructure* di provenienza dell'attività contestata.

Merita, nondimeno, di essere sottolineato come una maggiore responsabilizzazione dello Stato sotto la cui giurisdizione ricade la *cyber infrastructure* di provenienza dell'attività non sia da escludere *de iure condito*, a fronte della previsione contenuta nella *Rule 5*, rubricata *Control of cyber infrastructure*, secondo cui «*a State shall not knowingly allow the cyber infrastructure located in its territory or under its exclusive governmental control to be used for acts that adversely and unlawfully affect other States*».

Tale principio – corollario del più ampio obbligo di rispettare la sovranità degli altri Stati – è pacificamente riconosciuto nel diritto internazionale già a partire dal caso del *Canale di Corfù* del 1949, in cui la CIG ha ritenuto che uno Stato non può «*allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*»⁴¹. Nel medesimo senso, il Tribunale arbitrale istituito per dirimere la controversia insorta tra USA e Canada nel caso *Trail Smelter* ha affermato che «*under the principles of international law [...] no*

40 In argomento, P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attacks cit.*, 514, propone un approccio fondato sul c.d. *virtual control*, il quale «*recognises that the difficulty of detection, the diminished need for personnel and the ease of monitoring by a diligent state require burden shifting when a state funds and equips or knowingly provides sanctuary to a private entity that subsequently engages in cyber attack against another state*».

41 CIG, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949.

*State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury [...] in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequences*⁴².

Il principio in esame – è opportuno sottolinearlo – non risolve (né semplifica) le accennate problematiche di imputazione soggettiva delle attività di *cyber espionage*, dal momento che non consente affatto di attribuire tali attività allo Stato nella cui giurisdizione esse vengono realizzate, quanto piuttosto di radicare in capo a tale Stato un (autonomo) obbligo di vigilare sull'utilizzo delle *cyber infrastructure* soggette alla sua giurisdizione⁴³.

È, tuttavia, evidente la rilevanza di questa previsione nell'accennata prospettiva di responsabilizzazione dello Stato nella cui giurisdizione si trovano le *cyber infrastructure* utilizzate per le attività di spionaggio, il quale – ove effettivamente ad esse estraneo – si trova, del resto, nella migliore posizione per adottare le opportune iniziative di repressione. Tanto più che, sul punto, una parte del gruppo internazionale di esperti ha proposto che la 'conoscenza' da cui scaturisce l'obbligo in esame («*shall not knowingly allow*») debba essere interpretata non già in termini di conoscenza effettiva, bensì di *constructive knowledge*, impegnando, in tal modo, la responsabilità degli Stati che, attraverso una diligente opera di controllo, avrebbero potuto prevenire o tempestivamente reprimere l'attività illecita contestata⁴⁴.

6. Conclusioni

A conclusione delle riflessioni che precedono, sembra significativo osservare come, nella specifica prospettiva della disciplina della responsabilità internazionale degli Stati, la sfida più notevole posta dalle attuali e più moderne forme di spionaggio sia rappresentata non soltanto – come è im-

42 *Trail Smelter Case (United States v. Canada)*, 16 aprile 1938 e 11 marzo 1941 in *Recueil des Sentences Arbitrales*, v. III, 1905 e ss.

43 In termini più generali, tale conclusione appare coerente con l'opinione di quegli autori che svalutano la rilevanza dell'elemento soggettivo ritenendo che l'attribuzione non rappresenti un passaggio strettamente necessario. Si veda, in argomento, I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, Oxford 1983, 36, secondo cui «*imputability would seem to be a superfluous notion, since the major issue in a given situation is whether there has been a breach of duty: the content of 'imputability' will vary according to the particular duty, the nature of the breach, and so on. Imputability implies a fiction where there is none, and conjures up the idea of vicarious liability where it cannot apply*».

44 Cfr. commentario alla *Rule 5* del Manuale di Tallinn (*Tallinn Manual cit.*, 28), ove il gruppo di esperti dà atto del dibattito «*as to whether this Rule also applies if the respective State has only constructive ('should have known') knowledge*».

mediatamente intuitivo ritenere – dal grado di evoluzione tecnologica degli strumenti impiegati, ma anche dal ruolo spiegato (sia sotto il profilo attivo che passivo) dagli individui.

Tale fenomeno emerge chiaramente dalla ricostruzione proposta in questo scritto, in cui si è osservato come (a) l'attività di spionaggio sia oggi praticata anche da soggetti (organizzati o singoli) che si propongono di acquisire clandestinamente informazioni appartenenti non soltanto ad altri privati ma anche a Stati; (b) le stesse attività di spionaggio condotte dagli Stati abbiano, in ampia misura, per oggetto individui e imprese, tanto che i più preoccupanti fenomeni di spionaggio della storia recente riguardano proprio i programmi di sorveglianza massiva diretti dalle agenzie di sicurezza USA e lo spionaggio economico condotto ai danni delle imprese dei paesi industrialmente più evoluti; (c) nel contesto dello spionaggio, gli Stati non siano più in grado di proteggere i propri cittadini, i quali sono direttamente esposti alle intrusioni cibernetiche provenienti da Stati terzi e debbono, pertanto, autonomamente provvedere alla propria difesa⁴⁵.

Se, ad un livello più generale, ciò può considerarsi come una manifestazione della sempre maggiore rilevanza che gli individui stanno acquisendo sul piano internazionale nell'attuale contesto storico⁴⁶, la tendenza in esame presenta, in particolare, due principali implicazioni nella specifica prospettiva della disciplina della responsabilità internazionale degli Stati.

In primo luogo, l'accresciuta rilevanza degli individui nel contesto dello spionaggio si riflette nella necessità di valutare la responsabilità degli Stati per condotte di spionaggio non più soltanto in base al diritto internazionale generale, ma anche sulla scorta di regimi e strumenti speciali, tra cui spiccano, in particolare, quelli in materia di tutela dei diritti fondamentali.

In secondo luogo, anche sul piano del diritto internazionale generale, cambia sensibilmente il ruolo giocato dagli Stati, i quali – a fronte dell'accresciuta rilevanza dei privati e delle potenzialità lesive delle attività da questi condotte – assumono sempre più la posizione di 'regolatori' (oltre e piuttosto che di 'attori'), chiamati a rispondere non più (soltanto) per le attività direttamente realizzate, quanto (in misura crescente) per l'omesso controllo e vigilanza sugli individui soggetti alla propria giurisdizione, secondo una prospettiva di 'responsabilizzazione' dello Stato di provenienza dell'attività illecita, che si è visto ispirare, ad esempio, anche la *Rule 5* del Manuale di Tallinn.

45 Si veda in dottrina J. MESSERSCHMIDT, *Hackback: Permitting Retaliatory Hacking by Non-State Actors as Proportionate Countermeasures to Transboundary Cyberharm*, in *CJTL*, 2013, 276 e ss.

46 Cfr. S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella comunità internazionale*, in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria), Torino 2016, 35 e ss.

MARCO LONGOBARDO*

L'obbligo di verificare l'obiettivo e le conseguenze di un attacco ai sensi del diritto internazionale umanitario e nuove forme di *intelligence*: profili di responsabilità internazionale

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La verifica dell'obiettivo e degli effetti di un attacco. – 3. Facoltà e obbligo di raccolta di informazioni nei conflitti armati. – 4. L'obbligo di verifica come obbligo di condotta. – 5. Lo standard di diligenza richiesta. – 6. Rilievo dell'asimmetria tecnologica fra i belligeranti. – 7. Obbligo di verifica e *cyber warfare*. – 8. Conclusioni.

*If we pursue the demands that war makes on those who practice it, we come to the region dominated by the powers of intellect. War is the realm of uncertainty; three quarters of the factors on which action in war is based are wrapped in a fog of greater or lesser uncertainty. A sensitive and discriminating judgment is called for.*¹

1. Note introduttive

Accade sovente che durante un conflitto armato civili o beni civili siano colpiti “per errore”, specialmente quando i belligeranti ricorrono a bombar-

* Grazie ai Proff. Marco Roscini e Marcella Distefano per i preziosi commenti a una precedente bozza di questo lavoro, che è aggiornato al 03 febbraio 2017, data di ultimo accesso ai siti web indicati. Ogni errore od omissione è responsabilità esclusiva dell'autore.

1 C. VON CLAUSEWITZ, *On War* (traduzione inglese a cura di M. Howard, P. Paret), Princeton 1984, 101.

damenti aerei. Di recente, particolare clamore ha suscitato l'episodio verificatosi il 3 ottobre 2015 a Kunduz (Afghanistan), dove un ospedale gestito da Medici Senza Frontiere è stato bombardato, pare per errore, da aerei statunitensi². Purtroppo, di solito questi episodi non portano all'accertamento della responsabilità internazionale dello Stato che ha commesso l'errore: se è vero infatti che il diritto internazionale umanitario³ contemporaneo ruota intorno all'esigenza di proteggere i civili dalla violenza bellica, e che a tal fine i belligeranti sono vincolati al rispetto dei tre principi fondamentali relativi alla condotta delle ostilità (distinzione, proporzionalità e precauzione), è anche vero che gli errori accadono⁴, e la morte di civili come danno collaterale non è considerata illecita dal diritto internazionale se le regole sulla condotta delle ostilità sono state rispettate⁵.

Il presente contributo esamina la responsabilità internazionale in caso di attacchi a civili e beni civili rispetto ai quali l'attaccante invoca la commissione di un tragico errore. Alla luce dell'obbligo in capo ai belligeranti di verificare l'obiettivo e le conseguenze di un attacco. Sulla base del rispetto o meno di tale obbligo, è possibile valutare se un determinato attacco costi-

2 Le ricostruzioni dell'attacco divergono. V. MEDICI SENZA FRONTIERE, *Initial MSF internal review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan*, novembre 2015, disponibile su kunduz.msf.org/pdf/20151030_kunduz_review_EN.pdf; US CENTRAL COMMAND, *Report on Airstrike on the MSF Trauma Center in Kunduz Afghanistan – 3 Oct 2015*, 28 aprile 2016, disponibile su www6.centcom.mil/foia_rr/FOIA_RR.asp?Path=/5%20USC%20552%28a%29%282%29%28D%29Records&Folder=1.%20Airstrike%20on%20the%20MSF%20Trauma%20Center%20in%20Kunduz%20Afghanistan%20-%203%20Oct%202015; UN ASSISTANCE MISSION IN AFGHANISTAN, *Afghanistan: Human Rights and Protection of Civilians in Armed Conflict, Special Report on Kunduz Province*, 2015, 7-12, disponibile su unama.unmissions.org/sites/default/files/special_report_on_kunduz_province_12_december_2015.pdf. Discutono la possibilità di configurare l'attacco come un crimine di guerra J.D. OHLIN, *Was the Kunduz Hospital Attack a War Crime?*, in *Opinio Juris*, 1° maggio 2016, e K.J. HELLER, *Thoughts on Jens's Post about the Kunduz Attack*, *ivi*, 3 maggio 2016, disponibili su www.opiniojuris.org.

3 Nonostante le note sfumature, le locuzioni *ius in bello*, diritto bellico, diritto dei conflitti armati e diritto internazionale umanitario sono utilizzate qui come sinonimi per ragioni di praticità.

4 Sul margine di errore consentito in caso di attacco, v. TPI per l'ex-Iugoslavia, *Prosecutor v. Gotovina et al.*, IT-06-90, sentenza del 16 novembre 2012, par. 49 ss. Per una condivisibile critica, v. l'opinione dissenziente del giudice Fausto Pocar, *ivi*, para. 3-14 e, in dottrina, R. ARIAV, *Hardly the "Tadić" of Targeting: Missed Opportunities in the ICTY's "Gotovina" Judgements*, in *ILR*, 2015, 329.

5 V. ad es. TPI per l'ex-Iugoslavia, *Prosecutor v. Kordić et al.*, IT-95-14/2-A, sentenza d'appello del 17 dicembre 2004, par. 52; *Prosecutor v. Prlić et al.*, IT-04-74-T, sentenza d'appello del 29 maggio 2013, par. 189.

tuisce un illecito dello Stato oppure no. A tal fine, occorre preliminarmente analizzare la natura e la portata di un simile obbligo di verifica, e quindi coordinarlo con le regole poste dal diritto internazionale umanitario in materia di attività di raccolta di informazioni. Da ultimo, la ricostruzione proposta è messa alla prova dei recenti sviluppi tecnologici in materia di attività di raccolta di informazioni riservate e alla crescente asimmetria tecnologica che si rinviene spesso nei conflitti armati contemporanei, al fine di determinare quando gli Stati incorrono in responsabilità internazionale e quando invece la loro condotta debba considerarsi lecita.

2. La verifica dell'obiettivo e degli effetti di un attacco

I principi di distinzione, proporzionalità e precauzione, sono codificati nel Primo Protocollo Addizionale del 1977 (AP I)⁶, le cui norme in materia sono generalmente ritenute corrispondenti al diritto consuetudinario⁷. Detti principi richiedono a chi pianifica o esegue un attacco un giudizio prognostico circa la natura dell'obiettivo e gli effetti dell'attacco, il vantaggio militare derivante dall'attacco, e le possibili alternative a disposizione dell'attaccante. Prendendo spunto dal linguaggio proprio della manualistica militare – particolarmente interessata agli aspetti pratici di tale tematica⁸ – la dottrina ha parlato a proposito di *targeting process* e, come conseguenza, di *law of targeting*⁹ in riferimento alle norme di diritto bellico rilevanti per un attacco.

6 *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, aperto alla firma l'8 giugno 1977 ed entrato in vigore il 17 agosto 1982 (AP I), art. 48 ss. Tutti i trattati internazionali qui citati sono disponibili in inglese e francese su www.icrc.org, e nella traduzione italiana in *Codice di diritto internazionale umanitario* (a cura di E. Greppi, G. Venturini), 3ª ed., Torino 2013.

7 V. Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC), *Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, sentenza del 19 dicembre 2005, par. B.2.a. V. inoltre Rules 1, 7, 14-21 in *Customary International Humanitarian Law* (a cura di J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck), Cambridge 2005, vol. I (di seguito: *Customary IHL*). Il presente scritto, non occupandosi delle c.d. precauzioni difensive di cui all'art. 58 AP I, non è l'occasione adatta per entrare nel merito del dibattito circa la rispondenza a consuetudine di quest'ultima disposizione.

8 V., ad es., US DEPARTMENT OF THE ARMY, *The Targeting Process*, Washington, D.C. 2010. V. inoltre P.R. PRATZNER, *The Current Targeting Process*, in *Targeting: The Challenges of Modern Warfare* (a cura di P.A.L. Ducheine, M.N. Schmitt, F.P.B. Osinga), The Hague 2016, 77.

9 Si dibatte se queste espressioni debbano intendersi in senso stretto (cioè limitatamente all'individuazione dell'obiettivo) o, secondo l'impiego qui fatto, in senso ampio (cioè con riferimento anche alla conduzione dell'attacco). In generale sul *law of targeting*, v., W.H.

Fra queste, le principali sono il principio di distinzione, che richiede che siano oggetto di violenza bellica solo combattenti e beni di carattere militare¹⁰; il principio di proporzionalità, che vieta attacchi contro obiettivi militari che comportino perdite civili eccessive rispetto al vantaggio militare atteso preventivamente calcolato¹¹; e il principio di precauzione, che impone di cercare di limitare in ogni modo l'impatto di un attacco sui civili¹².

A livello pratico, non sempre è facile rispettare tali regole, soprattutto quando si impiegano armi in grado di colpire obiettivi a grande distanza, in particolare in caso di guerra aerea. In simili circostanze, i metodi e i mezzi impiegati e la distanza fra attaccante e obiettivo rendono alquanto difficile individuare con certezza la natura dell'obiettivo e prevedere gli effetti di un attacco¹³. Grava nondimeno sui belligeranti l'obbligo di rispettare tali norme anche in casi simili.

L'attacco è un processo¹⁴ che coinvolge numerosi individui e muove da

BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford 2012; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3ª ed., Cambridge 2016, 102-186; *Targeting: The Challenges of Modern Warfare cit.*

10 AP I, art. 48, 51(1) e (2), e 52.

11 Id., art. 51(5)(b).

12 Id., art. 57. In argomento, v., in generale, F. MARTINES, *Il principio precauzionale nel diritto umanitario*, in *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (a cura di A. Bianchi, M. Gestri), Milano 2006, 321; J.-F. QUÉGUINER, *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, in *IRRC*, 2008, 793; Y. DINSTEIN, *The conduct of Hostilities cit.*, p. 164-174.

13 Su *air targeting*, v. G. BARTOLINI, *Air Operations Against Iraq (1991 and 2003)*, in *The International Humanitarian Law of Air Warfare* (a cura di N. Ronzitti, G. Venturini), Utrecht 2005, 227; M. ROSCINI, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, in *ICLQ*, 2005, 411; L. VIERUCCI, *Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale*, in *RDI*, 2006, 693; *Diritto internazionale e bombardamenti aerei* (a cura di T. Scovazzi, M. Annati), Milano 2012; K. WATKIN, *Air Targeting*, in *IYHR*, 2014, 1.

14 Particolare attenzione alle ricadute giuridiche della natura di 'processi' degli attacchi è posta ad es. da J. GUISÁNDES GÓMEZ, *El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional umanitario. Acciones ostile y objetivos militares in Derecho internacional umanitario* (a cura di J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto), Valencia 2002, 171; G.S. CORN, *War, Law, and the Often Overlooked Value of Process as a Precautionary Measure*, in *PLR*, 2015, 419. Vedi inoltre, benché in una prospettiva lontana da quella impiegata nel presente scritto, E. LIEBLICH, E. BENVENISTI, *The Obligation to Exercise Discretion in Warfare: Why Autonomous Weapons Systems Are Unlawful*, in *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy* (a cura di N. Butha et al), Cambridge 2016, 245.

una valutazione dei dati a disposizione di chi lo pianifica ed esegue¹⁵. Le informazioni da questi conosciute sono la base fattuale ritenuta nota da cui essi muovono per ricostruire la natura dell'obiettivo e calcolare le conseguenze dell'attacco, sulla base di un giudizio prognostico di probabilità.

Un obbligo di raccolta di informazioni relative alle circostanze e agli effetti dell'attacco si rinviene espressamente all'art. 57(2)(a)(i) AP I, secondo cui:

«Those who plan or decide upon an attack shall: (i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them»¹⁶.

Questa disposizione, corrispondente al diritto consuetudinario¹⁷, benché inserita all'interno della norma generale sulle precauzioni in attacco, è funzionale al rispetto degli altri principi riguardante le ostilità.

Tale norma impone a chi pianifica ed esegue un attacco¹⁸ di verificare che questo non sia diretto contro persone civili e/o beni civili e/o beni e/o persone titolari di un'altra specifica protezione ai sensi del diritto bellico, e che l'attacco non sia proibito da altre norme di cui all'AP I. L'obbligo di verifica, a ben vedere, è scindibile in due aspetti: il primo fa riferimento al rispetto del principio di distinzione, giacché richiede di verificare che l'obiettivo non sia di carattere civile o dotato di protezione speciale¹⁹; il secondo riguarda

15 Mostra efficacemente le difficoltà operative e giuridiche che si incontrano nel processo di pianificazione ed esecuzione di un attacco il film *Eye in the Sky*, diretto da G. HOOD (2015).

16 Il testo in francese recita: «*En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises: a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent: i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque*».

17 V. TPI per l'ex-Iugoslavia, *The Prosecutor v. Kupreškić et al.*, IT-95-16-IT, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 524; EECC, *Partial Award: Western Front cit.*, par. B.2.a.

18 Sulla portata soggettiva di questa norma e la sua applicabilità anche a chi esegue un attacco, v. US DEPARTMENT OF DEFENSE, *The Targeting Process cit.*, par. 5.3.3; W.H. BOOTHBY, *The Law of Targeting cit.*, 119-120; R. KOLB, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton 2014, 167.

19 Cfr. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO: Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8 giugno 2000 (di seguito:

il principio di proporzionalità, pur non espressamente richiamato, in quanto la disposizione fa riferimento ad attacchi che, seppur diretti contro obiettivi militari, siano nondimeno proibiti dall'AP I – cioè ad attacchi contro obiettivi leciti ma illegali per le eccessive ricadute sui civili rispetto al vantaggio militare previsto²⁰.

L'obbligo ha come oggetto una verifica da compiersi. Verificare significa «*to check or determine the correctness or truth of by investigation, reference, etc.*», «*soumettre quelque chose à un examen, à une confrontation avec des faits, des preuves pour en contrôler l'exactitude*»²¹. Sembra empiricamente logico concludere che l'unico modo di verificare che l'attacco imminente rispetti lo *ius in bello* sia assumere informazioni sulla base delle quali formulare il giudizio prognostico richiesto, come confermato dalla principale manualistica militare²². Occorre pertanto esaminare come il diritto bellico disciplina tale attività.

3. Facoltà e obbligo di raccolta di informazioni nei conflitti armati

Nel corso di un conflitto armato i belligeranti hanno bisogno di informazioni sul nemico al fine di raggiungere i loro obiettivi militari. Parimenti, per impedire all'avversario di venire a conoscenza di informazioni rilevanti, gli apparati militari normalmente ammantano di un velo di segretezza la condotta delle ostilità²³.

La raccolta di informazioni in guerra si è evoluta nel corso del tempo. Al principio si faceva ricorso ad individui che raccoglievano informazioni nel territorio nemico apertamente (esploratori) o ricorrendo ad inganni e

NATO Bombing Report), par. 29; R. KOLB, *Advanced Introduction cit.*, 166.

20 Su questo aspetto, spesso trascurato dalla dottrina, v. M. SASSOLI, A. QUINTIN, *Active and Passive Precautions in Air and Missile Warfare*, in *IYHR*, 2014, 89-90.

21 Così *Collins English Dictionary*, 12^a ed., Glasgow, 2014, p. 2198, e *Dictionnaire de français Larousse en ligne*, disponibile su www.larousse.fr/dictionnaires/francais/v%C3%A9rifier/81544.

22 Ad es. UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, par. 2.5.3 e par. 5.15.1; US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, 2015, par. 5.4. V. in dottrina M. BOTHE, K.J. PARTSCH, W.A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, The Hague 1982, 363; *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (a cura di Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann), Ginevra 1987, 680-681.

23 V. le critiche a questa prassi in O. BEN-NAFTALI, R. PELED, *How Much Secrecy Does Warfare Need*, in *Transparency in International Law* (a cura di A. Bianchi, A. Peters), Cambridge 2013, 321.

sotterfugi (spie)²⁴. Nel corso degli anni si è affiancata la raccolta di informazioni per mezzo di velivoli e natanti (anche sottomarini), grazie anche allo sviluppo di macchine in grado di intercettare onde radio e di potenti teledibietti; più di recente, informazioni sono state raccolte da satelliti, droni e programmi in grado di violare sistemi informatici (c.d. operazioni di *cyber exploitation*)²⁵.

A prescindere dal mezzo impiegato, l'attività di raccolta di informazioni – genericamente chiamata attività di intelligence – ha sempre affiancato la condotta delle ostilità. Al contrario di quanto accade in tempo di pace, quando l'attività di intelligence non è genericamente consentita né vietata dal diritto internazionale, ma può, di volta in volta e in concreto, violare singole norme – ad esempio quelle relative al diritto diplomatico²⁶ –, la simbiosi fra intelligence e ostilità è confermata dal fatto che l'attività di raccolta di informazioni durante un conflitto armato non costituisce un illecito dello Stato, ma è anzi espressamente permessa dall'art. 24 del Regolamento dell'Aja²⁷. La ricerca di informazioni appare quindi una facoltà dei belligeranti, cioè un'attività cui essi possono legittimamente ricorrere al fine di realizzare un proprio interesse meritevole di tutela – nel caso di specie, il raggiungimento di un vantaggio militare – cui si accompagna la speculare facoltà dell'avversario di (cercare di) celare le medesime informazioni. Entrambe queste facoltà trovano un limite in altre norme di diritto bellico, ad esempio nel divieto di perfidia e in talune precauzioni che chi subisce un attacco deve prendere a tutela dei propri civili²⁸.

24 Sullo spionaggio nel diritto bellico, v., *explurimis*, R. R. BAXTER, *So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs*, in *BYIL*, 1951, 323; G. BALLADORE PALLIERI, *Il diritto bellico*, 2ª ed., Padova 1954, 222-225; F. LAFOUASSE, *L'espionnage en droit international*, in *AFDI*, 2001, 92 ss.

25 V. in genere D. VECCHIONI, *Storia degli agenti segreti. Dallo spionaggio all'intelligence*, Milano 2015.

26 In generale, v. S. CHESTERMAN, *The Spy Who Came from the Cold War: Intelligence and International Law*, in *MicJIL*, 2006, 1071; P.H. AUST, *Spionage im Zeitalter von Big Data – Globale Überwachung und der Schutz der Privatsphäre im Völkerrecht*, in *AV*, 2014, 375; R. BUCHAN, *Cyber Espionage and International Law*, in *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (a cura di N. Tsagourias, R. Buchan), Cheltenham 2015, 168; I. NAVARRETE, *L'espionnage en temps de paix en droit international public*, in *CYIL*, 2016, 1. Per una posizione contraria, v. A. LUBIN, *Espionage as a Sovereign Right Under International Law and Its Limits*, in *ILSA Quarterly*, 2016, vol 24(3), 22.

27 V. *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land*, aperta alla firma il 18 ottobre 1907 ed entrata in vigore il 26 gennaio 1910.

28 V. rispettivamente API, artt. 37 e 58.

Alla luce dell'interesse a minimizzare l'impatto delle ostilità sui civili, l'obbligo di verificare l'obiettivo e le conseguenze di un attacco muta parzialmente il giudizio sulla legittimità dell'attività di intelligence in tempo di guerra, considerata una facoltà dalla prospettiva dell'interesse dell'attaccante a condurre un'operazione vittoriosa. Tale attività, ai sensi dell'art. 57(2)(a)(i) AP I, è oggetto di un obbligo giuridico e, quindi, l'impiego di mezzi di intelligence non è soltanto lecito, ma anzi dovuto²⁹. In quest'ambito, l'attività di intelligence maggiormente rilevante è quella di *military reconnaissance*, espressione con cui si intende «*the collection of information about activities of another State or non-State entity that generates militarily significant information*»³⁰. È questa la prima fonte delle informazioni impiegate per decidere e pianificare un attacco; ad essa si aggiungono altre fonti di intelligence, che confluiscono nel patrimonio di informazioni a disposizione del comandante per decidere se l'attacco può essere sferrato o se le sue conseguenze sui civili e la natura dell'obiettivo lo rendano illecito. Si deve comunque osservare che i rapporti di intelligence a disposizione prima di un attacco non sono l'unica fonte rilevante: potrebbe ben capitare che la decisione di 'premere il grilletto' dipenda da informazioni assunte all'ultimo momento direttamente dall'agente che esegue la specifica operazione, anche attraverso i propri occhi³¹. Ciò trova implicita conferma nell'art. 57(2)(b) AP I, secondo cui un attacco in corso deve essere sospeso se diventa chiara la natura civile o comunque protetta dell'obiettivo, o che l'attacco produrrebbe effetti eccessivi sui civili³².

La duplice qualificazione giuridica che si può dare all'attività ricerca di informazioni durante i conflitti armati rispecchia i due interessi alla base dell'intero diritto internazionale umanitario: da un lato, la volontà di vincere

29 V., in tal senso, i numerosi manuali militari citati in *Customary IHL*, cit., vol. II, 363-365.

30 Così D. STEPHENS, T. SKOUSGAARD, *Military Reconnaissance*, in *EPIL*, 2009, par. 1.

31 Si pensi ad es. all'irruzione in un edificio, ritenuto obiettivo militare presidiato da combattenti da parte di fonti d'intelligence, ma rivelatosi al momento dell'operazione una privata abitazione contenente civili; in questo caso, chi esegue l'irruzione deve scegliere se attaccare o meno le persone presenti sulla base delle informazioni d'intelligence e su quelle che percepisce direttamente. Si deve però escludere che il diritto internazionale richieda sempre e comunque una verifica autoptica dell'obiettivo (v. *NATO Bombing Report*, cit., par. 56).

32 La norma menziona attacchi da cancellare e da sospendere, intendendo con i primi operazioni non ancora lanciate, con i secondi operazioni in corso; in quest'ultimo caso, le informazioni ottenute durante l'attacco possono portare alla sua sospensione (*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977* cit., para. 2220-2221). Se ne ricava quindi che l'obbligo di verifica esiste anche durante l'attacco.

il conflitto armato – comunemente chiamata necessità militare –, dall'altro l'imperativo, emerso in un momento storico successivo, di proteggere la popolazione civile dagli effetti della guerra in nome del principio di umanità³³. In sintesi, l'attaccante ha la facoltà di cercare informazioni affinché il suo attacco produca un vantaggio militare, ma ha al contempo l'obbligo di cercare queste informazioni affinché il suo attacco non sia inumano – *rectius*, contrario al diritto internazionale umanitario.

La duplice natura dell'attività di ricerca di informazioni, e i diversi interessi giuridici sottesi, spiegano anche perché la parte attaccata non abbia un obbligo di favorire la ricerca di informazioni del nemico. L'attività di intelligence avversaria soddisfa solo in parte un interesse dell'attaccato – quello a che i propri civili siano risparmiati finché possibile dalle ripercussioni negative delle ostilità – ma in gran parte va a suo nocimento, giacché è anche – e, ci sia consentito il cinismo, soprattutto – funzionale all'ottenimento di un vantaggio militare da parte dell'avversario. Ne discende che l'attaccato ha alcuni obblighi volti a facilitare il rispetto dei principi di distinzione e proporzionalità da parte dell'avversario nemico – le già citate precauzioni passive o di difesa –, ma non ha l'obbligo di subire l'attività di intelligence avversaria³⁴.

4. L'obbligo di verifica come obbligo di condotta

Ricostruita la duplice natura di facoltà e obbligo dell'attività di intelligence in tempo di guerra, occorre adesso soffermare l'attenzione sulla natura dell'obbligo di verificare l'obiettivo e le conseguenze di un attacco, che si basa sull'attività di ricerca delle informazioni. Da ciò dipende in parte il comportamento richiesto agli Stati per non incorrere in responsabilità internazionale.

33 Così già G.I.A.D. DRAPER, *The Geneva Conventions of 1949*, in *RCADI*, 1965, 77. Sulla necessità militare v. P.A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia 1981; G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano 1988, e, più di recente, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in *NYIL*, 2010, 45; L. SALVADEGO, *Struttura e funzioni della necessità militare nel diritto internazionale*, Torino 2016. Sull'umanizzazione del diritto bellico v., per tutti, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (a cura di A. Cassese), Napoli 1979; T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2000, 239.

34 Peraltro è da escludersi qualsivoglia rapporto di reciprocità fra le precauzioni difensive e quelle offensive. V. Rule 46 in PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH AT HARVARD UNIVERSITY, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2009 (di seguito: *HPCR Manual*); W.H. BOOTHBY, *The Law of Targeting cit.*, 135-136.

Ci sembra che l'obbligo in questione vada inteso come un obbligo di condotta³⁵. In linea con le elaborazioni giurisprudenziali degli ordinamenti continentali, in diritto internazionale per obbligo di condotta si intende quell'obbligo che non prescrive allo Stato un risultato da raggiungere, ma solo un comportamento da tenere in vista dell'eventuale – ma non necessario – raggiungimento di un certo risultato³⁶. Mentre negli obblighi di risultato la responsabilità dello Stato sussiste – fatta salva l'esistenza di eventuali cause di giustificazione – in seguito al mancato raggiungimento del risultato prescritto dall'obbligo e a prescindere dalla sua condotta diligente, nel caso di obbligazioni di condotta l'obbligo internazionale non si considera violato se lo Stato dimostra di avere posto in essere la condotta richiesta secondo lo standard di diligenza previsto dalla norma primaria, anche qualora l'evento che l'obbligo di condotta voleva prevenire si fosse verificato³⁷.

Venendo alla condotta delle ostilità, giurisprudenza e dottrina qualifica-

35 La distinzione fra obblighi di condotta (o di mezzi) e di risultato è stata introdotta nell'alveo della responsabilità internazionale da Roberto Ago, quando ricopriva il ruolo di relatore speciale della Commissione di diritto internazionale per la codificazione della materia. Secondo Ago, negli obblighi di risultato la norma internazionale prescriverebbe semplicemente un risultato da raggiungere; negli obblighi di condotta, invece, il comando giuridico riguarderebbe non solo il risultato, ma anche uno specifico comportamento richiesto allo Stato per l'adempimento (draft art. 20 e 21 in R. AGO, *Report of the International Law Commission on Its 29th Session*, in *YILC*, 1977, vol. II, Part Two, 11). Questa concezione è stata criticata dagli Stati – ed espunta dal progetto di codificazione – anche perché non in linea con le elaborazioni sugli obblighi di condotta comuni ai sistemi giuridici di *civil law*, dove tale categoria è stata originariamente concepita (v. J. COMBACAU, *Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris 1981, 184; P.-M. DUPUY, *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, in *EJIL*, 1999, 371; A. MARCHESI, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato – Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano 2003, 44-98; C.P. ECONOMIDES, *Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 371). Per una più radicale critica all'applicabilità di queste categorie di diritto interno agli obblighi internazionali, v. B. CONFORTI, *Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme*, in *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova 1989, 373.

36 V. Tribunale internazionale del diritto del mare, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, parere dell'1 febbraio 2011, par. 110. Simili definizioni si ritrovano nelle critiche alla posizione di Ago citate nella nota precedente.

37 V. CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia)*, sentenza del 26 febbraio 2007, par. 430.

no normalmente il principio di distinzione e quello di proporzionalità come obblighi di risultato³⁸, ponendo uno scopo allo Stato che deve essere raggiunto con qualsiasi mezzo esso desideri³⁹. L'obbligo di verifica è considerato invece un obbligo di condotta, in quanto prescrive non un risultato da raggiungere, bensì il comportamento che uno Stato deve tenere durante l'intero attacco⁴⁰. Dato che tale obbligo di condotta è comunque finalizzato al rispetto dei principi di distinzione e proporzionalità, è ritenuto un obbligo procedurale e strumentale⁴¹.

La natura di obbligo di condotta dell'obbligo di verifica trova riscontro anche nella prassi relativa ad attacchi che hanno causato vittime civili. Il *Prosecutor-General* tedesco, ad esempio, con riferimento a un bombardamento nell'area di Kunduz avvenuto nel 2009, ha ritenuto non sussistere le basi per aprire un'indagine nei confronti dei due militari responsabili dell'attacco – che aveva causato 142 vittime, fra le quali molti civili – in quanto ha riscontrato che erano state prese tutte le misure necessarie per la verifica dell'obiettivo e il lungo processo decisionale precedente l'attacco era stato condotto con diligenza⁴². La medesima posizione è stata ribadita dalla Corte Federale Tedesca nell'ottobre 2016 in sede di responsabilità civile della Germania; secondo la Corte, il comandante responsabile dell'attacco non ha

38 Con riferimento agli artt. 51 e 52 API e ai crimini commessi in violazione del principio di distinzione, v. *Prosecutor v. Kordić et al.*, cit., para. 55-57. V. inoltre J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit International Humanitaire: Thèmes Choisis*, Paris 2012, 259 e 270; ci sembra questa anche la posizione di E. CANNIZZARO, *Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War*, in *IRRC*, 2006, 787-788.

39 Si badi a non confondere la natura di obbligo di risultato con la necessità dell'esistenza di un danno al fine della sussistenza dell'illecito. In *EECC, Partial Award: Western Front*, cit., par. 101 si è ritenuto irrilevante la produzione di un danno significativo in caso di violazione del principio di distinzione (a commento, v. L. VIERUCCI, *Sulla nozione di obiettivo militare cit.*, 708-710), ma ciò non significa che l'evento vietato dal principio – l'attacco a un obiettivo civile – non si fosse verificato. Al contrario, l'evento-attacco era accaduto, senza però provocare un danno significativo.

40 V. J.-F. QUÉGUINER, *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities cit.*, 798; J D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit International Humanitaire cit.*, 270.

41 Così G.S. CORN, *War, Law cit.*, p. 263; M. SASSÒLI, A. QUINTIN, *Active and Passive Precautions cit.*, 89.

42 V. *Ermittlungsverfahren wegen des Luftangriffs vom 4. September 2009 eingestellt*, 19 aprile 2010, disponibile su www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?searchstring=kunduz&newsid=360. Per un commento, v. W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, P. DREIST, *The 2009 Kunduz Air Attack: The Decision of the Federal Prosecutor-General on the Dismissal of Criminal Proceedings Against Members of the German Armed Forces*, in *GYIL*, 2010, 833.

violato il principio di precauzione dal momento che, attraverso una valutazione *ex ante*, aveva ragionevolmente escluso che nell'edificio da colpire ci fossero civili, ricorrendo anche a informazioni assunte con mezzi tecnologici, verifiche autoptiche a distanza e intelligence umana⁴³.

Benché strettamente connessi, l'obbligo di verifica e i principi di distinzione e proporzionalità ci paiono comunque logicamente distinguibili, anche alla luce delle diverse disposizioni in cui l'AP I codifica i singoli obblighi, lasciando intendere una qualche autonomia concettuale. Ritenendo l'obbligo di verifica un autonomo obbligo di condotta, parte della dottrina ha considerato un attacco lanciato in assenza di opportune informazioni e che fortuitamente abbia colpito un obiettivo militare senza eccessivi danni civili nondimeno illecito, alla luce del mancato rispetto del solo obbligo di verifica *ex art.* 57(2)(a)(i) AP I⁴⁴. Tale considerazione parrebbe essere avvalorata da certa prassi internazionale, che non ha esitato a rilevare autonomamente la violazione di detto obbligo⁴⁵. Cionondimeno, è difficile separare del tutto l'obbligo di verifica dai principi di distinzione e proporzionalità.

La qualificazione dell'obbligo di verifica come obbligo di condotta comporta un rovesciamento dell'onere della prova; spetta infatti all'attaccante, qualora sia chiamato a rispondere di un attacco che appaia illecito, l'onere di dimostrare di avere posto in essere una verifica diligente dell'obiettivo dell'attacco, tale da esonerarlo da responsabilità internazionale. Ciò è confermato dalla giurisprudenza della Eritrea-Ethiopia Claims Commission, che ha accertato la responsabilità dell'Eritrea anche sulla base del suo rifiuto di fornire le informazioni necessarie a dimostrare l'osservanza del principio di precauzione⁴⁶.

43 Corte federale tedesca, sentenza del 6 ottobre 2016, III ZR 140/15, par. 55, disponibile su juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=1&nr=76401&pos=35&anz=487. Per un commento molto critico alla decisione, relativamente ad aspetti non trattati dal presente lavoro, v. P. STARSKI, *The Kunduz Affair and the German State Liability Regime – The Federal Court of Justice's Turn to Anachronism*, in *EJIL: Talk!*, 5 dicembre 2016, disponibile su www.ejiltalk.org/the-kunduz-affair-and-the-german-state-liability-regime-the-federal-court-of-justices-turn-to-anachronism/.

44 Così R. KOLB, *Advanced Introduction cit.*, p. 168: «*[This rule is violated] even if the attack has not led to any collateral damage. In such a case, putting a civilian object into jeopardy is the legal reason for holding that the rule has been breached*».

45 V. Consiglio dei diritti umani, *Report of the Detailed Findings of the Independent Commission of Inquiry Established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, UN Doc. A/HRC/29/CRP.4 del 24 giugno 2015, par. 387.

46 V. EECC, *Partial Award: Central Front*, decisione del 28 aprile 2004, par. 112. Al contrario, la commissione di inchiesta istituita dal Consiglio dei diritti umani per verificare il rispetto di diritti umani e del diritto umanitario durante la guerra in Libia del 2011 ha ritenuto di non potersi esprimere sul punto visto il rifiuto delle forze NATO di fornire

Similmente, nel diverso contesto di indagini volte all'accertamento di violazioni di norme a tutela dei diritti umani e non di *ius in bello*⁴⁷, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che l'uso massiccio di armi indiscriminate è «*impossible to reconcile with the degree of caution expected from a lawenforcement body in a democratic society*» e «*stands in flagrant contrast with this aim and cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force*»⁴⁸, lasciando intendere che l'onere di discolarsi dalla responsabilità grava sullo Stato.

5. Lo standard di diligenza richiesta

Occorre chiedersi a questo punto quale sia lo standard di diligenza richiesto allo Stato nella sua attività di raccolta di informazioni funzionali a un attacco. Precisiamo subito che tale standard sembra doversi ricostruire

le informazioni in loro possesso (v. *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, UN Doc. A/HRC/19/68 dell'8 marzo 2012, par. 89; a commento, v. G. BARTOLINI, *Air Targeting in Operation Unified Protector in Libya. Jus ad bellum and IHL Issues: An External Perspective*, in *L'interopérabilité juridique et la garantie du respect du droit applicable dans le cadre des déploiements multinationaux* (a cura di S. Horvat, M. Benatar), Bruxelles 2013, 275-279). Tale circostanza non ci sembra decisiva in quanto l'inversione dell'onere della prova negli obblighi di condotta è una regola procedurale applicabile di fronte a una giurisdizione internazionale, cui è stata devoluta la risoluzione di una controversia; al contrario, le commissioni di inchiesta non sono organi giurisdizionali, benché abbiano subito un'evoluzione nel tempo verso una loro 'giurisdizionalizzazione' (cfr., fra i molti, M. FRULLI, *Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice? Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry*, in *JICJ*, 2012, 1323; L.J. VAN DEN HERIK, *An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and Application of International Law*, in *CJIL*, 2014, 507; M. LONGOBARDO, *Sull'imparzialità dei membri delle Commissioni d'inchiesta istituite dal Consiglio dei diritti umani*, in *DUDI*, 2015, 463) e, pertanto, non ci sembra che l'inversione dell'onere della prova sia loro applicabile, né che la mancata considerazione dello stesso nel summenzionato rapporto sia indicativa di una significativa prassi contraria.

47 Sul contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di diritto alla vita nei conflitti armati, v. G. GAGGIOLI, R. KOLB, *A Right to Life in Armed Conflict? The Contribution of the European Court of Human Rights*, in *IYHR*, 2007, 115.

48 Corte europea dei diritti umani, *Isayeva c. Russia*, ricorso n. 57950/00, sentenza del 24 febbraio 2005, para 191. Per un commento su questi profili, v. S. VEZZANI, *Fact-finding by International Human Rights Institutions and Criminal Prosecution, in War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation* (a cura di F. Pocar, M. Pedrazzi, M. Frulli), Cheltenham 2013, 349, 353-354.

secondo i criteri oggettivi della *due diligence*, e non indagando circa la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa dell'agente e/o dello Stato⁴⁹.

L'art. 57(2)(a)(i) AP I richiede che lo Stato faccia «*everything feasible*» per adempiere l'obbligo di verificare natura dell'obiettivo e conseguenze dell'attacco. *Feasible* significa «*capable to be done or put into effect; possible*»⁵⁰; non vi sono pertanto discrepanze col testo francese che fa riferimento a «*tout ce qui est pratiquement possible*». Sicuramente questa terminologia non richiede la certezza matematica da parte dell'attaccante⁵¹, ma anche fonti che sembrano attente agli interessi militari dei belligeranti ammettono che «*[t]he obligation to do everything feasible is high*»⁵².

Feasible è un «*contextual term*»⁵³, cioè un'espressione che richiede una valutazione delle specifiche circostanze di un attacco. Alcuni Stati hanno dichiarato che il termine *feasible* significa tutto ciò che è praticamente possibile alla luce delle circostanze e del tempo dell'attacco, inclusi l'interesse a che questo abbia successo⁵⁴. Similmente, l'art. 3(4) del II Protocollo annesso alla Convenzione ONU su certe armi convenzionali ritiene che «*Feasible precautions are those precautions which are practicable or practically possible taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations*»⁵⁵. Si noti che questa impostazione non porta necessariamente a un'interpretazione sbilanciata a favore della necessità militare, in quanto quest'ultima è posta espressamente sul medesimo piano del principio di umanità⁵⁶.

49 È questa la nota ricostruzione di R. PISILLO MAZZESCHI, «*Due Diligence*» e responsabilità internazionale degli Stati, Milano 1989; ID., *The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States*, in *GYIL*, 1992, 42-44.

50 *Collins English Dictionary cit.*, p. 714.

51 V. EECC, *Partial Award: Central Front cit.*, par. 110.

52 *NATO Bombing Report cit.*, par. 29. Ritengono il rapporto sbilanciato a favore degli interessi militari P. BENVENUTI, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, in *EJIL*, 2001, 503; E. CANNIZZARO, *Le operazioni aeree della Nato contro la Repubblica federale di Jugoslavia e il diritto internazionale umanitario*, in *RDI*, 2001, 133.

53 J.M. BEARD, *Law and War in the Virtual Era*, in *AJIL*, 2009, 434.

54 Le dichiarazioni di molti paesi (fra i quali Canada, Francia, Germania, Italia, e Regno Unito) possono leggersi in D. SCHINDLER, J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève 1996, 849-879.

55 *Protocol II to the 1980 CCW Convention as amended on 3 May 1996*, art. 3(4). V. anche la Rule 1(q) in *HPCR Manual cit.*

56 Sull'influenza del principio di umanità sulle decisioni dei comandanti militari, cfr. M. BOTHE, *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY*, in *EJIL*, 2001, 535.

Sembra pertanto doversi optare per un'interpretazione rigorosa dello standard di diligenza richiesto. Il testo dell'AP I è chiaro nell'indicare che tutto ciò che è praticamente possibile deve essere fatto, lasciando intendere che sono soltanto le circostanze di fatto del singolo attacco a determinare quando l'obbligo di verifica è stato soddisfatto o quando è necessario assumere ulteriori informazioni⁵⁷. Tale assunto è confermato dal contesto della disposizione, rintracciabile ad esempio nel paragrafo 1 del medesimo articolo, secondo cui è richiesto un *constant care* nel risparmiare la popolazione civile e i beni civili. Sarebbe inoltre contrario al dovere di buona fede nell'attività ermeneutica interpretare il termine *feasible* sì da vanificare la portata dei principi di proporzionalità e distinzione, cui l'obbligo di verifica è funzionale⁵⁸. Una simile interpretazione sembra inoltre in contrasto con l'oggetto e scopo dell'AP I, che mira ad ampliare la tutela offerta alle persone civili oltre quanto previsto dalle quattro Convenzioni di Ginevra⁵⁹. Da ultimo, diversi Stati hanno ufficialmente dichiarato che un attacco può essere lanciato solo quando la natura di obiettivo militare è convincente, chiaramente identificata, quasi certa⁶⁰.

Il criterio principe appare quindi quello del giudizio del comandante militare mediamente avveduto, che dovrà basarsi sulle informazioni in suo possesso, del personale a sua disposizione, e della tempistica richiesta dall'attacco⁶¹. Il processo decisionale dell'attacco deve cioè basarsi sulle informazioni disponibili o che è praticamente possibile assumere.⁶² Ciò vuol dire che gli Stati hanno l'obbligo di cercare informazioni – e, in caso di dubbio, rinunciare

57 Secondo J.M. BEARD, *Law and War cit.*, 435-436: «*Since targeting itself is essentially an intelligence function, commanders who are obliged to take precautionary measures to ensure distinction and proportionality in attack also by implication are responsible for ensuring that, to the fullest of their abilities and to the extent "feasible", accurate intelligence is properly used in the assessment of civilian damage*».

58 V. V.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, 425-426: «*[G]ood faith requires the parties to a treaty to act honestly, fairly and reasonably, and to refrain from taking unfair advantages. Legitimate expectations raised in other parties shall be honoured [...]. The prohibition of the abuse of rights, flowing from good faith, prevents a party from evading its obligations*» (*enfasi aggiunta*).

59 AP I, preambolo, par. 3 e art. 1 (3).

60 Queste le posizioni ufficiali di Israele, Russia e USA, ricostruite da T. KRUPYI, *A Case against Relying Solely on Intelligence, Surveillance and Reconnaissance Technology to Identify Proposed Targets*, in *JCSL*, 2015, 417-418, testo e note 18-20.

61 V. A.P.V. ROGERS, *Law on the Battlefield*, Manchester 1996, 66-67; M. SASSÒLI, A. QUINTIN, *Active and Passive Precautions cit.*, p. 83; K. WATKIN, *Air Targeting cit.*, 54-56.

62 Secondo il Bundesgerichtshof, l'obbligo di precauzione consiste principalmente in una valutazione attenta della situazione militare, attraverso l'uso di ogni mezzo possibile per accertare la natura dell'obiettivo (Corte federale tedesca, III ZR 140/15, cit., par. 51).

all'attacco –, ma qualora dalle informazioni disponibili l'attacco appaia lecito, ulteriori indagini non sono necessarie. In caso di mancata verifica, di un attacco lanciato nonostante la sussistenza di dubbi sulla natura dell'obiettivo e gli effetti dell'attacco, o di informazioni valutate in maniera non diligente, lo Stato attaccante incorrerà invece in responsabilità internazionale⁶³.

Problematico è il caso di un attacco che deve essere lanciato tempestivamente da un comandante privo delle informazioni rilevanti. In assenza del tempo necessario a raccogliere informazioni, l'attacco può essere eseguito lo stesso o deve essere rimandato (eventualmente anche con conseguenze disastrose per l'andamento delle ostilità)? Sembrerebbe che un certo quantitativo di informazioni, anche minime, debba comunque essere raccolto: le circostanze temporali di un attacco possono rendere *feasible* ricerca di informazioni meno accurate di quanto accade quando vi è maggiore tempo a disposizione per pianificare l'operazione, ma l'obbligo in questione non può essere del tutto disatteso invocando la necessità di sferrare un attacco tempestivo.

Si può qui solo accennare all'ancora più complesso problema dell'impiego di armi *automated* – che prevedono il caricamento di dati contenenti le informazioni sulla base delle quali l'arma conduce o no l'attacco – e *autonomous* – quest'ultime, pare, non ancora disponibili, che vedrebbero la scelta di attaccare o no lasciata a un software in grado di analizzare senza input umani le circostanze di un'operazione militare⁶⁴. In questi casi, manca una valutazione umana sulle informazioni disponibili da parte di chi pianifica ed esegue l'attacco; la valutazione sulla diligenza sembra doversi quindi spostare sulla fase di programmazione di queste armi⁶⁵ – soluzione tutt'altro che soddisfacente e che meriterebbe più approfondita analisi.

Infine, è opportuno notare che spesso le valutazioni operate dai responsabili di un attacco sono difficili da ricostruire *ex post* in giudizio, specialmente se si giudica la commissione di crimini internazionali dell'individuo⁶⁶. Tale aspetto si riflette anche sulla responsabilità internazionale di uno Stato

63 V., con riferimento al principio di proporzionalità, TPI per l'ex-Iugoslavia, *Prosecutor v. Galić*, [IT-98-29-T] sentenza del 5 dicembre 2003, par. 58: «...it is necessary to examine whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties» (*enfasi aggiunta, riferimenti omissi*).

64 V., per tutti, M. WAGNER, *Autonomy in Battlespace*, in *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War* (a cura di D. Saxon), Leiden 2013, 104-106.

65 V.J.-M. BEARD, *Law and War cit.*, 442; J.S. THURNHER, *Examining Autonomous Weapons Systems from a Law of Armed Conflict Perspective*, in *New Technologies and the Law of Armed Conflict* (a cura di H. Nasu, R. McLaughlin), The Hague 2014, 222.

66 V.C. WUERZNER, *Mission Impossible? Bringing Charges for the Crime of Attacking Civilians or Civilian Objects Before International Criminal Tribunals*, in *IRRC*, 2008, 907.

quando la condotta in questione gli è attribuibile⁶⁷. Ad ogni modo, benché sussistano innegabili connessioni fra illeciti statali e crimini di guerra⁶⁸, in materia di responsabilità statale l'accertamento da compiersi è parzialmente diverso⁶⁹: non è infatti necessario ricostruire la *mens rea* dell'agente al di là delle normali regole sulla colpa nell'illecito internazionale⁷⁰, non rileva la presunzione di innocenza di un individuo – anzi, l'onere della prova è rovesciato per effetto della natura di obbligo di condotta della verifica dell'obiettivo –, né si deve ricorrere a un'interpretazione particolarmente restrittiva dovuta alla presenza di norme di carattere penale. Pertanto, la portata del problema appare doversi ridimensionare.

6. Rilievo dell'asimmetria tecnologica fra i belligeranti

Benché la prassi internazionale presenti elementi di criticità⁷¹, sembra incontestabile che le moderne tecnologie a disposizione di certi Stati facilitano il rispetto dell'obbligo di verifica, riducendo il margine di errore⁷². Ad ogni modo, l'avanzamento tecnologico in questo campo pone alcuni profili problematici, specialmente poiché tali strumenti non sono a disposizione di tutti i belligeranti.

Occorre innanzitutto domandarsi se uno Stato abbia l'obbligo di dotarsi di tecnologie di nuova generazione e di utilizzarle al fine di verificare l'obiettivo dell'attacco, a pena di incorrere in responsabilità internazionale. Il

67 Sull'applicabilità delle norme sulla responsabilità degli Stati in caso di violazioni dello *ius in bello*, v. M. SASSÒLI, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *IRRC*, 2002, 401.

68 In argomento, v. per tutti, B.I. BONAFÈ, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden/Boston 2009.

69 In questo senso le notazioni di P. BENVENUTI, *The ICTY Prosecutor cit.*, 526-527, che però si sofferma su aspetti diversi da quelli da noi evidenziati.

70 V. M. SASSÒLI, A. QUINTIN, *Active and Passive precautions cit.*, 87-89. In generale, sulla colpa nell'illecito, v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 10^a ed., Napoli 2014, 401-405. Sulla *mens rea* nel diritto penale internazionale in caso di attacchi contro civili, e a parziale critica della giurisprudenza esistente, v. J.D. OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, in *MicJIL*, 2013, 79 ss.

71 Questa la posizione di T. KRUPYI, *A Case Against cit.*

72 In argomento, v. la prassi raccolta e commentata in J.-M. BEARD, *Law and War cit.*; K. TRAPP, *Great Resources Means Great Responsibility: A Framework of Analysis for Assessing Compliance with API Obligations in the Information Age*, in *Humanitarian Law and the Changing Technology of War cit.*, 153.

problema è simile a quello riguardante l'esistenza di un obbligo di dotarsi di armi di precisione (es. le c.d. bombe intelligenti), e di utilizzarle durante un attacco. Come non sembra sussistere un obbligo per gli Stati di munirsi delle armi tecnologicamente più avanzate⁷³, salvo che queste non siano indispensabili per condurre un certo tipo di attacco in conformità con lo *ius in bello*⁷⁴, similmente, sembra non esistere alcun obbligo per gli Stati di dotarsi di moderne e sofisticate tecnologie in grado di verificare l'obiettivo e gli effetti di un attacco con maggiore precisione⁷⁵. In altre parole, se uno Stato ha a disposizione soltanto intelligence umana – oggi, in certe circostanze, da ritenersi in parte obsoleta –, l'obbligo di verifica non è violato per il solo fatto che i mezzi impiegati non sono al passo coi tempi; anzi, chi pianifica l'attacco sarà tenuto ad usare l'intelligence umana per verificare gli obiettivi e i potenziali effetti, e un attacco sferrato su queste basi sarà potenzialmente lecito perché lo Stato avrà fatto ogni verifica *feasible* alla luce dei mezzi di cui dispone.

Maggiori problemi si pongono se uno Stato ha a disposizione sofisticati strumenti di intelligence. Secondo una prima corrente di pensiero, lo Stato non avrebbe un obbligo di impiegare questi strumenti, ma sarebbe libero di usare mezzi meno precisi sulla base delle scelte strategiche dei suoi comandanti militari; nel caso, ad esempio, di droni spia impegnati in un altro settore del teatro di guerra, l'esercito attaccante sarebbe dispensato dal cercare informazioni relative all'obiettivo dell'attacco attraverso di essi, in quanto le condizioni concrete non renderebbero *feasible* il loro impiego⁷⁶. Tale idea muove dal presupposto che anche gli eserciti tecnologicamente più avanzati dispongono di mezzi altamente tecnologici in numero limitato. Inoltre, obbligare gli Stati a cercare informazioni sulla base degli ultimi ritrovati della tecnologia a loro disposizione porrebbe sugli Stati più attenti al rispetto dei principi relativi alla condotta delle ostilità un onere maggiore rispetto a quello in capo a eserciti o milizie dotate di strumenti meno sofisticati; ciò contrasterebbe con il principio di uguaglianza dei belligeranti, soprattutto quando un esercito avanzato tecnologicamente affronta un nemico privo di

73 V. R. KOLB, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés*, Bâle 2009, 2^a ed., 263-264.

74 V. G. BARTOLINI, *Air Operations cit.*, 263; Rule 8, in *HPCR Manual cit.*; M. FORNARI, *Nozioni di diritto internazionale dei conflitti armati*, Napoli 2015, 202.

75 V. J.-F. QUÉGUINER, *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities cit.*, 797-798.

76 V. per analogia le argomentazioni, spiegate nel diverso contesto dell'uso di armi di precisione, di Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities cit.*, 169-170.

uguali ritrovati tecnologici⁷⁷.

Secondo un'altra opinione, lo Stato dotato di mezzi tecnologici per la verifica dell'obiettivo più sofisticati (e, *mutatis mutandis*, con armi di precisione) avrebbe l'obbligo di impiegarli, giacché si è obbligato allo stato dei propri mezzi a verificare l'obiettivo e gli effetti dell'attacco⁷⁸. Lasciare all'arbitrio dell'attaccante la decisione di impiegare o meno strumenti di verifica sofisticati comporterebbe l'aggiramento degli obblighi posti dall'AP I: nel lanciare un attacco, un comandante potrebbe argomentare di avere avuto assicurazioni da fonti meno sofisticate di intelligence circa l'assenza di civili all'interno di un edificio da colpire, e su tali basi rifiutarsi di verificare le informazioni attraverso strumenti più sofisticati. In altre parole, l'arbitrio di chi pianifica l'attacco comporterebbe il rischio di disattendere in malafede l'obbligo di ricerca delle informazioni.

Fra queste due posizioni, la seconda sembra quella più corretta, come confermato dalla manualistica militare, secondo cui l'avanzamento tecnologico innalza gli standard richiesti dal principio di precauzione⁷⁹, e da un rapporto commissionato dal Consiglio dei diritti umani⁸⁰. Inoltre, la prassi internazionale ha confermato che l'impiego dei mezzi di ricerca delle infor-

77 Così ad es. N. CANESTARO, *Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare*, in *VJTL*, 2004, 465; L. BLANK, *The Application of IHL in the Goldstone Report: A Critical Commentary*, in *YIHL*, 2009, 386; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities* cit., 170.

78 Così J.-F. QUÉGUINER, *Precautions* cit., 802-803; R. KOLB, *Ius in bello* cit., 263-264; J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit International Humanitaire* cit., 271-272; M. SASSÒLI, A. QUINTIN, *Active and Passive Precautions* cit., 84-85. Sembrerebbe questa anche l'opinione di M.N. SCHMITT che, pur criticando quello che definisce un *capabilities-based approach*, portando il lettore a dubitare del fatto che lui lo ritenga corretto (v. *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, in *AFLR*, 2008, 36), difende comunque questo relativismo normativo sulla base del fatto che esso è frutto della libera scelta degli Stati di dotarsi di tecnologie più avanzate (v. *War, Technology and the Law of Armed Conflict*, in *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force* (a cura di A. Helm), Newport 2006, 137).

79 Sempre nel diverso contesto dell'impiego di armi di precisione, v. UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual* cit., par. 12.51.

80 Consiglio dei diritti umani, *Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, UN Doc. A/HRC/12/48 del 15 settembre 2009, par. 1185 ss., dal quale traspare l'idea che gli avanzati mezzi tecnologici in possesso di Israele lo mettano in condizione di rispettare distinzione e proporzionalità più di quanto accada per altri. V. anche *Report of the Detailed Findings* cit., par. 294, dove però non si fa riferimento a sofisticati strumenti tecnologici ma, più genericamente, a «*the observation and intelligence means that the I[sraeli] D[efense] F[orces] had at its disposal in Gaza*».

mazioni è oggetto di un obbligo per gli Stati⁸¹, e pertanto quali che siano i mezzi a disposizione, essi devono essere impiegati.

In linea di principio, dato che il fine dell'obbligo di verifica è il rispetto dei principi di distinzione e proporzionalità, l'attaccante deve impiegare i mezzi di verifica a sua disposizione che offrono un più alto grado di certezza. In caso di una pluralità di strumenti disponibili, vi è quindi una presunzione semplice a favore dell'impiego del mezzo che è maggiormente idoneo a ridurre il rischio di errori – normalmente, ma non sempre, quello dotato di una tecnologia più avanzata. La scelta di non ricorrere allo strumento più avanzato, in caso di errore, costituisce una violazione dell'obbligo di verifica e comporta la responsabilità internazionale di uno Stato, salvo che questi dimostri che le circostanze concreto dello specifico attacco rendevano non *feasible* l'utilizzo del mezzo più sofisticato.

Il principio di uguaglianza dei belligeranti riguarda l'uguaglianza al cospetto del diritto bellico e comporta che gli standard giuridici relativi alla condotta delle ostilità sono gli stessi per tutti, a prescindere da qualsiasi giudizio di legittimità della posizione dei belligeranti alla luce delle regole di *ius ad bellum*, come confermato dall'ultimo paragrafo del preambolo dell'AP I⁸². Al contrario, in caso dell'asimmetria tecnologica in materia di *targeting*, non si discute di un'asimmetria giuridica, bensì fattuale: l'obbligo di verificare l'obiettivo di un attacco alla luce della *feasibility* dei mezzi di verifica è uguale per tutti i belligeranti, dotati di avanzate tecnologie o meno; possono però variare le specifiche circostanze di fatto che rendono la verifica ora *feasible* ora no, e fra queste in particolare la disponibilità di mezzi tecnologici. In altre parole, a parità di circostanze di fatto, lo standard giuridico richiesto è identico; se le circostanze di fatto sono diverse, come nel caso della disponibilità di mezzi tecnologici sofisticati, mutano le basi su cui calcolare il giudizio di *feasibility*, che il comando giuridico – sempre uguale per tutti i belligeranti – espressamente ancora alla valutazione delle specifiche circostanze di ogni singolo attacco. Per questa ragione, invocare in caso di asimmetria tecnologica il principio di uguaglianza dei belligeranti al fine di ridurre lo standard di diligenza per la verifica dell'obiettivo – “livellandolo al ribasso” sul belligerante meno dotato tecnologicamente – non ci pare corretto; anzi, condividiamo la riflessione di parte della dottrina se-

81 V. *NATO Bombing Report cit.*, par. 29.

82 Che detto principio si basi sulla nota teoria della separazione fra *ius ad bellum* e *ius in bello*, da alcuni criticata ma ancora valida, è opinione comune in dottrina. Cfr. M. MENDEL, *Aggressors' Rights: The Doctrine of 'Equality of Belligerents' and the Legacy of Nuremberg*, in *LJIL*, 2011, 627; V. KOUTROULIS, *And Yet It Exists: In Defence of the 'Equality of Belligerents' Principle*, ivi, 2013, p. 449; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 5ª ed., Torino, 2014, 203-204.

condo cui clausole di flessibilità come quelle contenute nell'art. 57(2)(a)(i) API, permettono un'applicazione del diritto dei conflitti armati che risponda alle diverse circostanze di fatto senza per questo violare il principio di uguaglianza dei belligeranti⁸³.

Inoltre, appare contrario all'oggetto e allo scopo di tutte le convenzioni di diritto bellico invocare il principio di uguaglianza di belligeranti al fine di diminuire la protezione dei civili rendendo legittimo un attacco senza una compiuta verifica dell'obiettivo e dei potenziali effetti. Tale posizione è supportata dalla prassi degli Stati, secondo cui quando la verifica dell'obiettivo e degli effetti di un attacco si rivela inefficace, nuove tecniche e strumenti di verifica devono essere adottati a prescindere dalle capacità tecnologiche dell'avversario⁸⁴.

7. Obbligo di verifica e cyber warfare

Come si è visto, mezzi tecnologici sofisticati devono essere impiegati per verificare obiettivi di attacchi cinetici su terra, aria, mare, spazio, gli ambiti spaziali in cui tradizionalmente si combattono i conflitti armati. Di recente, però, si è affiancato un nuovo campo di battaglia in gran parte intangibile e non geografico, il *cyberspace*⁸⁵, nel quale gli Stati conducono diversi tipi di operazioni militari, alcune delle quali assimilabili agli attacchi di cui all'art. 49 API⁸⁶. Nell'assenza di una disciplina specifica, appare opportuno interrogarsi brevemente circa l'applicabilità dell'obbligo di verifica ai *cyber attacks*.

In generale si può osservare che l'obbligo di prendere precauzioni durante *cyber attacks* è riconosciuto dai più recenti manuali militari⁸⁷. In maniera specifica, il Manuale di Tallinn – autorevole codificazione privata sprovvista di valore vincolante – ritiene che l'obbligo di verificare l'obiettivo di un attacco sussista anche in caso di *cyber attacks*, e che pertanto i responsabili di attacchi informatici devono fare tutto ciò che è praticamente possibile

83 V. G. BLUM, *On a Differential Law of War*, in *HILJ*, 2011, 192; Y. SHANY, *A Rebuttal to Marco Sassòli*, in *IRRC*, 2011, 434-435; K. TRAPP, *Great Resources cit.*, 156.

84 Per la prassi relativa ai conflitti contro Vietnam e Serbia, v. T. KRUPİY, *A Case Against cit.*, 420 e 449.

85 V. US DEPARTMENT OF DEFENSE, *The Manual cit.*, par. 16.1.1.

86 In argomento v. H. HARRISON DINNISS, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge 2012; M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2014; *Cyberwar: Law and Ethics for Virtual Conflicts* (a cura di J.D. Ohlin, K. Govern, C. Finkelstein), Oxford 2015.

87 V. US DEPARTMENT OF DEFENSE, *The Targeting Process cit.*, par. 16.5.3.

per verificare che il sistema informatico attaccato sia di carattere militare⁸⁸. Nella prassi, infatti, sembra che gli Stati cerchino di rispettare il principio di distinzione anche nel corso di attacchi informatici⁸⁹ – come parrebbe confermato dal celebre caso Stuxnet⁹⁰ – nonostante la struttura stessa del *cyber-space*, basata su interconnessioni automatiche fra sistemi di diversa natura, e i tentativi di mascherare obiettivi informatici, che rendono particolarmente difficile la distinzione fra sistemi civili e militari⁹¹. Al contrario, il Manuale di Tallinn, pur considerando il principio di proporzionalità applicabile in caso di *cyber attacks*, non ritiene che l'obbligo di verifica sia funzionale anche al rispetto di detto principio, diversamente da quanto da noi sostenuto.⁹²

Spesso, nel campo di *cyber operations*, la verifica dell'obiettivo è demandata a strumenti tecnologicamente avanzati, in grado di tracciare in anticipo il sistema che si intende attaccare al fine di verificarne la natura. A tal fine, accanto ai tradizionali strumenti di verifica, vengono in rilievo operazioni di *cyber exploitation* e altri metodi di intelligence volti a realizzare il *cyber mapping* del sistema avversario da attaccare⁹³. Tale operazione deve ritenersi

88 V. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (a cura di M.N. Schmitt), Cambridge 2013, 167-168; *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (a cura di M.N. Schmitt), 2a ed., Cambridge 2017, 478-479.

89 Allo scopo di rispettare il principio di distinzione, durante gli attacchi del 1999 contro la Jugoslavia e del 2011 contro la Libia, in via precauzionale alcuni Stati hanno rinunciato a sferrare *cyber attacks* contro i sistemi informatici dell'aviazione militare avversaria al fine di non causare danni all'aviazione civile. Cfr. M. ROSCINI, *Cyber Operations cit.*, 233-234.

90 Il programma Stuxnet fu infiltrato – parrebbe da agenti statunitensi e israeliani – nei sistemi informatici di una centrale iraniana per l'arricchimento dell'uranio, allo scopo di causare dei danni tali da portare alla sospensione del funzionamento della stessa. Pare che il *malware* fosse programmato per colpire solo quella centrale, al fine di evitare il contagio di sistemi civili. In generale, v. J.P. FARWELL, R. ROHOZINSKI, *Stuxnet and the Future of Cyber War*, in *Survival*, 2011, 23.

91 In argomento, v. M. ROSCINI, *Cyber Operations cit.*, 219-229; K. BANNELIER-CHRISTAKIS, *Is the Principle of Distinction Still Relevant in Cyberwarfare?*, in *International Law and Cyberspace cit.*, 343.

92 Almeno così sembrerebbe dal fatto che non vi è menzione del principio di proporzionalità nella parte dedicata al principio di precauzione (v. *Tallinn Manual cit.*, 167-168 ; *Tallinn Manual 2.0 cit.*, 479-479).

93 V. L. DOSWALD-BECK, *Computer Network Attack and the International Law of Armed Conflict*, in *Computer Network Attack and International Law* (a cura di M.N. Schmitt, B.T. O'Donnell), Newport 1999, 170. Sulle operazioni di *cyber exploitation* in tempo di guerra, sia consentito rinviare a M. LONGOBARDO, *L'applicabilità delle norme sullo spionaggio e sulla diretta partecipazione dei civili alle ostilità al fenomeno del cyber exploitation*, in *La protezione dei dati personali e informatici nell'era della sorveglianza globale: temi scelti* (a cura di M. Distefano), Napoli 2017, 37.

doverosa se, alla luce delle circostanze specifiche della singola operazione, essa non solo è *feasible* sulla base di considerazioni di umanità e militari, ma anche sulla base dei mezzi tecnologici a disposizione, che potrebbero non essere in grado di mappare il sistema avversario⁹⁴. A tal proposito, è stato notato che, poiché la procedura stessa che porta a un *cyber attack* richiede a livello tecnico una simile mappatura dell'obiettivo e giacché, di norma, *cyber attacks* vengono lanciati da postazioni situate lontano dal teatro delle operazioni, il comandante ha la possibilità di rivolgersi a tecnici esperti in grado di assistere l'attaccante nella verifica della natura dell'obiettivo e delle conseguenze dell'attacco⁹⁵. Anche nell'ambito del *cyber warfare*, ai fini della configurabilità della responsabilità internazionale dell'attaccante occorre verificare se l'obbligo di verifica è stato rispettato in maniera diligente.

8. Conclusioni

Oggi gli Stati hanno interesse a ricercare informazioni riguardanti gli obiettivi e gli effetti di un attacco sia al fine di guadagnare un vantaggio militare, sia per rispettare gli obblighi in materia di protezione dei civili. Lo sviluppo di forme di intelligence tecnologiche sempre più sofisticate fa sì che uno Stato incorra in responsabilità internazionale qualora non assuma informazioni circa l'obiettivo e l'effetto di un attacco – anche cibernetico – utilizzando tutti i mezzi concretamente a sua disposizione, prescindendo dal fatto che il suo avversario non possa attenersi a standard simili per l'impossibilità di accedere agli ultimi ritrovati tecnologici.

Si spera col presente saggio di avere fatto un po' di chiarezza sull'obbligo di verifica, la sua natura e le sue conseguenze. In ambienti militari tale norma è spesso considerata un semplice corollario dei principi di distinzione e proporzionalità, cui è naturalmente connessa. Considerarla attentamente quale obbligo giuridico fonte di responsabilità internazionale potrebbe aiutare a ridurre il numero di vittime civili nei conflitti armati, nel tentativo di introdurre un ulteriore *quid* di legalità nella condotta delle ostilità. Perché l'umanizzazione della guerra, l'obiettivo del diritto internazionale umanitario almeno dal secondo conflitto mondiale in poi, passa necessariamente dall'accertamento di responsabilità – anche statali, oltre che individuali – in caso di “errori” che comportano vittime civili.

94 V. W.H. BOOTHBY, *Where Do Cyber Hostilities Fit in the International Law Maze?*, in *Technologies and Law cit.*, 65.

95 V. H. HARRISON DINNISS, *Cyber Warfare cit.*, 211-212; M. ROSCINI, *Cyber Operations cit.*, 228.

MARIO GERVASI

Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico

SOMMARIO: 1. Premessa. Il problema della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico alla luce del recente Accordo di Parigi. – 2. Alcune considerazioni preliminari. In particolare, la questione della vigenza di un regime speciale di deroga alle regole della responsabilità internazionale degli Stati. – 3. *Segue*: la questione dell'individuazione della norma primaria sulla cui violazione si fonda la responsabilità internazionale. – 4. La determinazione dell'illecito. La necessità della raccolta e della comunicazione dei dati e gli ostacoli derivanti dall'applicazione del principio *tempus regit actum*. – 5. La riparazione del pregiudizio derivante dall'illecito. Le questioni della sua identificazione, della ricostruzione del nesso di causalità e del contributo dello Stato leso al danno. – 6. La natura *erga omnes* di un ipotetico divieto di contribuire significativamente al cambiamento climatico e le criticità dell'invocazione della responsabilità. – 7. Un ridimensionamento delle difficoltà rilevate: il caso della centrale elettrica di Prunéřov. – 8. La tendenza all'indebolimento della prospettiva della responsabilità internazionale degli Stati nell'Accordo di Parigi.

1. Premessa. Il problema della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico alla luce del recente Accordo di Parigi

Nel corso degli ultimi decenni, la comunità internazionale ha acquisito una sempre maggiore consapevolezza della minaccia globale del cambiamento climatico¹. In parallelo all'evoluzione dell'azione internazionale di

1 L'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha significativamente definito il cambiamen-

contrasto al fenomeno si è sviluppata la riflessione della dottrina, la quale si è anche interrogata sul problema della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico². La questione merita un'ulteriore disamina a fronte dei recenti sviluppi del diritto internazionale in materia.

In particolare, il 4 novembre 2016 è entrato in vigore l'Accordo di Parigi³, che, rappresentando l'epilogo di un difficile negoziato, costituisce una tappa fondamentale dell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico⁴. Difatti, nell'alveo della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico del 1992⁵, i Paesi più industria-

to climatico una «*common concern of mankind*». Essa ha ribadito tale qualificazione in successive risoluzioni (per esempio, n. 44/207 del 22 dicembre 1989, 1° capoverso del preambolo; n. 45/212 del 21 dicembre 1990, 1° capoverso del preambolo; n. 46/169 del 19 dicembre 1991, 1° capoverso del preambolo).

2 Tra gli Autori che si sono occupati del tema si annoverano M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change*, in *SELJ*, 2007, 123 ss.; C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages*, in *NJIL*, 2008, 1 ss.; J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality?*, in *JTLP*, 2009, 377 ss.; M. FITZMAURICE, *Responsibility and Climate Change*, in *GYIL*, 2010, 89 ss.; R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime*, in *La mise en œuvre du droit international de l'environnement* (a cura di S. Maljean-Dubois, L. Rajamani), London/Boston, 2011, 375 ss.; R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility*, in *International Law in the Era of Climate Change* (a cura di R. Rayfuse, S.V. Scott), Cheltenham/Northampton 2012, 321 ss.

3 L'Accordo di Parigi è stato adottato il 12 dicembre 2015 dalla XXI Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, tenutasi a Parigi dal 30 novembre al 13 dicembre 2015. Aperto alla firma e alla ratifica dal 22 aprile 2016, l'Accordo è entrato in vigore trenta giorni dopo la soddisfazione dei requisiti previsti dall'art. 21. Ai sensi della disposizione l'Accordo sarebbe stato vigente quando fosse stato ratificato da almeno quarantacinque Parti della Convenzione quadro, a condizione che da esse fosse provenuto almeno il cinquantacinque per cento delle emissioni globali di gas serra. Per alcune considerazioni circa la rapida entrata in vigore dell'Accordo di Parigi, si segnala C. VOIGT, *On the Paris Agreement's Imminent Entry into Force*, in *EJIL: Talk!*, 11-12 ottobre 2016, disponibile su www.ejiltalk.org/on-the-paris-agreements-imminent-entry-into-force/ (visitato il 19 febbraio 2017).

4 Per un generale inquadramento dell'Accordo di Parigi si veda D. BODANSKY, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, in *AJIL*, 2016, 288 ss. Ci sia consentito rinviare altresì a M. GERVASI, *Rilievi critici sull'Accordo di Parigi: le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *CI*, 2016, 21 ss.

5 *United Nations Framework Convention on Climate Change*, adottata a New York il 9 maggio 1992 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994. D'ora in poi Convenzione quadro.

lizzati avevano assunto, col Protocollo di Kyoto del 1997⁶, degli impegni di riduzione delle emissioni di gas serra, ma per un lasso di tempo determinato, conclusosi nel 2012⁷. L'esigenza avvertita dagli Stati di sviluppare un'azione di più lungo periodo ha condotto a dare avvio, nel 2005, a un negoziato volto alla conclusione di un nuovo strumento convenzionale. Il risultato è stato raggiunto solo nel 2015, appunto con l'adozione dell'Accordo di Parigi.

Proprio perché rappresenta l'approdo di un complesso negoziato, l'Accordo consente di cogliere le principali linee direttrici dell'evoluzione del diritto internazionale in tema di cambiamento climatico, pur non segnandone la tappa conclusiva. Il presente contributo intende esaminare il problema della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico alla luce di un quadro reso più completo dall'Accordo di Parigi.

A tal fine si adotterà come punto di riferimento il Progetto definitivo di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali, adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite⁸. Malgrado l'importanza del Progetto, giova ricordare che ne è dubbia l'integrale corrispondenza al diritto internazionale generale attualmente vigente⁹. Di conseguenza, ancorché l'indagine concerna specificamente il cambiamento climatico, non deve dimenticarsi che alcune delle criticità che saranno rilevate scaturiscono altresì dall'incertezza che più in generale persiste rispetto a certi aspetti della responsabilità internazionale degli Stati.

6 *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, adottato l'11 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 16 febbraio 2005. D'ora in poi Protocollo di Kyoto.

7 Art. 3, par. 1, del Protocollo di Kyoto.

8 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission 2001 (DARSIWA)*, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

9 A titolo meramente illustrativo, si pensi al regime di responsabilità degli Stati per violazione di obblighi *erga omnes*. I lavori della Commissione del diritto internazionale sul tema presentano un andamento ondivago, risentendo della posizione assunta dallo *special rapporteur* di volta in volta in carica. In proposito, si vedano, *ex pluribus*, G. PALMISANO, *Cronaca di una morte annunciata: la responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo), Milano 2006, 203 ss., e M.I. PAPA, *I rapporti tra la Corte internazionale di giustizia e il Consiglio di sicurezza*, Padova 2006, 521-528. D'altronde, anche in dottrina la materia della responsabilità per violazione degli obblighi *erga omnes* è ancora controversa, come dimostra la diversità dei numerosi orientamenti esistenti. Per una sistemazione delle principali linee direttrici del dibattito dottrinale si rinvia ancora a M.I. PAPA, *I rapporti tra la Corte internazionale di giustizia e il Consiglio di sicurezza cit.*, 515-520.

2. Alcune considerazioni preliminari. In particolare, la questione della vigenza di un regime speciale di deroga alle regole della responsabilità internazionale degli Stati

Il fondamento stesso di uno studio dedicato all'applicazione del regime di responsabilità internazionale al caso del cambiamento climatico verrebbe meno laddove la rilevante normativa internazionale, convenzionale o consuetudinaria, si configurasse come un *self-contained regime*¹⁰. È lo stesso Progetto definitivo che sancisce il carattere residuale delle regole della responsabilità statale ivi codificate¹¹, la cui rilevanza sarebbe quindi esclusa dall'eventuale esistenza di un regime autonomo in materia di cambiamento climatico.

Specie nell'ottica di un ridimensionamento del problema della frammentazione del diritto internazionale¹², poche osservazioni sembrano sufficienti per dimostrare la fondatezza di un esame incentrato sul regime generale di responsabilità degli Stati. Anzitutto, è assai controversa la definizione sia del concetto di *self-contained regimes*, sia, conseguentemente, del loro rapporto con le regole della responsabilità internazionale degli Stati¹³: in mancanza di parametri certi¹⁴, è arduo stabilire il carattere derogatorio delle norme sul

10 Per un inquadramento del tema dei *self-contained regimes*, si veda la voce di E. KLEIN, *Self-Contained Regime*, in *EPIL*, 2006, cui si rinvia anche per l'indicazione di alcuni dei principali contributi in materia. Com'è noto, l'argomento è stato oggetto di studio da parte della Commissione del diritto internazionale nell'ambito dei lavori dedicati alla frammentazione del diritto internazionale, sfociati nel rapporto ultimato dal Presidente del Gruppo di studio Martti Koskeniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, e quindi nelle *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, in *YILC*, 2006, vol. II, Part Two. Per una valutazione critica del lavoro della Commissione si rimanda a B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international*: «glissez, mortels, n'appuyez pas!», in *RGDIP*, 2007, 5 ss.

11 *DARSIWA*, Art. 55.

12 In tal senso, si veda ancora, per tutti, B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international*: «glissez, mortels, n'appuyez pas!» cit.

13 Basti ricordare le perplessità espresse dallo *special rapporteur* Arangio-Ruiz in merito alla previsione di una disposizione che qualificasse come residuale la disciplina generale prevista nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali (G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/444 and Add.1-3 del 12 e 25 maggio e del 1° e 17 giugno 1992, 41-42, par. 119-125). Circa l'inserimento della disposizione, poi confluita nell'articolo 55 dei *DARSIWA*, si veda specialmente W. RIPHAGEN, *Third Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/354 and Add.1 and 2 del 12 e 30 marzo e 5 maggio 1982, 28 ss., par. 35 ss.

14 Ad esempio, G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility cit.*, individua

cambiamento climatico¹⁵. Peraltro, è sintomatico che, ancorché si tratti di un numero esiguo di Paesi, alcuni Stati insulari, che sono tra quelli più esposti agli effetti del cambiamento climatico, hanno dichiarato che le rispettive ratifiche dell'emendamento di Doha al Protocollo di Kyoto¹⁶ e dell'Accordo di Parigi non implicano la rinuncia ad alcun diritto al risarcimento dei danni provocati dal cambiamento climatico o, più in generale, ad alcun diritto derivante dal regime di responsabilità internazionale degli Stati¹⁷.

In subordine, quindi anche ammesso che il complesso normativo sul cambiamento climatico costituisca un cosiddetto *self-contained regime*, nessun insieme di regole è completamente autonomo, onde esso non deroga mai *in toto* alla disciplina generale, comunque applicabile nel caso di lacune ovvero di *regime failure*, ossia di sua inefficacia¹⁸. In tale prospettiva, non stupisce

come criterio generale per la determinazione del carattere derogatorio di un regime normativo l'esplicita previsione dell'inapplicabilità delle regole della responsabilità internazionale degli Stati. Invece, J. CRAWFORD, *Third Report on State responsibility*, UN Doc. A/CN.4/507 and Add.1-4 del 15 marzo, 15 giugno, 10 e 18 luglio e 4 agosto 2000, p. 110, par. 420, esclude l'esistenza di parametri generali per l'accertamento di un regime di deroga alle regole della responsabilità, essendo necessario valutare di volta in volta il caso di specie.

15 Seppur con cautela, le norme internazionali sul cambiamento climatico sono ricondotte a un *self-contained regime* da M. FITZMAURICE, *Responsibility and Climate Change cit.*, 133-136. In senso contrario si esprime R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 381-385.

16 Adottato nel 2012 dalla Conferenza delle Parti del Protocollo di Kyoto (par. 1 della decisione 1/CMP.8, in FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1), il c.d. Emendamento di Doha non è mai entrato in vigore a causa del mancato raggiungimento del necessario numero di ratifiche. Esso avrebbe dovuto aggiornare il Protocollo, rinnovando gli impegni di mitigazione del cambiamento climatico per un secondo *commitment period*, intercorrente tra il 2013 e il 2020.

17 Con riguardo all'Emendamento di Doha, la dichiarazione è stata apposta dalle Isole Marshall, dalla Micronesia, da Nauru e dalle Isole Salomone. Rispetto all'Accordo di Parigi, un'analoga dichiarazione è stata apposta da Nauru, Tuvalu, Niue, Vanuatu, dalla Micronesia, dalle Isole Cook e dalle Isole Salomone, mentre le Isole Marshall hanno più genericamente affermato di non rinunciare ad «*any rights under any other laws, including international law*».

18 Oltre che rimarcato da illustri Autori (*ex multis*, G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility cit.*, 40-41, par. 115; B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: «glissez, mortels, n'appuyez pas!» cit.*, 9), il punto è riconosciuto anche dalla Commissione del diritto internazionale nelle *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law cit.*, paragrafi 15-16. Per un approfondimento della nozione di *regime failure*, si rinvia a L. GRADONI, *Regime failure nel diritto internazionale*, Padova 2009, 1 ss., specialmente 51 ss. Per alcuni rilievi circa la residuale applicabilità del regime di responsabilità internazionale degli Stati, nel caso di deroga da parte

che l'espressione stessa *self-contained regime* sia stata ritenuta fuorviante¹⁹.

3. Segue: la questione dell'individuazione della norma primaria sulla cui violazione si fonda la responsabilità internazionale

Un'altra questione preliminare risiede nell'individuazione della norma primaria sul cambiamento climatico la cui violazione da parte di uno Stato, attraverso una condotta a esso attribuibile, costituisca un illecito internazionale per il quale lo Stato stesso sia responsabile. Ai fini della presente indagine, interessano gli obblighi non già procedurali, bensì materiali, direttamente disciplinanti la determinazione del fenomeno.

Già sul piano del diritto internazionale convenzionale l'identificazione di una norma primaria materiale sul cambiamento climatico appare difficile, anche in ragione della deliberata ambiguità che spesso contraddistingue gli strumenti e le disposizioni rilevanti. Anzitutto, alcuni degli Stati parti della Convenzione quadro hanno negato che essa ponga un obbligo di riduzione delle emissioni di gas serra, a causa dell'eccessiva genericità dell'art. 4, par. 2²⁰. Quanto al Protocollo di Kyoto, si è già precisato che nel 2012 è terminato il periodo di riferimento dei più puntuali obblighi di riduzione ivi previsti

dei meccanismi di *non-compliance* istituiti dai trattati multilaterali a tutela dell'ambiente, si rinvia a L. PINESCHI, *Non-Compliance Procedures and the Law of State Responsibility*, in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (a cura di T. Treves, L. Pineschi, A. Tanzi, C. Pitea, C. Ragni, F. Romanin Jacur), The Hague 2009, 483 ss., 491-496.

19 *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Kosenniemi cit.*, 100, paragrafi 192-193.

20 Sul punto si rinvia a D. BODANSKY, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*, in *YJIL*, 1993, 451 ss., 516-517, nonché, più in generale, a P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, 3^a ed., Oxford 2009, 360; J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality?* *cit.*, 388-389; P. SANDS, J. PEEL, A. FABRA, R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, 3^a ed., Cambridge 2012, 280-281. Invece, tale dato della prassi viene sostanzialmente trascurato da M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 142-143; C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 5-7; R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 330-333. Peraltro, come notato da R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 387-388, la vaghezza della disposizione ne ostacolerebbe comunque l'accertamento della violazione.

a carico degli Stati maggiormente sviluppati²¹. Infine, l'Accordo di Parigi si limita a stabilire il generico obbligo delle Parti «[to] prepare, communicate and maintain» dei contributi nazionali, discrezionalmente determinati²², alla mitigazione dell'aumento delle temperature²³, senza che sia *apertis verbis* stabilito l'obbligo di attuare detti contributi unilaterali²⁴.

D'altronde, l'individuazione di una norma primaria materiale risulta ardua anche sul piano del diritto internazionale generale. Almeno *prima facie*, appare improbabile la rilevazione di una consuetudine internazionale che imponga di non contribuire significativamente al cambiamento climatico: essa sarebbe incompatibile con certe manifestazioni della prassi statale, e specialmente con la tendenziale ritrosia degli Stati di origine delle maggiori quantità di gas serra ad assumere degli impegni efficaci di contrasto al cambiamento climatico²⁵. Il medesimo dato della prassi suscita altresì delle perplessità circa la rilevanza dell'obbligo consuetudinario che, più ampiamente, imporrebbe agli Stati di assicurare che le attività, svolte entro la propria giurisdizione o sotto il proprio controllo, non cagionino danni ambientali transfrontalieri²⁶. Peraltro, la vigenza di detto obbligo nel diritto internazio-

21 Art. 3, par. 1, del Protocollo di Kyoto. Come osservato da R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 386-387, la precisione degli obblighi previsti dal Protocollo di Kyoto facilita l'accertamento del loro rispetto.

22 Come – debole – limite alla discrezionalità delle Parti nella determinazione dei rispettivi contributi nazionali l'art. 4, par. 3, dell'Accordo di Parigi prevede solamente che «[e]ach Party's successive nationally determined contribution will represent a progression beyond the Party's then current nationally determined contribution and reflect its highest possible ambition». La determinazione domestica dei citati contributi è conforme alla precipua declinazione che assume il principio delle responsabilità comuni ma differenziate nell'Accordo di Parigi, come si vedrà anche *infra*, nota 123 e testo corrispondente. Per un approfondimento si rinvia a S. MALJEAN-DUBOIS, *The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?*, in *RECIEL*, 2016, 151 ss., 154-156.

23 Art. 4, par. 2, letto in combinato disposto con l'art. 2, par. 1, lett. a), dell'Accordo di Parigi.

24 Ciò è rimarcato specialmente da D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *RECIEL*, 2016, 142 ss., 146.

25 Il punto sarà più diffusamente illustrato *infra*, par. 8.

26 Trattasi dell'obbligo consacrato dal principio 21 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano. Per un inquadramento del principio si veda, per tutti, A. FODELLA, *I principi generali*, in *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale* (a cura di A. Fodella, L. Pineschi), Torino 2009, 95 ss., 97-101. Nel senso dell'applicabilità del principio 21, quale obbligo consuetudinario, al cambiamento climatico, si esprimo-

nale consuetudinario, pur sostenuta dalla maggioranza della dottrina²⁷, non è scevra da dubbi²⁸. In ogni caso, le incertezze sul contenuto di tale obbligo accrescono le accennate perplessità sulla sua applicabilità al caso del cambiamento climatico²⁹.

Nella presente sede, dedicata alle norme secondarie sulla responsabilità, non è possibile indugiare ulteriormente sul problema dell'individuazione delle norme primarie materiali³⁰. Sia sufficiente quanto osservato per mostrare le difficoltà che l'esame della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico già prospetta a monte, nell'identificazione della norma la cui violazione generi un illecito internazionale.

no M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 144-146; C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 7-9; R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 389-395; R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 333.

27 Così, M. FITZMAURICE, *International Protection of the Environment*, in *RCADI*, vol. 239, 2002, 9 ss., 106-107, afferma che: «one of the undisputed norms of customary international law is the one [...] impos[ing] an obligation on States to exploit their natural resources in such a manner as not to cause damage to the environment of other States or areas beyond the limits of their national jurisdiction», aggiungendo addirittura che «it is incontestable that at present this principle is part and parcel of international customary law» (109).

28 Tra le voci contrarie alla natura consuetudinaria dell'obbligo di prevenzione dell'inquinamento transfrontaliero, come sancito dal principio 21 della Dichiarazione di Stoccolma, occorre menzionare O. SCHACHTER, *The Emergence of International Environmental Law*, in *JIA*, 1991, 457 ss., 458-463, specialmente 462-463; D. BODANSKY, *Customary (and Not So Customary) International Environmental Law*, in *IJGLS*, 1995, 105 ss., 110-111; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 10ª ed., Napoli 2014, 234-236.

29 In tal senso J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality? cit.*, 387-388.

30 In conformità all'oggetto del presente contributo, abbiamo considerato le norme primarie convenzionali o consuetudinarie precipuamente pertinenti alle emissioni di gas a effetto serra e al cambiamento climatico. Occorrerà valutare caso per caso se, e in quale misura, rilevino delle *altre* norme, cui solo indirettamente, e spesso parzialmente, è sussumibile la fattispecie del surriscaldamento globale. Per esempio, J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality? cit.*, 396-399, esamina le norme previste dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, adottata il 10 dicembre 1982 a Montego Bay ed entrata in vigore il 16 novembre 1994) e dal connesso Accordo del 1995 sugli stock ittici transzonali e altamente migratori (*Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, adottato a New York il 4 agosto 1995 ed entrato in vigore l'11 dicembre 2001).

4. La determinazione dell'illecito. La necessità della raccolta e della comunicazione dei dati e gli ostacoli derivanti dall'applicazione del principio *tempus regit actum*

Com'è noto, la principale causa antropogenica del surriscaldamento globale risiede nelle emissioni di gas a effetto serra. Di conseguenza, se esistesse una rilevante norma primaria, la responsabilità per la sua violazione si imputerebbe allo Stato cui fosse attribuibile una condotta, attiva od omissiva, consistente nel massiccio rilascio di gas serra. Tuttavia, l'accertamento di tale comportamento e la sua attribuzione a un determinato Stato presentano varie difficoltà.

Anzitutto, rispetto all'elemento soggettivo, appare improbabile che, nonostante i rilevanti progressi scientifici, ogni Stato conosca la quantità di emissioni di gas a effetto serra proveniente da un altro Stato, senza che quest'ultimo fornisca i pertinenti dati. *De facto*, la possibilità di attribuire a uno Stato il massiccio rilascio di gas serra sembra perlopiù dipendere dalla vigenza e dal funzionamento di meccanismi di cooperazione che garantiscano la raccolta e lo scambio di informazioni. Ciò implica che, anche ammesso che si individuasse il fondamento della responsabilità statale per il cambiamento climatico nella violazione di un'ipotetica norma consuetudinaria, al di fuori di un sistema convenzionale di comunicazione dei dati rilevanti risulterebbe almeno incerta l'attribuzione della condotta a uno Stato.

Quanto appena osservato trova conferma nella prassi: i principali strumenti convenzionali di contrasto al cambiamento climatico prevedono lo scambio di informazioni tra gli Stati parti, per quanto concerne sia le rispettive emissioni di gas serra sia l'adempimento degli impegni di riduzione³¹. L'orientamento si riscontra da ultimo nell'Accordo di Parigi, ove si istituisce una cornice di trasparenza³², appunto imperniata sullo scambio di informazioni³³. Peraltro, è indicativo che tale quadro di trasparenza deva realizzarsi nella prospettiva della facilitazione, e non della sanzione³⁴: ne emerge la piena consapevolezza degli Stati circa il rilievo determinante della raccolta e comunicazione delle informazioni ai fini dell'accertamento del rispetto degli impegni di mitigazione³⁵. In effetti, la cornice di trasparenza serve al bilancio globale che la Conferenza della Parti dell'Accordo di Parigi dovrà periodicamente predisporre allo scopo di valutare il progressivo raggiungi-

31 Art. 12, par. 1, della Convenzione quadro; art. 7, del Protocollo di Kyoto.

32 Art. 13 dell'Accordo di Parigi.

33 Art. 13, par. 7, dell'Accordo di Parigi.

34 Art. 13, par. 3, dell'Accordo di Parigi.

35 Sul punto si tornerà anche *infra*, testo corrispondente alla nota 116.

mento degli obiettivi dell'Accordo medesimo³⁶.

Inoltre, anche l'accertamento dell'antigiuridicità della condotta presenta dei problemi, specialmente sotto due profili³⁷. In primo luogo, sembra sempre necessaria una puntuale conoscenza della quantità di emissioni di gas serra provenienti da uno Stato, talché è ancora decisivo il funzionamento di un meccanismo di comunicazione. Infatti, l'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico indica come l'obiettivo risieda nella riduzione delle emissioni di gas serra entro una specifica soglia o nella mitigazione dell'innalzamento delle temperature che superi una certa misura³⁸. Tale orientamento comporta l'esigenza che si conosca con precisione la quantità di emissioni provenienti da uno Stato, perché si accerti se essa superi la soglia stabilita o contribuisca eccessivamente all'innalzamento delle temperature.

In secondo luogo, la determinazione dell'illecito appare ostacolata dall'applicazione del principio *tempus regit actum*³⁹, in ragione del carattere duraturo della permanenza dei gas a effetto serra nell'atmosfera⁴⁰. Certo, laddove vigesse una rilevante norma primaria, resterebbe ferma l'illiceità dell'attuale contributo al cambiamento climatico, indipendentemente dal momento futuro in cui si verificherà il conseguente innalzamento delle temperature o un suo ulteriore effetto. Tuttavia, l'odierno surriscaldamento globale e le sue ripercussioni derivano dalle emissioni passate, risalenti a un'epoca anteriore all'entrata in vigore dei principali strumenti convenzionali di contrasto al cambiamento climatico, nonché all'affermazione stessa

36 Art. 13, paragrafi 5 e 6, dell'Accordo di Parigi, letto in combinato disposto con l'art. 14, par. 1, dell'Accordo medesimo.

37 Non sarà considerata la questione delle circostanze di esclusione dell'illecito, giacché non sembra sollevare delle criticità peculiari nel caso del cambiamento climatico. Del resto, la rilevanza stessa di tali circostanze appare inverosimile, come osservato da R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 378-379.

38 Ai termini della Convenzione quadro, le Parti perseguono la riduzione delle proprie emissioni di gas serra entro i rispettivi livelli anteriori al 1990, mentre nel Protocollo di Kyoto sono addirittura stabiliti dei massimali di emissioni che gli Stati parti maggiormente sviluppati si impegnano a non superare nel corso del quinquennio di riferimento. Seppur più genericamente, l'Accordo di Parigi prevede che i programmi nazionali, che le Parti sono tenute a predisporre, realizzino lo scopo del mantenimento delle temperature entro i 2° centigradi, a circa 1,5° centigradi.

39 *DARSIWA*, Art. 13.

40 Con riguardo alle questioni temporali della responsabilità per il cambiamento climatico si veda anche R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 395-397.

del problema del surriscaldamento globale sul piano internazionale. Così, sarebbe priva di antigiuridicità la condotta tenuta dagli Stati rispetto alle emissioni di gas a effetto serra che hanno causato il cambiamento climatico presente o di un futuro prossimo. Ciò escluderebbe la responsabilità per il pregiudizio consistente nel corrente innalzamento delle temperature ovvero nelle sue attuali ripercussioni.

Né le perplessità pertinenti all'antigiuridicità della condotta alla luce del parametro temporale sarebbero attenuate dalla qualificazione della condotta medesima come un atto composito⁴¹. Infatti, l'obiettivo della riduzione della contribuzione al cambiamento climatico entro una certa soglia suggerisce il carattere composito dell'eventuale illecito *de quo*, che quindi si determinerebbe laddove, attraverso l'iterazione della condotta, si raggiungesse un dato livello di emissioni di gas a effetto serra. Eppure, come chiarito dalla Commissione del diritto internazionale, anche nel caso di atto composito si richiede che l'obbligo, della cui violazione si tratti, viga sin dal momento della prima azione od omissione, necessaria perché il numero di condotte sia sufficiente per la determinazione dell'illecito⁴². Perciò, la configurazione dell'ipotetico illecito come composito non impedirebbe che il principio *tempus regit actum* escludesse l'antigiuridicità delle emissioni di gas serra precedenti alla vigenza di un eventuale divieto di contribuzione al cambiamento climatico, sebbene a esse si aggiungano le emissioni successive⁴³.

5. La riparazione del pregiudizio derivante dall'illecito. Le questioni della sua identificazione, della ricostruzione del nesso di causalità e del contributo dello Stato leso al danno

Ad onta delle difficoltà riscontrate, ammesso che un illecito scaturisse dalla violazione di un ipotetico divieto di contribuire significativamente al cambiamento climatico, non si rinverrebbero delle criticità peculiari rispetto alla persistenza dell'obbligo dello Stato responsabile di conformarsi alla

41 Com'è noto, alla stregua dell'art. 15 del Progetto definitivo, la violazione di un obbligo internazionale, che risulti da una serie di azioni od omissioni *complessivamente* costituenti un illecito, si configura allorché la 'somma' delle azioni od omissioni sia sufficiente ai fini della determinazione dell'illecito stesso. La durata della violazione si estende per l'intero periodo in cui si susseguono le azioni od omissioni

42 *DARSIWA*, 63-64, punto 11.

43 *Contra*, M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 171-173, che però sembrano trascurare la dianzi illustrata precisazione della Commissione del diritto internazionale.

norma primaria violata⁴⁴. Con riguardo alla cessazione dell'illecito, accompagnata, se del caso, da adeguate garanzie di non ripetizione⁴⁵, deve osservarsi che la riduzione del rilascio di un'eccessiva quantità di emissioni di gas serra, nonché il suo assorbimento, possono realizzarsi solo gradatamente, entro un arco di tempo piuttosto ampio⁴⁶, cosicché lo Stato responsabile non potrebbe rapidamente porre termine all'illecito. Ciò precisato circa la cessazione dell'illecito, in merito al contenuto della responsabilità occorre soffermarsi maggiormente sull'obbligo di riparazione⁴⁷.

Infatti, si prospettano delle difficoltà già nell'identificazione del pregiudizio⁴⁸, individuabile nell'innalzamento delle temperature in quanto tale ovvero in una delle sue ulteriori ripercussioni⁴⁹. Atteso che l'obbligo di riparazione attiene al danno derivante dall'illecito internazionale⁵⁰, in entrambi i casi si tratterebbe di un danno provocato dal massiccio contributo al cambiamento climatico, cioè dall'ipotetica condotta antigiuridica. Qualunque soluzione si adottasse, peraltro, sarebbe ardua la ricostruzione del nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno da riparare. Del resto, la Commissione del diritto internazionale ha rinvenuto proprio nel danno ambientale provocato dalle eccessive emissioni un esempio di pregiudizio distante, contingente o incerto⁵¹.

L'individuazione del danno nel surriscaldamento globale *ex se* susciterebbe delle perplessità rispetto a ciascuna delle tre declinazioni della riparazione⁵².

44 DARSIIWA, Art. 29. In proposito si veda anche R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 341.

45 DARSIIWA, Art. 30. Per alcuni rilievi circa l'importanza delle garanzie di non ripetizione nel caso della responsabilità per il cambiamento climatico, si vedano M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 174.

46 Così, R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 408.

47 DARSIIWA, Art. 31.

48 L'art. 31 dei DARSIIWA concerne specificamente «*an obligation to make full reparation for the injury*».

49 Per un inquadramento del problema della determinazione del danno da cambiamento climatico, si rinvia a C. VOIGT, *Climate Change and Damages*, in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (a cura di C.P. Carlarne, K.R. Gray, R.G. Tarasofsky), Oxford 2016, 464 ss., 475-483.

50 DARSIIWA, Art. 31, par. 1.

51 Id., p. 92, punto 8.

52 Id., Art. 34.

In primo luogo, la *restitutio in integrum* sarebbe difficilmente applicabile⁵³. Consistendo nel ripristino della situazione esistente prima della commissione dell'illecito, nella fattispecie in esame la restituzione esigerebbe che lo Stato responsabile realizzasse un abbassamento delle temperature globali. È evidente che siffatto obiettivo è 'materialmente impossibile', solo che si consideri la molteplicità di fattori, antropogenici e non, che incidono sulle temperature terrestri⁵⁴. In secondo luogo, il surriscaldamento globale, in quanto tale, non rappresenta un danno concreto, quantificabile in termini economici secondo la definizione di danno risarcibile fornita dalla Commissione del diritto internazionale⁵⁵. Proprio in ragione dell'astrattezza del pregiudizio consistente nell'innalzamento delle temperature ex se, verrebbero in rilievo le note difficoltà del risarcimento del c.d. 'danno ambientale puro'⁵⁶. Peraltro, sarebbe irragionevole se si pretendesse che gli Stati offensori, che avessero massicciamente contribuito al cambiamento climatico, risarcissero i costi sostenuti dalla generalità degli Stati, tutti egualmente colpiti dall'innalzamento globale delle temperature, per la mitigazione del surriscaldamento, provocato anche da fattori non antropogenici. Infine, la soddisfazione sembra una forma di riparazione inadeguata, o comunque insufficiente, a causa della portata e della gravità dell'innalzamento delle temperature⁵⁷.

Inoltre, l'identificazione del pregiudizio nell'innalzamento delle temperature comporterebbe un arduo appuramento del nesso di causalità. In particolare, anche tralasciando la pluralità di fattori che contribuiscono al surriscaldamento globale, la ricostruzione del nesso di causalità sarebbe ostacolata dalla menzionata distanza temporale tra il rilascio di gas serra e l'innalzamento delle temperature, attesa la permanenza di tali gas nell'atmo-

53 In tal senso, pur con generale riferimento al danno da cambiamento climatico, si vedano R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 341, e C. VOIGT, *Climate Change and Damages cit.*, 474.

54 Com'è noto, in virtù dell'art. 35, lett. a), dei DARSIIWA, lo Stato responsabile è tenuto al ripristino della situazione preesistente alla realizzazione dell'illecito, a condizione che esso non sia «materially impossible».

55 Si veda il commento all'art. 31 dei DARSIIWA, 91-92, punto 5. *Ex art.* 36, par. 2 il risarcimento copre «any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established».

56 Per una panoramica del problema si rinvia, per tutti, a T. SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale in tema di valutazione del danno ambientale*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (a cura di P. Fois), Napoli 2007, 363 ss., specialmente 370 ss. In merito ai metodi di quantificazione economica del danno ambientale, si veda M. ALBERTON, *La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano 2011, 167 ss.

57 Così ritiene anche R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 341.

sfera e la gradualità del cambiamento climatico⁵⁸. Quantunque sia pressoché certo, in generale, il contributo delle emissioni di gas al surriscaldamento globale⁵⁹, appare difficilmente accertabile la consequenzialità tra determinate emissioni di gas serra, provenienti da certi Stati in un dato momento storico, e l'aumento delle temperature terrestri in uno specifico periodo successivo, ancorché notevoli progressi scientifici siano stati compiuti in tale direzione⁶⁰.

Piuttosto che nell'innalzamento delle temperature in sé, il pregiudizio potrebbe individuarsi nelle conseguenze del surriscaldamento, come l'inaridimento delle terre, la desertificazione, l'innalzamento del livello delle acque a causa dello scioglimento dei ghiacciai, l'accentuata gravità di certi disastri naturali. In tal senso depongono la recente prassi degli Stati⁶¹ e, da ultimo, l'Accordo di Parigi, il cui articolo 8 concerne i danni e le perdite appunto «*associated with the adverse effects of climate change*»⁶².

D'altronde, anche con riferimento ai singoli fenomeni pregiudizievoli derivanti dal cambiamento climatico, il ricorso alla riparazione nella forma della *restitutio in integrum* si rivelerebbe – quantomeno spesso – materialmente impossibile⁶³. A titolo illustrativo, si pensi al ripristino della situa-

58 *Supra*, par. 4.

59 Per un approfondimento si rimanda a C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 16, e ID., *Climate Change and Damages cit.*, 486.

60 Per alcuni esempi dei citati progressi si rinvia a M.J. MACE, R. VERHEYEN, *Loss, Damage and Responsibility after COP21: All Options Open for the Paris Agreement*, in *RECIEL*, 2016, 197 ss., 212-213.

61 A titolo illustrativo, in occasione della loro Diciannovesima Conferenza, tenutasi a Varsavia tra l'11 e il 22 novembre 2013, le Parti della Convenzione quadro hanno istituito il *Warsaw International Mechanism for Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts* con la decisione 2CP/19 (FCCC/CP/2013/10/Add.1), che appunto si occupa dei danni e delle perdite provocati dalle ripercussioni del cambiamento climatico.

62 Tuttavia, deve rimarcarsi che, come si vedrà meglio *infra*, testo corrispondente alla nota 121, gli Stati hanno negato ogni rilevanza dell'art. 8 dell'Accordo di Parigi ai fini della responsabilità e del risarcimento. Né la disposizione pone a carico delle Parti alcun obbligo materiale. In particolare, ivi si riconosce l'importanza di evitare, ridurre e affrontare i danni e le perdite derivanti dalle ripercussioni del cambiamento climatico (par. 1), «*Parties should enhance understanding, action and support [...] on a cooperative and facilitative basis with respect to loss and damage associated with the adverse effects of climate change*» (par. 3). I soli obblighi previsti concernono il già menzionato Meccanismo di Varsavia (*supra*, nota precendete), che comunque svolge una funzione meramente ausiliaria rispetto all'azione degli Stati.

63 In senso analogo si esprime anche R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 409.

zione precedente all'innalzamento del livello delle acque o alla desertificazione. Tuttavia, l'identificazione del pregiudizio nelle ripercussioni del surriscaldamento globale consentirebbe un più agevole ricorso alla specie di riparazione consistente nel risarcimento⁶⁴, posto che, malgrado le dianzi citate difficoltà della quantificazione del danno ambientale, la concretezza di almeno alcuni dei danni provocati dalle conseguenze del surriscaldamento globale ne permetterebbe la valutazione economica. Per esempio, il risarcimento potrebbe avere come oggetto i costi dell'adattamento ai menzionati fenomeni⁶⁵.

Nondimeno, qualora il pregiudizio derivante dall'illecito si individuasse nelle ripercussioni dell'innalzamento delle temperature, si acuirebbe il problema della ricostruzione del nesso di causalità. Infatti, anche in ragione della già ricordata molteplicità di fattori che incidono sui fenomeni *de quibus*, sorgono delle perplessità in merito all'esistenza di una consequenzialità sufficientemente stretta⁶⁶ tra l'eventuale illecito consistente nel massiccio rilascio di gas a effetto serra, proveniente da un certo Stato in un preciso momento storico seriore alla vigenza di una rilevante norma, e uno specifico pregiudizio verificatosi in un periodo successivo nei confronti di un altro Stato, spesso molto distante dal Paese di origine delle emissioni di gas⁶⁷.

In aggiunta alle questioni dell'identificazione del pregiudizio e della ricostruzione del nesso di causalità, una criticità relativa alla riparazione si riscontra nella sua determinazione. A tal fine, ai sensi del Progetto definitivo,

64 Sebbene per altre ragioni, la preferibilità del risarcimento viene espressa pure da M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 173-174.

65 Così suggerisce C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 18-19. In realtà, come si illustrerà infra (par. 8), il problema della riparazione sembra ridimensionarsi in presenza di norme primarie sull'adattamento.

66 Infatti, nel commento all'art. 31 dei *DARSIWA*, p. 92, punto 9, la Commissione del diritto internazionale chiarisce che l'oggetto della riparazione non è ognuna delle conseguenze che scaturisce dall'illecito internazionale, bensì solamente il pregiudizio da esso risultante. Ancorché il parametro per l'accertamento del nesso di causalità muti secondo la violazione di volta in volta rilevante, ne emerge un generale requisito di prossimità tra l'illecito e il pregiudizio (ivi, 92-93, punto 10).

67 Alcune soluzioni al problema sono proposte da M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 158-159; C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 15-17; J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality? cit.*, 382-384. Invece, R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 400-401, propone l'applicazione di una presunzione *iuris tantum*, che determinerebbe un'inversione dell'onere della prova a carico dello Stato offensore.

è necessario tener conto del contributo apportato al danno dalle azioni od omissioni dello Stato leso, o di ogni individuo o ente in relazione ai quali la riparazione è chiesta⁶⁸. Posta la natura globale del cambiamento climatico, sembra inverosimile che lo Stato leso non abbia contribuito e non contribuisca al pregiudizio da riparare⁶⁹, indipendentemente dall'identificazione del danno nell'innalzamento delle temperature in quanto tale ovvero nei suoi effetti. Anche rispetto al contributo dello Stato leso, quindi, si profilano le già citate difficoltà derivanti sia dalla necessità della comunicazione dei dati pertinenti alle emissioni di gas serra⁷⁰, sia dalla ricostruzione del nesso di causalità tra il presunto contributo e il danno⁷¹.

6. La natura *erga omnes* di un ipotetico divieto di contribuire significativamente al cambiamento climatico e le criticità dell'invocazione della responsabilità

Procedendo all'esame dell'invocazione della responsabilità per il cambiamento climatico, è d'uopo precisare preliminarmente che le osservazioni sul punto dovranno intendersi con le dovute riserve. Infatti, nella presente indagine si sono già rimarcate le difficoltà dell'individuazione di una norma primaria materiale sulla contribuzione al cambiamento climatico⁷². Tuttavia, ai fini dell'attuazione della responsabilità occorre interrogarsi proprio sulla natura della norma primaria⁷³, giacché, ai sensi del Progetto definitivo, nel

68 *DARSIWA*, Art. 39.

69 Ciò è evidenziato anche da C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages* cit., 19, e R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm*, "Revisited" within the *Climate Change Regime* cit., 411-412. Più di recente, secondo C. VOIGT, *Climate Change and Damages* cit., 486-489, addirittura la vulnerabilità di uno Stato al cambiamento climatico dovrebbe considerarsi come un 'contributo' al pregiudizio del danno, almeno nella misura in cui essa sia dovuta a una 'colpa' dello Stato medesimo.

70 *Supra*, par. 4.

71 Secondo J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality?* cit., 382, la problematicità connessa al contributo dello Stato leso al danno da riparare sarebbe attenuata nel caso in cui la responsabilità dello Stato offensore fosse invocata da uno Stato che contribuisse solo in minima parte al cambiamento climatico. Mette conto sottolineare, però, che le difficoltà non sarebbero del tutto appianate, siccome non sembra che rilevi solamente il contributo dello Stato leso che sia di notevole entità.

72 *Supra*, par. 3.

73 Il punto è rimarcato già da P. PICONE, *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*,

caso in cui sia violato un obbligo *erga omnes* o *erga omnes partes* la responsabilità può essere invocata non solo dagli Stati lesi⁷⁴, ma anche dagli Stati diversi da quelli lesi⁷⁵.

Ciò premesso, certi dati della prassi internazionale propenderebbero nel senso della natura *erga omnes* di un eventuale divieto di contribuire significativamente al cambiamento climatico, come del resto sostenuto da parte della dottrina⁷⁶. Nello specifico, l'iterata qualificazione della tutela del clima come una «*common concern of humankind*»⁷⁷ ne indicherebbe la percezione quale un interesse proprio della comunità internazionale nel suo insieme⁷⁸. Inoltre, posto che il cambiamento climatico deriva dal grave inquinamento atmosferico provocato da consistenti e protratte emissioni di gas serra, è sintomatico che nel Progetto approvato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale la violazione degli obblighi vietanti l'inquinamento massiccio dell'atmosfera si annoverasse tra i crimini internazionali⁷⁹, venen-

in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino* (a cura di V. Starace), Milano 1983, 15 ss., 50-51, anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*. *Studi critici di diritto internazionale*, 3ª ed., Napoli 2013, 1 ss., nonché, più di recente e per quanto concerne in particolare gli obblighi *erga omnes partes*, da M.I. PAPA, *Interesse ad agire davanti alla Corte internazionale di giustizia e tutela di valori collettivi nella sentenza sul caso Belgio c. Senegal*, in *DUDI*, 2013, 79 ss., 82-86.

74 *DARSIWA*, Art. 42. Sul punto si veda anche G. GAJA, *The Concept of an Injured State*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 941 ss., in particolare 942.

75 *DARSIWA*, Art. 48.

76 Si vedano R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 405-408, e R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 346-347.

77 Oltre che nelle risoluzioni dell'Assemblea generale già ricordate *supra* (nota 1), l'espressione si legge anche nel 1° capoverso del preambolo della Convenzione quadro ed è stata da ultimo ribadita nell'11° capoverso del preambolo dell'Accordo di Parigi. Per alcuni rilievi sulla definizione del cambiamento climatico come una «*common concern of humankind*» si segnala F. SOLTAU, *Common Concern of Humankind cit.*, 202 ss., specialmente 208-211.

78 Si ricordi la prima definizione degli obblighi *erga omnes*, consacrata nella sentenza sul caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, resa dalla Corte internazionale di giustizia il 5 febbraio 1970 (par. 33). Più in generale, in dottrina si rimarca come la tutela internazionale dell'ambiente rappresenti un 'terreno fertile' per la formazione e ricostruzione di obblighi *erga omnes*. In tal senso, si veda, per tutti, M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford 1997, 154-162, in particolare 156.

79 Art. 19, par. 3, lett. d), dei Draft Articles on State Responsibility with Commentaries

do così qualificata come la violazione di un obbligo essenziale per la tutela di interessi fondamentali per l'intera comunità internazionale⁸⁰. Nel commento alla disposizione, la Commissione enumerava proprio la modifica del clima tra i più noti rischi ambientali⁸¹.

Se esistesse un divieto *erga omnes* avente per oggetto la massiccia contribuzione al cambiamento climatico, la sua garanzia ai sensi del Progetto definitivo presenterebbe delle particolari criticità, che si aggiungerebbero alla generale debolezza della disciplina ivi prevista in materia di violazione degli obblighi *erga omnes*⁸². In primo luogo, sarebbe complessa l'individuazione dello Stato leso, legittimato in quanto tale a far valere tutte le conseguenze dell'illecito⁸³ e ad adottare contromisure⁸⁴. Infatti, in astratto, sarebbero «*specially affected*» dall'eventuale illecito gli Stati più esposti alle ripercussioni del surriscaldamento globale, cioè – indicativamente – i Paesi in via di sviluppo⁸⁵. Tuttavia, si è già accennato alle difficoltà della ricostruzione del nesso di causalità tra specifiche emissioni di gas serra e singoli fenomeni ambientali⁸⁶, talché in concreto, cioè con riferimento a delle precise condotte di contribuzione al cambiamento climatico, l'identificazione stessa

thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading nel 1996 (d'ora in avanti, Progetto adottato in prima lettura). La connessione tra la disposizione e il cambiamento climatico è tracciata anche da R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 342-343.

80 Art. 19, par. 2, del Progetto adottato in prima lettura.

81 Commento all'art. 19 del Progetto adottato in prima lettura, 119, punto 32.

82 Com'è noto, la dottrina in materia è amplissima. Per un esame critico del regime previsto dal Progetto definitivo per il caso di violazione di obblighi *erga omnes*, si rinvia, per tutti, a P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *RDI*, 2005, 893 ss., anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*. *Studi critici di diritto internazionale cit.*, 517 ss. Invece, per un accoglimento più favorevole della disciplina, si veda, per tutti, A. GIANELLI, *Le conseguenze delle gravi violazioni di obblighi posti da norme imperative tra norme primarie e norme secondarie*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione cit.*, 245 ss.

83 *DARSIWA*, Art. 42 e 43.

84 *Id.*, Art. 49.

85 Secondo il commento della Commissione del diritto internazionale all'art. 42, par. 1, lett. b), n. i), dei *DARSIWA*, l'ipotesi di uno Stato specialmente riguardato dalla violazione di un obbligo *erga omnes* ricorre allorché l'illecito, pur avendo delle implicazioni nei confronti dell'intera comunità internazionale, abbia delle particolari ripercussioni nei confronti dello Stato medesimo, tali da distinguerlo dalla generalità degli altri Stati cui l'obbligo è dovuto (p. 119, punto 12).

86 Si veda *supra*, par. 5.

degli Stati «*pecially affected*» sarebbe ardua.

D'altronde, proprio con riferimento a un problema globale derivante dall'inquinamento atmosferico, quale l'assottigliamento dello strato di ozono, il relatore speciale Arangio-Ruiz aveva rimarcato l'inadeguatezza di un approccio incentrato sulla categoria degli Stati particolarmente lesi⁸⁷. In particolare, «*[a]lthough differences could emerge from the point of view of the degree of exposure of States to the negative impact of the ozone depletion, in no case would it be correct to define this difference in terms of a "direct", "less direct" or "indirect" juridical injury*»⁸⁸.

In secondo luogo, passando alla posizione degli Stati diversi da quelli lesi, è appena il caso di ricordare che il Progetto definitivo riconosce in capo a essi solo una circoscritta legittimazione all'invocazione della responsabilità dello Stato offensore. Oltre che la cessazione dell'illecito e le garanzie e assicurazioni di non ripetizione⁸⁹, essi potrebbero richiedere l'adempimento dell'obbligo di riparazione nell'esclusivo interesse dello Stato leso o dei beneficiari dell'obbligo violato⁹⁰, mentre sembra precluso il ricorso alle contromisure, ancorché il punto sia controverso⁹¹.

87 In effetti, ai sensi dell'art. 40, par. 3, del Progetto adottato in prima lettura, nel caso di crimini internazionali tutti gli Stati altri dallo Stato offensore sarebbero lesi. Secondo la concezione promossa dallo *special rapporteur* Arangio-Ruiz, agli obblighi *erga omnes* corrisponderebbero dei diritti *omnium* (G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility cit.*, 44, par. 131 s.): venivano quindi rigettate le nozioni di Stato direttamente o indirettamente leso e nonché di Stato specialmente o non specialmente riguardato (ivi, 44-46, par. 134-138).

88 G. ARANGIO-RUIZ, *Fourth Report on State Responsibility cit.*, 45, par. 135. Almeno rispetto ai profili rilevanti nella presente sede, il fenomeno dell'assottigliamento della fascia dell'ozono è conterminato al problema del cambiamento climatico. Infatti, in entrambi i casi l'inquinamento atmosferico, provocato dalle emissioni di gas, si ripercuote dapprima sull'intero globo, rispettivamente attraverso l'impoverimento dello strato di ozono e l'innalzamento delle temperature, e solo in un secondo momento provoca dei danni più specifici nei confronti di determinati Stati.

89 DARSIIWA, Art. 48, par. 2, lett. a).

90 Id., Art. 48, par. 2, lett. b).

91 Com'è noto, appare ambiguo il riferimento dell'art. 54 dei DARSIIWA al diritto degli Stati diversi dallo Stato leso «*to take lawful measures*». L'equivocità sarebbe peraltro deliberata, giacché, secondo la Commissione, «*[a]t present, there appears to be no clearly recognized entitlement of States [other than an injured State] to take countermeasures in the collective interest*» (DARSIIWA, 139, punto 6). Tuttavia, in dottrina si è sostenuto che anche gli Stati diversi dallo Stato leso siano legittimati al ricorso a contromisure. Per tale soluzione propendono, *ex pluribus*, L.-A. SICILIANOS, *Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community*, in *The Law of International Responsibility cit.*, 1137 ss., 1145-1148, e P. PICONE, *Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi erga omnes*, in *RDI*, 2012, p. 957 ss., 972-

A ciò si aggiunga che qualora il cambiamento climatico provocasse un pregiudizio ambientale in uno spazio internazionale, oppure la difficile ricostruzione della consequenzialità tra determinate emissioni di gas serra e specifiche ripercussioni del surriscaldamento globale sfociasse *tout court* nella negazione dell'esistenza di Stati «*specially affected*», si prospetterebbe una fattispecie non contemplata, almeno espressamente, dal Progetto definitivo, cioè il caso della violazione di un obbligo *erga omnes* in mancanza di Stati particolarmente lesi, nonché di beneficiari specifici⁹².

7. Un ridimensionamento delle difficoltà rilevate: il caso della centrale elettrica di Prunéřov

Le difficoltà enucleate nel corso della presente indagine costituirebbero certamente un deterrente per lo Stato che intendesse invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato per la sua massiccia contribuzione al cambiamento climatico. Eppure, non sembra che l'applicabilità delle regole della responsabilità internazionale degli Stati deva *sic et simpliciter* escludersi a favore dell'applicazione di una disciplina derogatoria⁹³ o di un mero

974, anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes». Studi critici di diritto internazionale cit.*, 593 ss.

92 La lacuna è rilevata da P. PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *RDI*, 2013, 5 ss., specialmente 8, 11-12, anche in ID., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes». Studi critici di diritto internazionale cit.*, 627 ss. Nondimeno, l'Autore osserva, come siano applicabili al caso i paragrafi 1 e 2 dall'art. 41 dei DARSIIWA, la cui disciplina, però, risulterebbe debole e scarsamente efficace in ragione della sua genericità. La violazione di norme internazionali a tutela dell'ambiente è significativamente menzionata da M.I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *RDI*, 2008, 669 ss., 702-703, proprio come l'esempio di un'«ipotesi in cui l'illecito pregiudichi beni d'interesse collettivo, per i quali non sia possibile individuare neanche dei beneficiari *specifici*» (corsivo originale). Invece, sembra esprimersi nel senso dell'inesistenza della lacuna *de qua* G. GAJA, *States Having an Interest in Compliance with the Obligation Breached*, in *The Law of International Responsibility cit.*, 957 ss., 961, il quale, malgrado la lettera dell'art. 48, par. 2, lett. b), dei DARSIIWA («*reparation [...] in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached*»), commenta la disposizione riconducendovi anche il caso in cui «*the obligations exists only towards other States and no State is injured by its breach, but reparation is necessary in the interest of the international community*».

93 Secondo M. FITZMAURICE, *Responsibility and Climate Change cit.*, 137-138, «*[t]he application of the traditional system of State responsibility [...] encounters difficulties which relate to the very nature of climate change [...] the way forward is to treat climate change*

obbligo di cooperazione tra Stati⁹⁴. Piuttosto, conviene riconoscere che le criticità riscontrate appaiono acute dalla mancanza di prassi⁹⁵: tanto più le regole della responsabilità internazionale degli Stati saranno applicate al caso del cambiamento climatico, quanto più si definiranno il fondamento e l'entità delle perplessità espresse. Sarà lo Stato interessato all'invocazione della responsabilità di un altro Stato che, a fronte dei problemi riscontrati, agirà sulla scorta di certe soluzioni, il cui consolidamento dipenderà dalla reazione del presunto Stato offensore ed eventualmente della generalità degli Stati.

In proposito, il caso della centrale elettrica di Prunéřov appare emblematico. Pur confermando molte delle difficoltà riscontrate, esso sembra mostrare come alcune di esse possano *de facto* ridimensionarsi.

Nello specifico, nel gennaio del 2010 la Micronesia ha domandato alla Repubblica Ceca di respingere la valutazione di impatto ambientale relativa all'ammodernamento della centrale elettrica di Prunéřov, sita nel territorio ceco, poiché tale valutazione non considerava altresì le ripercussioni climatiche. Com'è noto, la sopravvivenza stessa dell'Arcipelago è minacciata dall'innalzamento del livello delle acque provocato dal surriscaldamento⁹⁶. Ad onta della mancanza di ogni riferimento alla pretesa della Micronesia,

as a separate system», cosicché il regime generale di responsabilità degli Stati si applicherebbe solo in via eccezionale.

94 Nelle parole di T. SCOVAZZI, *State Responsibility for Environmental Harm*, in *YIEL*, 2001, 43 ss., 51-55, «[w]ith respect to global concerns, the usual scheme of state responsibility prove to be of very little use, if any [...] the obligation to cooperate for the prevention of harm [...] becomes the only sensible way to face the risk» (51).

95 Nella presente sede rileva evidentemente la prassi interstatale, onde non si considera la recente giurisprudenza domestica in materia di cambiamento climatico. In proposito, sia sufficiente ricordare la sentenza emessa nel 2007 dalla Corte suprema degli Stati Uniti sul caso *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, e le sentenze, entrambe pronunciate nel 2015, sul caso *Urgenda v. The Netherlands*, dinanzi alla Corte distrettuale dell'Aja, e sul caso *Leghari v. Federation of Pakistan*, dinanzi all'Alta Corte di Lahore del Pakistan. Per un'agevole analisi delle menzionate decisioni, si rinvia a R. CARNWATH, *Climate Change Adjudication after Paris: A Reflection*, in *JEL*, 2016, 5 ss.

96 Lettera del 4 gennaio 2010, recante in oggetto *Viewpoint of the Federal States of Micronesia on the Complex Renovation of Prunerov II Power Plant 3x250 Mwe Plan*, inviata dall'*Office of Environment and Emergency Management* della Micronesia al Ministero dell'ambiente della Repubblica Ceca, 6 gennaio 2010, disponibile su www.zpravy.aktualne.cz, visitato il 19 febbraio 2017. Per una ricostruzione del caso si veda anche R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 336-337, 339, nonché il rapporto di Greenpeace International, *Legal Steps Taken by Federal States of Micronesia against the Prunéřov II Coal-Fired Power Plant, Czech Republic*, 17 gennaio 2010, disponibile su www.greenpeace.org, visitato il 19 febbraio 2017.

sembra che la Repubblica Ceca abbia inteso darvi séguito avendo disposto una nuova valutazione di impatto ambientale⁹⁷. In effetti, pur avendo infine approvato la modernizzazione dell'impianto⁹⁸, la Repubblica Ceca ha stabilito l'adozione di misure compensative delle emissioni di gas serra⁹⁹.

Il caso confermerebbe anzitutto le difficoltà riscontrate nell'individuazione della norma primaria e dello Stato leso. Infatti, non è stato invocato alcun divieto internazionale, consuetudinario o convenzionale, avente per oggetto il massiccio contributo al cambiamento climatico; piuttosto, veniva in rilievo un obbligo procedurale, quale la valutazione di impatto ambientale¹⁰⁰. Inoltre, la Micronesia ha fondato la propria pretesa non sulla natura collettiva dell'interesse alla salvaguardia del clima ai sensi del diritto internazionale, bensì sulla normativa interna con cui la Repubblica Ceca si conformava agli obblighi previsti dal diritto dell'Unione europea¹⁰¹. In particolare, discostandosi dalla disciplina da recepire, ai cui sensi la dimensione transfrontaliera avrebbe dovuto riguardare i soli Paesi membri dell'Unione, la normativa ceca riconosceva a tutti gli Stati, purché potenzialmente dan-

97 Si veda il comunicato stampa del 1° febbraio 2010, *The Ministry of the Environment Will Have the Refurbishment of the Pruněřov Coal-Fired Power Plant Assessed by an Independent International Team*, consultabile sul sito www.mzp.cz (visitato il 19 febbraio 2017), ove sono disponibili anche i due comunicati stampa di seguito menzionati in nota.

98 Comunicato stampa del 30 aprile 2010, *Ministry of the Environment Has Issued an Affirmative Statement on Comprehensive Refurbishment of the Pruněřov II Power Plant*.

99 Comunicato stampa del 20 ottobre 2010, *The Ministry of the Environment Has Accepted the Proposed Savings of Greenhouse Gases for the Pruněřov Area*.

100 Per un inquadramento dell'obbligo di valutazione di impatto ambientale come obbligo procedurale, si veda ancora A. FODELLA, *I principi generali cit.*, 110-114, cui si rinvia altresì per ulteriori riferimenti bibliografici. Le implicazioni sostanziali dell'obbligo di valutazione di impatto ambientale sono state specialmente enfatizzate dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 20 aprile 2010 sul caso *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, par. 203-219. Per alcuni rilievi pertinenti all'obbligo di valutazione di impatto ambientale alla luce del parere del 1° febbraio 2011 reso dalla Camera per le controversie sui fondi marini del Tribunale internazionale del diritto del mare, *Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, si rinvia a L. PINESCHI, *The Duty of Environmental Impact Assessment in the First ITLOS Chamber's Advisory Opinion: Towards the Supremacy of the General Rule to Protect and Preserve the Marine Environment as a Common Value?*, in *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves* (a cura di N. Boschiero, T. Scovazzi, C. Pitea, C. Ragni), The Hague 2013, 425 ss.

101 Nella lettera inviata al Ministero dell'ambiente della Repubblica Ceca (*supra*, nota 96), la Micronesia ha precisato di esprimere la propria posizione sulla base dell'*Act No. 100/2001 Coll.* della Repubblica Ceca e ha sostenuto la difformità del progetto di ammodernamento della centrale elettrica di *Pruněřov* dalla normativa ceca e dell'Unione europea.

neggiati dalle possibili ripercussioni di un progetto, la facoltà di richiederne la valutazione dell'impatto ambientale oltre frontiera¹⁰².

D'altronde, nel caso della centrale elettrica di Prunéřov sembrano minimizzate le difficoltà legate alla ricostruzione del nesso di causalità tra il rilascio di gas serra e il danno, attuale o potenziale, da esso derivante. Difatti, la Micronesia si è limitata a sostenere che le emissioni di gas serra dell'impianto, pur non determinando, *ex se*, l'innalzamento del livello delle acque, avrebbero contribuito al fenomeno¹⁰³. Dal silenzio della Repubblica Ceca, e specialmente dall'adozione delle misure compensative dell'inquinamento, si inferirebbe una tacita accettazione della descritta ricostruzione¹⁰⁴.

8. La tendenza all'indebolimento della prospettiva della responsabilità internazionale degli Stati nell'Accordo di Parigi

Come suggerisce il caso della centrale elettrica di Prunéřov, almeno alcune delle difficoltà rilevate non costituiscono un ostacolo insormontabile ai fini dell'applicazione delle regole della responsabilità internazionale al cambiamento climatico. Piuttosto, è decisiva la volontà degli Stati di ricorrere a tale regime, sviluppando delle soluzioni adeguate alla sfida del cambiamento climatico.

La prospettiva della responsabilità per illecito è valorizzata dagli Stati particolarmente esposti alle ripercussioni del surriscaldamento globale. È verosimile che la debolezza politica ed economica che sovente caratterizza detti Stati ne determini una certa ritrosia all'invocazione della responsabilità dei Paesi più potenti, da cui indicativamente provengono le maggiori

102 In particolare, si veda l'articolo 11, par. 1, lett. b), del già menzionato *Act No. 100/2001 Coll.*

103 Nelle emblematiche parole usate dalla Micronesia nella citata lettera del gennaio 2010 (*supra*, nota 96), «*GHG emissions produced solely by the Prunerov II power plant will not directly cause sea-level rise, change weather patterns and increase storms*», ma «*every single power plant clearly plays an important role and warrants a transboundary impact assessment*». La posizione della Micronesia confermerebbe l'approccio suggerito da C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages cit.*, 16, imperniato sul parametro dell'aumento del rischio. Del resto, come osservato da J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality? cit.*, 382-384, «*the most widely accepted and well-documented impact of global climate change is sea-level rise*», onde sarebbe più agevole la dimostrazione del relativo nesso di causalità.

104 La rilevanza della posizione della Micronesia ai fini della ricostruzione del nesso di causalità è stata rimarcata anche da R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 339.

quantità di gas serra¹⁰⁵. Eppure, come dianzi accennato, alcuni piccoli Stati insulari, minacciati dall'innalzamento del livello delle acque, hanno dichiarato di non rinunciare, con la ratifica dei più recenti strumenti convenzionali, ai propri diritti derivanti dal regime di responsabilità internazionale degli Stati¹⁰⁶. Né è fortuito che proprio la Micronesia abbia reagito al progetto di ammodernamento della centrale elettrica di Pruněřov.

In definitiva, però, l'atteggiamento di alcuni degli Stati di origine delle più cospicue quantità di gas serra provoca un 'indebolimento' dell'ottica della responsabilità. Ciò si spiega non solo per l'influenza degli Stati più industrializzati o con economie emergenti nello scacchiere internazionale, ma anche perché l'accettazione delle loro pretese rappresenta lo scotto da pagare affinché essi partecipino agli strumenti internazionali rilevanti¹⁰⁷, altrimenti inutili¹⁰⁸. In effetti, sembra che l'adozione dell'Accordo di Parigi sia stata resa possibile dal previo raggiungimento di un'intesa informale tra i due Stati da cui cumulativamente proviene quasi la metà delle emissioni globali di gas serra: la Cina e gli Stati Uniti d'America¹⁰⁹.

La tendenza all'indebolimento della logica della responsabilità è da ultimo dimostrata proprio dall'Accordo di Parigi¹¹⁰. In primo luogo, già sul piano della mitigazione dell'innalzamento delle temperature, la prevalente

105 Tale ostacolo è rimarcato anche da R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, 405-408, e da R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 415.

106 Si veda *supra*, nota 17 e testo corrispondente.

107 Più in generale, si pensi alla persistenza del modello consensuale nell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico, come illustra N. KRISCH, *The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods*, in *AJIL*, 2014, 1 ss., 15-20.

108 Infatti, l'obiettivo della mitigazione del cambiamento climatico non potrebbe evidentemente esser raggiunto senza la partecipazione degli Stati più industrializzati alle pertinenti convenzioni, atteso che da essi provengono le maggiori quantità di gas a effetto serra. Così, se si eccettua la Convenzione quadro, la genericità delle cui previsioni si è già osservata, l'entrata in vigore dei principali trattati di contrasto al cambiamento climatico è subordinata alla ratifica da parte di un determinato numero di Stati, le cui emissioni di gas serra superino una certa soglia. Al riguardo, si vedano l'art. 25 del Protocollo di Kyoto e l'art. 21 dell'Accordo di Parigi.

109 Secondo J.E. VIÑUALES, *El Acuerdo de París sobre cambio climático y su talón Sino-Americano*, 29 febbraio 2016, disponibile su www.aquiescencia.net (visitato il 19 febbraio 2017), «la base política y jurídica del Acuerdo de París es el acuerdo informal entre EEUU y China». Non deve dunque stupire che la Cina e gli Stati Uniti d'America abbiano aderito all'Accordo di Parigi il medesimo giorno, il 3 settembre 2016.

110 Per una più ampia disamina delle principali debolezze dell'Accordo di Parigi, si rinvia ancora a M. GERVASI, *Rilievi critici sull'Accordo di Parigi cit.*

natura raccomandatoria delle norme materiali previste dall'Accordo è evidentemente incompatibile con l'applicazione delle regole della responsabilità internazionale degli Stati per illecito, la cui applicabilità è allora relegata alle norme procedurali o strumentali, sul cui carattere vincolante gli Stati contraenti si sono più agevolmente accordati¹¹¹. Non deve quindi stupire che proprio gli Stati maggiormente vulnerabili al cambiamento climatico hanno rimarcato la debolezza o l'insufficienza degli impegni previsti dall'Accordo di Parigi¹¹². Peraltro, anche in dottrina si osserva spesso come la soluzione delle questioni inerenti alla responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico non elimini la necessità di un rafforzamento delle norme primarie¹¹³.

In secondo luogo, la disciplina dei meccanismi di controllo dell'Accordo di Parigi mostra come ne sia insistentemente escluso il carattere sanzionatorio. In effetti, in genere i meccanismi di *compliance* previsti dai trattati multilaterali in materia di tutela internazionale dell'ambiente si contraddistinguono proprio per la logica di facilitazione¹¹⁴. Tuttavia, l'accennata insistenza, che si riscontra con riguardo sia al meccanismo precipuamente dedicato all'osservanza e all'attuazione¹¹⁵, sia ai meccanismi *lato sensu* di

111 Sul punto si veda D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement cit.*, 145-147.

112 Ratificando l'Accordo di Parigi, le Isole Marshall, le Isole Salomone, la Micronesia, Niue, Tuvalu e Vanuatu hanno dichiarato l'inadeguatezza degli obblighi di riduzione ivi previsti rispetto all'obiettivo del mantenimento dell'innalzamento delle temperature entro 1,5° centigradi.

113 Si vedano, *ex pluribus*, M.G. FAURE, A. NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change cit.*, 178-179; M. FITZMAURICE, *Responsibility and Climate Change, cit.*, p. 138; C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages, cit.*, 22; R.M. FERNÁNDEZ EGEA, *State Responsibility for Environmental Harm, "Revisited" within the Climate Change Regime cit.*, p. 386; R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 349.

114 Per una ricostruzione delle caratteristiche tipiche delle procedure di *compliance* previste nei trattati multilaterali a tutela dell'ambiente, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a L. PINESCHI, *Responsabilità internazionale e procedure di non-compliance, in Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente cit.*, 425 ss., 431-449.

115 L'art. 15, par. 2, dell'Accordo di Parigi prevede che il Meccanismo funzioni «*in a manner [...] not adversarial and non-punitive*». Per un commento in proposito, si veda C. VOIGT, *The Compliance and Implementation Mechanism of the Paris Agreement*, in *RECILR*, 2016, 161 ss., specialmente 164-165, la cui previsione circa l'articolazione e il funzionamento del futuro Comitato (ivi, 165-169), però, sembra a tratti incompatibile con la lettera della disposizione. A titolo illustrativo, l'ipotesi dell'istituzione di una Sezione attuativa in seno al Comitato, che ogni Stato parte potrebbe adire per denunciare la violazione

monitoraggio¹¹⁶, denota la precipua ritrosia degli Stati all'applicazione del regime di responsabilità internazionale al caso del cambiamento climatico. Detto atteggiamento sarebbe forse spiegabile alla luce dell'esperienza del Protocollo di Kyoto, la modestia dei cui risultati sarebbe stata altresì provocata dallo stampo quasi sanzionatorio del meccanismo di *compliance*¹¹⁷. Tale spiegazione comunque non dissolverebbe, ma anzi confermerebbe l'impresione della riluttanza degli Stati parti dell'Accordo di Parigi ad assumere la prospettiva della responsabilità internazionale.

In terzo luogo, l'indebolimento della logica della responsabilità per illecito si rinviene nella disciplina delle ripercussioni del cambiamento climatico. Certo, è risaputo che spesso, rispetto a certi danni ambientali, gli Stati istituiscono regimi di c.d. responsabilità da fatto lecito. Tuttavia, in seno all'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico gli Stati tendono al superamento non solo della prospettiva della responsabilità per illecito, ma finanche dell'ottica della riparazione del pregiudizio da parte dello Stato cui esso sia comunque riconducibile. In particolare, nell'Accordo di Parigi si valorizza l'obiettivo dell'adattamento al cambiamento climatico¹¹⁸: sin tanto che, in forza di norme primarie e quindi indipendentemente da qualsivoglia responsabilità, gli Stati parti si impegnano all'adattamento *ex post* alle ripercu-

dell'Accordo di Parigi da parte di un altro Contraente, appare inconciliabile con l'espressa esclusione di un contraddittorio dal funzionamento del Comitato medesimo.

116 Come si è già rimarcato *supra*, testo corrispondente alla nota 35, *ex art.* 13, par. 3, dell'Accordo di Parigi, la cornice di trasparenza ivi stabilita deve realizzarsi «*in a facilitative, non-intrusive, non punitive manner; respectful of national sovereignty*». Ancora, in virtù dell'art. 14 dell'Accordo, la Conferenza delle Parti ne valuterà periodicamente l'adempimento «*in a comprehensive and facilitative manner*».

117 Trattasi del meccanismo di *compliance* istituito *ex art.* 18 del Protocollo di Kyoto, per un recente esame del quale si veda S. OBERTHÜR, *Compliance under the Evolving Climate Change Regime*, in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law cit.*, 120 ss., 122-127. Anche M. MONTINI, *La protezione dell'atmosfera e della fascia d'ozono la prevenzione dei cambiamenti climatici*, in *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale cit.*, 237 ss., 259, parla di «vere e proprie "sanzioni"» con riferimento alle conseguenze che la Sezione esecutiva del Comitato di attuazione può adottare nel caso di *non-compliance* del Protocollo di Kyoto. Secondo J.-M. ARBOUR, S. LAVALLÉE, H. TRUDEAU, *Droit international de l'environnement*, 2ª ed., Cowansville 2012, 363-368, il Canada avrebbe denunciato il Protocollo di Kyoto proprio a causa dei poteri quasi sanzionatori della citata Sezione esecutiva.

118 Mentre nella Convenzione quadro e nel Protocollo di Kyoto l'adattamento non viene in rilievo che frammentariamente, a esso è dedicato l'intero art. 7 dell'Accordo di Parigi, cui è connesso l'art. 8. Inoltre, ai termini dell'art. 2, l'adattamento è enumerato tra gli obiettivi dell'Accordo, in aggiunta alla mitigazione del cambiamento climatico.

cussioni del cambiamento climatico¹¹⁹, il problema della riparazione appare ridimensionato, se non addirittura superfluo. Di più, laddove l'adattamento sia preventivo, è possibile che il pregiudizio nemmeno si determini, cosicché dall'eventuale illecito della contribuzione al cambiamento climatico non deriverebbe alcun danno da riparare. A ciò si aggiunga che le Parti della Convenzione quadro, adottando l'Accordo di Parigi, hanno escluso che l'art. 8, relativo ai danni e alle perdite provocati dal surriscaldamento globale¹²⁰, implichi o fornisca «*a basis for any liability or compensation*»¹²¹.

Infine, il principio delle responsabilità comuni ma differenziate¹²², che nell'Accordo di Parigi trova un rafforzamento¹²³, sembra condurre, *de facto*, a un 'aggiramento' delle regole della responsabilità internazionale de-

119 In realtà, il citato art. 7 dell'Accordo di Parigi presenta prevalentemente un carattere descrittivo ed esortativo (paragrafi 1-8), e prevede dei meri impegni di cooperazione e di natura procedurale (paragrafi 10-14). L'unico obbligo concernente specificamente la pianificazione e l'attuazione delle azioni di adattamento lascia agli Stati parti un ampio margine di discrezionalità (par. 7). Per un approfondimento del punto, si rinvia a M. GERVASI, *Rilievi critici sull'Accordo di Parigi cit.*, 32-34.

120 Per una recente analisi della pertinente disciplina si rinvia a M.J. MACE, R. VERHEYEN, *Loss, Damage and Responsibility after COP21: All Options Open for the Paris Agreement cit.*

121 Decisione 1/CP.21, punto 51 (FCCC/2015/10/Add.1). Circa l'art. 8 dell'Accordo di Parigi si veda *supra*, nota 62 e testo corrispondente.

122 Com'è noto, ai sensi del principio 7 della Dichiarazione di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo, del 14 giugno 1992, «*[i]n view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities*». L'enunciato appare chiarito dal successivo periodo, ove si legge che «*[t]he developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command*». Per un inquadramento del principio e per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e responsabilità comuni ma differenziate nei rapporti tra Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo*, in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (a cura di N. Boschiero, R. Luzzatto), Napoli 2008, 87 ss., e ancora ad A. FODELLA, *I principi generali cit.*, 124-126.

123 Infatti, con l'Accordo di Parigi si supera la rigida demarcazione tra Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo che aveva contraddistinto la Convenzione quadro e il Protocollo di Kyoto: gli impegni assunti si modulano diversamente per le singole Parti. In particolare, si pensi ai contributi unilateralmente determinati dai Contraenti, in virtù dell'art. 4, par. 2, dell'Accordo di Parigi, cui si è già accennato *supra*, testo corrispondente alla nota 22. Circa la peculiare declinazione del principio delle responsabilità comuni ma differenziate nell'Accordo di Parigi, si veda S. MALJEAN-DUBOIS, *The Paris Agreement: a New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime? cit.*

gli Stati. Alla sua stregua, i Paesi industrializzati, che da secoli avrebbero contribuito al degrado ambientale, sarebbero più gravemente onerati dagli impegni di mitigazione e riduzione delle emissioni di gas serra¹²⁴. Inoltre, essi sarebbero tenuti ad assistere gli Stati più esposti alle ripercussioni del cambiamento climatico¹²⁵, i quali invece, enumerandosi indicativamente tra i Paesi in via di sviluppo, avrebbero storicamente contribuito in misura minore all'innalzamento delle temperature¹²⁶. Il rapporto che così si delinea tra i Paesi di origine delle emissioni di gas serra e i Paesi in via di sviluppo vulnerabili al cambiamento climatico sembra tradurre il rapporto tra Stato offensore e Stato leso, prescindendo, però, da qualsivoglia illecito e dunque dalla prospettiva della responsabilità. Infatti, gli Stati da cui provengono le maggiori quantità di gas serra sia 'rimedierebbero' all'attuale cambiamento climatico, assumendo degli impegni più severi per aver primariamente causato il surriscaldamento globale, sia 'risarcirebbero' gli Stati specialmente colpiti dal fenomeno e dalle sue conseguenze, accettando degli obblighi di cooperazione e supporto, anche finanziario, a loro favore.

124 Nell'Accordo di Parigi il principio delle responsabilità comuni ma differenziate viene ribadito in seno alla disciplina relativa ai già citati contributi nazionali (art. 4, par. 3), ove si precisa altresì che i Paesi sviluppati «*should continue taking the lead by undertaking economy-wide absolute emission reduction targets*», mentre i Paesi in via di sviluppo «*should continue enhancing their mitigation efforts, and are encouraged to move over time towards economy-wide emission reduction or limitation targets in the light of different national circumstances*» (art. 4, par. 4). Si vedano anche l'art. 4, paragrafi 2, lettere a) e b), e 7 della Convenzione quadro, nonché l'art. 3, par. 1, del Protocollo di Kyoto.

125 Ai sensi dell'Accordo di Parigi, i Paesi più sviluppati devono assistere finanziariamente i Paesi in via di sviluppo nella mitigazione del surriscaldamento globale e nell'adattamento alle sue ripercussioni, in continuità con gli impegni assunti con la Convenzione quadro (art. 9, par. 1). Più in generale, con riguardo all'attuazione della disciplina sui contributi nazionali, «*[s]upport shall be provided to developing country Parties*» (art. 4, par. 5), cui sarà prestato aiuto, anche economico, pure ai fini dell'attuazione degli impegni di cooperazione allo sviluppo e scambio di tecnologie (art. 10, par. 6). Si vedano altresì l'art. 4, paragrafi 3, 4 e 5, della Convenzione quadro e l'art. 11, par. 2, del Protocollo di Kyoto.

126 In proposito appare emblematico il preambolo della Convenzione quadro, ove si specifica che la maggioranza delle emissioni di gas serra proveniva in passato, e tuttora proviene, dai Paesi sviluppati, mentre l'incidenza delle emissioni dei Paesi in via di sviluppo sarebbe circoscritta, benché destinata ad aumentare proporzionalmente alle loro esigenze sociali e di sviluppo (3° capoverso). Il punto è rimarcato anche da R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility cit.*, 325-326.

GIULIA VICINI

Illecito internazionale e diritto dei rifugiati: la responsabilità dei Paesi di origine e dei Paesi di asilo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità degli Stati di origine. – 2.1. L'applicabilità delle regole in materia di responsabilità degli Stati per illecito internazionale. – 2.1.1. L'elemento oggettivo: il problema del nesso di causalità. – 2.1.2. L'elemento soggettivo: il problema della persecuzione derivante da agenti non-statali. – 2.2. L'inadeguatezza del regime della responsabilità degli Stati quale strumento di lotta contro le migrazioni forzate. – 3. Il rispetto degli obblighi internazionali da parte dei Paesi di asilo: il ricorso a nuove forme di responsabilità. – 3.1. La Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato e la sua problematica attuazione. – 3.2. Il diritto internazionale dei diritti umani: il rifugiato come soggetto del diritto internazionale. – 3.3. Il diritto dell'Unione europea: la responsabilità degli Stati membri per violazione della legislazione europea in materia di asilo. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La grave e crescente crisi migratoria che ha coinvolto il nostro continente nel corso dell'ultimo biennio¹ rende più che mai attuale il dibattito

1 Nel 2015, principalmente in conseguenza dell'inasprirsi del conflitto siriano, l'Unione europea ha registrato un record di domande di protezione internazionale: 1,3 milioni. Un numero così alto non si era registrato a seguito di altri conflitti e gravi avvenimenti che hanno sconvolto nel passato l'Europa e i Paesi vicini. Si pensi ad esempio alla caduta del muro di Berlino, alla guerra in Kosovo e alla c.d. "primavera araba" nel 2011. Cfr. Eurostat, *Asylum Statistics*, disponibile al link ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics.

sull'adeguatezza della normativa internazionale in materia di protezione di richiedenti asilo e rifugiati. Alla Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato², pietra angolare di tale normativa, si sono più recentemente affiancati dei regimi regionali di protezione. In particolare, l'Organizzazione dell'Unione Africana (OUA), gli Stati dell'America Latina e, più recentemente, l'Unione Europea, si sono dotati di strumenti propri al fine di regolare i fenomeni di migrazione forzata e di garantire protezione internazionale a quanti ne hanno bisogno. Tali regimi di protezione hanno assunto diverse forme. In particolare, i tre regimi differiscono quanto agli strumenti giuridici attraverso i quali sono stati realizzati. Una Convenzione che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati è stata firmata dagli Stati parte dell'OUA nel 1969, mentre alcuni Stati dell'America Latina hanno optato per una Dichiarazione non vincolante sui rifugiati, adottata a Cartagena il 22 ottobre del 1984. L'Unione Europea ha invece sviluppato una politica comune in materia di asilo come parte integrante del suo progetto di integrazione regionale. Il Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA) è stato creato tramite strumenti di diritto derivato dell'Unione aventi il loro fondamento nei Trattati istitutivi³.

Gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra, così come quelli imposti dai sopra menzionati regimi regionali di protezione, vincolano principalmente gli Stati di accoglienza, ossia gli Stati interessati da un afflusso, più o meno importante, di richiedenti asilo. Il diritto internazionale impone infatti a questi Stati di ammettere sul proprio territorio gli individui in fuga dalla persecuzione⁴, di garantire loro adeguate condizioni di accoglienza e la

2 Indicata successivamente nel testo come 'Convenzione di Ginevra'.

3 Art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, che al primo comma dispone quanto segue: 'L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti'.

4 Invero, l'esistenza di un diritto di ingresso in capo al richiedente asilo è questione ancora molto dibattuta. Una proclamazione di tale diritto si può rinvenire nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 14 così recita 'Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni'. Nello stesso senso si esprimono la Convenzione Inter-Americana dei diritti dell'Uomo e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, che agli articoli rispettivamente 12(3) e 22(7), sanciscono il diritto dell'individuo ad ottenere asilo conformemente alle convenzioni internazionali. Al contrario, un diritto di ingresso nel territorio dello Stato di accoglienza si può difficilmente dedurre dalle disposizioni della Convenzione di Ginevra, la cui formulazione suggerisce la sussistenza obblighi in capo agli Stati piuttosto che di diritti in capo agli individui. A supportare l'e-

possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale⁵ e, qualora tale domanda venga accolta e quindi venga loro riconosciuto lo status di rifugiato, di assicurare l'esercizio dei diritti inerenti a tale status⁶.

Nondimeno, la Convenzione del 1951 definisce 'rifugiato' colui che, nel giustificato timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato. È quindi chiaro che i flussi di rifugiati trovano le loro cause in condotte umane e che il Paese d'origine, il quale è direttamente o indirettamente responsabile degli eventi che hanno determinato tali flussi, è un altro attore chiave nello scenario delle migrazioni forzate.

Se ne può ragionevolmente dedurre che i tre principali attori del regime internazionale di protezione di richiedenti asilo e rifugiati sono (i) gli individui, costretti a lasciare il proprio Paese per cercare protezione nel territorio di un altro Stato; (ii) il Paese di origine di tali individui, responsabile di avere direttamente posto in essere il rischio di persecuzione che li ha spinti a fuggire o di non avere offerto loro adeguata protezione da tale rischio; (iii) il

sistenza di tale diritto è il principio di *non-refoulement*, disposto sia dalla Convenzione di Ginevra (art. 33) che da diversi strumenti in materia di diritti umani (v. infra par. 2.2). In base a tale principio, nessuno Stato può respingere un richiedente asilo in uno Stato in cui questi rischierebbe di subire persecuzione o trattamenti inumani e degradanti. Corollario indispensabile di tale diritto è senz'altro l'obbligo dello Stato di esaminare la situazione del richiedente al fine di verificare la sussistenza di un rischio di persecuzione o di trattamento inumano e degradante in caso di rimpatrio. Un tale esame difficilmente può svolgersi alla frontiera o in alto mare, come dimostrato da copiosa giurisprudenza internazionale (da ultimo nel noto caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012; sul punto si veda ampiamente M. GIUFFRÉ, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, in *ICLQ*, 2012, 728-750).

5 Obblighi specifici circa gli standard di accoglienza e le garanzie procedurali da garantire al richiedente asilo nell'esame della sua domanda di protezione sono previsti unicamente a livello europeo, da due direttive facenti parte del SECA; si tratta della Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, e della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. Restano in ogni caso applicabili in tale ambito le garanzie e i diritti previsti dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti dell'uomo.

6 Si tratta perlopiù di diritti economici e sociali, quali il diritto all'educazione, ad un'abitazione, all'accesso all'impiego, ma anche di diritti civili quali la libertà di associazione e l'accesso ai tribunali (si vedano gli articoli da 3 a 30 della Convenzione di Ginevra).

Paese di accoglienza o di asilo a cui il diritto internazionale affida il compito di supplire alla mancanza di protezione da parte del Paese di origine.

Il presente capitolo si interroga dapprima sull'idoneità dell'impianto classico della responsabilità internazionale degli Stati quale strumento di prevenzione delle migrazioni forzate. All'origine di tali flussi migratori si trova spesso un illecito internazionale imputabile allo Stato di provenienza. Occorrerà quindi focalizzarsi sull'opportunità per lo Stato di asilo di ricorrere ai meccanismi interstatuali disciplinati dalle regole sulla responsabilità internazionale per reagire all'illecito commesso dallo stato di origine. A tal fine, acquista particolare rilievo il nesso di causalità sussistente tra l'illecito dello Stato di origine e il flusso migratorio incidente sullo Stato di asilo. La dottrina ha altresì ipotizzato l'opportunità di un *actio popularis* della comunità internazionale in reazione a tale illecito⁷.

Nella seconda parte del capitolo sono invece esaminate le ipotesi di responsabilità in cui può incorrere lo Stato di asilo in caso di violazione degli obblighi che derivano tanto dal diritto internazionale dei rifugiati, quanto dal diritto internazionale dei diritti umani. È ipotizzabile una responsabilità in capo allo Stato di accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati che agisca in violazione delle norme convenzionali? Si pensi al principio di *non-refoulement*, sancito dall'articolo 33 della Convenzione, che può essere violato tramite l'espulsione di un richiedente⁸ o tramite la partecipazione ad operazioni di salvataggio in mare⁹. Quali sono i soggetti del diritto internazionale legittimati a fare valere tale responsabilità? In conclusione, la seconda parte del presente capitolo si concentra sul regime europeo di asilo che, pur essendo il più recente dei tre sistemi regionali citati, è senz'altro quello giuridicamente più evoluto, tanto che i suoi caratteri essenziali e alcuni dei suoi meccanismi sono stati successivamente riprodotti negli altri due sistemi, specie in quello latino-americano. Per la sua ampia portata, questo processo di "emulazione" della normativa europea in materia di asilo ha recentemente attirato l'attenzione della dottrina¹⁰. L'evoluzione del SECA ha attirato

7 Si veda in particolare C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Country of Origin*, in *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues* (a cura di V. Gowlland-Debbas), The Hague 1996, 59-80 e, nello stesso volume, B. STERN, *Commentaires sur la responsabilité de l'Etat d'origine*, 81-92. In questo senso la comunità internazionale si configurerebbe quale quarto attore chiave nelle dinamiche giuridiche che regolano il fenomeno delle migrazioni forzate.

8 J. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014, 48-50.

9 R. BANK, *Introduction to Article 11*, in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary* (a cura di A. Zimmermann), Oxford 2011, 843-847.

10 Sul punto si veda ampiamente *The Global reach of European Refugee Law* (a cura di

l'interesse della dottrina internazionale non solo in ragione della sua ampia portata materiale – le direttive e i regolamenti in materia disciplinano dalle procedure di asilo, alle condizioni di accoglienza dei richiedenti, ai criteri di riconoscimento dello status di rifugiato e delle forme complementari di protezione fino alla ripartizione tra gli Stati membri delle competenze in materia di asilo - ma anche e soprattutto perché la 'piena inclusione' della Convenzione di Ginevra in tale sistema¹¹ consente di ricorrere alle forme di responsabilità tipiche dell'Unione europea in caso di violazione da parte degli Stati membri dei loro obblighi nei confronti di richiedenti asilo e rifugiati, rinforzando l'implementazione delle stesse norme convenzionali.

2. La responsabilità dei Paesi d'origine dei richiedenti asilo

L'impianto classico della responsabilità degli Stati per illecito internazionale è stato analizzato dalla dottrina quale strumento per la lotta alle migrazioni forzate. Nel valutare il reale potenziale di tale impianto, ci si deve innanzitutto interrogare sulla sua applicabilità ai fenomeni migratori per poi passare ad analizzarne l'adeguatezza e l'efficacia.

2.1 L'applicabilità delle regole in materia di responsabilità degli Stati per illecito internazionale

Circa l'applicabilità delle norme internazionali sulla responsabilità degli Stati, maggiori problemi emergono nell'individuazione dell'illecito, ossia della norma di diritto internazionale che si ritiene violata dallo Stato di origine di richiedenti asilo e rifugiati (c.d. elemento oggettivo), mentre appare meno problematica l'imputabilità di un'eventuale condotta illecita a tale Stato (c.d. elemento soggettivo).

2.1.1 L'elemento oggettivo: il problema del nesso di causalità

Perché possa attivarsi il meccanismo della responsabilità internazionale, ovvero perché lo Stato di asilo possa reagire alla condotta posta in essere dallo Stato di origine, è necessario che tale condotta configuri un illecito nei suoi confronti. In altri termini, è necessario che lo Stato di destinazione possa essere qualificato come Stato specificamente leso ai sensi dell'articolo 42

H. Lambert, J. Mc Adam, M. Fuellerton), Cambridge 2013.

11 A partire dalle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere, del 16 ottobre 1999, si è affermato che il sistema comune di asilo europeo sarebbe stato fondato sulla 'full and inclusive application' della Convenzione di Ginevra.

del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale. Ferme restando le difficoltà e i dubbi che certamente sussistono quanto alla riconducibilità dei flussi migratori alla categoria degli illeciti internazionali¹², quello che preme in questa sede è piuttosto sottolineare che, anche nell'ipotesi in cui si volesse riconoscere al flusso migratorio il carattere di un illecito nei confronti dello Stato di destinazione, al fine di imputare allo Stato di origine la responsabilità di un tale illecito andrebbe comunque verificata la sussistenza di un nesso causale tra il flusso stesso e la condotta di quest'ultimo.

Sul punto si è fatto ampio riferimento in dottrina all'obbligo degli Stati di autorizzare i propri cittadini a risiedere sul loro territorio¹³. Tale obbligo è sancito da numerosi strumenti di diritto internazionale, quali la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (articolo 13), il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (articolo 12) e, a livello regionale, il Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui articolo 3(2) offre la formulazione più ampia di tale obbligo: 'nessuno può essere privato del diritto di entrare sul territorio dello Stato di cui è cittadino'; è opinione largamente condivisa che si tratti altresì di una regola avente natura consuetudinaria.

Nondimeno, nella maggior parte dei casi, i flussi di migrazione forzata non sono determinati da un rifiuto espresso del Paese di origine di ammettere i cittadini sul proprio territorio. La condotta illecita che si può invece più spesso rimproverare ai c.d. '*refugees producers countries*' è quella di creare direttamente o di non prevenire adeguatamente la creazione di condizioni di grave violazione dei diritti fondamentali della popolazione o di gruppi della popolazione. Perché si possa parlare di illecito nei confronti dello Stato di asilo è quindi necessario verificare se sussiste un concreto nesso causale tra la condotta dello Stato di origine e il flusso migratorio.

L'operazione si rivela particolarmente complessa in quanto, pur trattandosi di migrazioni forzate, la decisione di lasciare il territorio contiene sempre un elemento di volontarietà. Secondo Tomuschat¹⁴, il suddetto nesso causale sussiste allorché uno Stato pone i suoi nazionali 'under such pres-

12 È stato ad esempio ipotizzato che il flusso di rifugiati possa costituire una violazione dell'integrità territoriale dello Stato di asilo (cfr. ad esempio L.T. LEE, *The right to compensation: Refugees and Countries of Asylum*, in *AJIL*, 1986, 532 ss.). Una ricostruzione di questo tipo è evidentemente aperta a numerosi dubbi: si pensi ad esempio alla circostanza che nel caso di specie l'integrità territoriale sarebbe violata da individui e non da uno Stato terzo; inoltre, ulteriori ostacoli alla configurabilità di un illecito derivano dal fatto che lo Stato accetta volontariamente i richiedenti asilo.

13 Si veda in particolare i già citati contributi di C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Country of Origin*, B. STERN, *Commentaires sur la responsabilité de l'Etat d'origine*, 59-80.

14 Ibidem, 72.

sure that they “voluntarily” choose to go away, if possible’. Il problema, come evidenziato da Brigitte Stern¹⁵, rimane quello della libertà della vittima quando reagisce ad un atto illecito: fermo l’illecito posto in essere dallo Stato di origine nei confronti del suo cittadino, che consiste classicamente in una violazione dei suoi diritti fondamentali¹⁶, la decisione di lasciare il Paese di origine in reazione a tale illecito per cercare rifugio in un altro Stato rimane, come ammette lo stesso Tomushat, volontaria. È proprio il carattere volontario della partenza a rendere labile e difficilmente integrabile il nesso di causalità tra l’illecito posto in essere dallo stato di origine nei confronti dei suoi cittadini e il flusso migratorio verso un altro Stato. Sarebbe necessario valutare, caso per caso, che la vittima dell’atto illecito non aveva assolutamente altra scelta che quella di espatriare¹⁷.

2.1.2 L’elemento soggettivo: la persecuzione derivante da agenti non-statali

Anche qualora si potesse individuare un illecito connesso causalmente al flusso migratorio, andrebbero comunque ricondotte allo schema tipico della responsabilità internazionale tutte quelle ipotesi di migrazione forzata motivate da persecuzioni perpetrate da agenti non-statali. La definizione di rifugiato è stata infatti oggetto di un progressivo ampliamento in via interpretativa volto ad includere nella categoria di persone bisognose e meritevoli di protezione le vittime di atti persecutori perpetrati da privati¹⁸.

In origine, alcuni Stati parte della Convenzione di Ginevra hanno adottato un’interpretazione restrittiva della definizione di rifugiato. In particolare, se-

15 Ibidem, 85-86.

16 La persecuzione, il cui fondato timore è richiesto ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, è infatti tradizionalmente definita come una violazione dei diritti dell’uomo. Invero, ai sensi dell’art. 9 della Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, « Sono atti di persecuzione [...] gli atti che: a) sono, per loro natura o frequenza, sufficientemente gravi da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell’articolo 15, paragrafo 2, della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; oppure b) costituiscono la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a) ».

17 Sul punto si rileva che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha in diverse occasioni messo in relazione situazioni di disordine interno con il flusso di rifugiati; si pensi ad esempio alla guerra del Golfo con la risoluzione 688/1991, alla Somalia con la risoluzione 733/1992 e, più recentemente, al conflitto siriano con la risoluzione 2332/2016.

18 Sul punto si veda ad esempio W. KALIN, *Non-state Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, in *GImmLJ*, 2000-2001, 415-431.

condo un approccio interpretativo consolidatosi soprattutto nella giurisprudenza francese e in quella tedesca¹⁹, il timore di subire atti di persecuzione perpetrati da soggetti privati poteva essere posto a fondamento di una domanda di protezione soltanto qualora tali atti fossero tollerati o incoraggiati dalle autorità statali. Tale dottrina interpretativa, definita ‘accountability approach’, riconosceva un atto come persecutorio ai sensi della Convenzione di Ginevra solo in caso di intervento diretto o indiretto dello Stato, il quale doveva avere dimostrato complicità o connivenza con i responsabili degli atti persecutori. In un tale scenario sarebbe certo possibile ricondurre la violazione determinante il flusso migratorio allo Stato di origine²⁰, che, come suggerisce la summenzionata formula, è quantomeno ‘accountable’ per gli atti di persecuzione commessi da agenti privati.

L’evidente limite del c.d. ‘accountability approach’ era di lasciare prive di protezione tutte le situazioni in cui lo Stato di origine, non direttamente o indirettamente responsabile delle violazioni commesse da attori privati²¹, si dimostra incapace di prevenirle e di proteggere i suoi cittadini. Tale dottrina interpretativa ha quindi lasciato spazio ad un’interpretazione più ampia e garantista della definizione di rifugiato (c.d. ‘protection approach’), sostenuta in particolare dall’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)²², e idonea ad includere un ventaglio più ampio di situazioni mi-

19 Consiglio di Stato francese, sentenza del 27 maggio 1983 (*Dankha*); Corte Federale tedesca del 1986 in A. ZIMMERMANN, C. MAHLER, *Article 1 A, para. 2 (Definition of the Term ‘Refugee’/Définition du Terme ‘Réfugié’)* in *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A Commentary* cit. 346.

20 In questo senso si è espressa la Corte Internazionale di Giustizia nel noto caso del personale diplomatico e consolare dell’ambasciata americana a Teheran (*Stati Uniti c. Iran*), sentenza del 24 maggio 1980, para. 55-75.

21 Emblematico il caso dei numerosi democratici algerini vittime di persecuzione da parte dei gruppi islamisti, le cui domande di protezione venivano rigettate in Francia in ragione del fatto che tali persecuzioni non erano né incoraggiate né tollerate dalle autorità francesi (si veda *inter alia* Consiglio di Stato, sentenza del 31 gennaio 1999 – *Abib*).

22 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, para. 65. Questo approccio era peraltro già consolidato in diversi paesi, quali a titolo di esempio il Canada (Suprema Corte Canadese, *Attorney General v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, sentenza del 30 giugno 1993) e, per quanto riguarda l’Europa, il Regno Unito (Camera dei Lords, *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, sentenza del 25 marzo 1999 [1999] UKHL 20). Nell’UE l’“accountability approach” è da ritenersi definitivamente superato a seguito dell’adozione, nel 2004, della prima direttiva qualifiche (Direttiva 2004/83/CE), il cui art. 6 annovera tra i responsabili di persecuzione, oltre allo stato e agli agenti statali, i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio

gratorie. In base a tale dottrina, gli atti di persecuzione perpetrati da privati sono riconducibili alla nozione convenzionale di rifugiato in tutte le ipotesi in cui lo Stato non intende o non è in grado (*'is unwilling or unable'*) di fornire protezione contro tali atti.

È noto che l'impianto classico della responsabilità internazionale subordina l'imputabilità allo Stato di condotte perpetrate da agenti non-statali a determinate condizioni, apparentemente più stringenti²³ dello standard richiesto ai fini dell'applicazione della Convenzione di Ginevra, che è appunto quello dell'incapacità o della non volontà di proteggere i propri cittadini da altri privati. Nondimeno, l'adozione e l'implementazione di strumenti di diritto internazionale in materia di protezione dei diritti dell'uomo, hanno condotto a identificare obbligazioni altrettanto stringenti a carico degli Stati Parte di tali convenzioni. Accanto all'obbligo negativo di non violare direttamente i diritti dell'individuo sanciti da questi strumenti, esiste in capo a tali Stati un obbligo positivo di proteggere gli individui da tali violazioni, ponendo in essere tutte le condizioni idonee a prevenirle che si trovano nella loro giurisdizione. Ne consegue che l'alveo di situazioni protette dalla Convenzione di Ginevra potrebbe in principio coincidere con quello delle situazioni a cui la comunità internazionale può reagire tramite i meccanismi propri del diritto internazionali dei diritti umani.

2.1.3 L'inadeguatezza del regime della responsabilità degli Stati quale strumento di lotta contro le migrazioni forzate

È stato opportunamente osservato²⁴ che un forte limite al potenziale dell'impianto classico della responsabilità degli Stati quale strumento di prevenzione delle migrazioni forzate è la sua natura essenzialmente riparatoria²⁵ e in nessun caso repressiva, che difficilmente potrebbe indurre un ef-

(lettera b) e i soggetti non statuali, se può essere dimostrato che le autorità statali non possono o non vogliono fornire protezione contro persecuzioni o danni gravi (lettera c).

23 Come è noto, l'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato prescrive che "[i]l comportamento di una persona o di un gruppo di persone sarà considerato un atto di uno Stato ai sensi del diritto internazionale se la persona o il gruppo di persone di fatto agiscono su istruzione, o sotto la direzione o il controllo di quello Stato nel porre in essere quel comportamento".

24 A.T. NORODOM, *Les réfugiés et la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite : un instrument de lutte contre les migrations contraintes?*, in *Les migrations contraintes* (Colloque, CRDFED/2IDHP, 7 décembre 2012, Caen), Caen 2013, 55 ss.

25 Sull'istituto della responsabilità internazionale degli Stati come istituto di natura riparatoria si veda B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953, 234-236 e, ampiamente, C. GRAY, *Is There An International Law of Remedies?*, in *State Responsibility in International Law* (a cura di R. Provost), Oxford

fetto dissuasivo nei confronti dei Paesi di origine dei richiedenti protezione. Del resto, un'azione intrapresa dallo Stato di asilo nei confronti dello Stato di origine per ottenere la riparazione dei danni economici derivanti dai costi di gestione del flusso migratorio, seppure sia stata ipotizzata in dottrina²⁶ e nonostante ne esista almeno un precedente storico²⁷, sembrerebbe oggi contraria agli obblighi di solidarietà derivanti dal diritto internazionale. Invero, durante la fase di negoziazione della Convenzione di Ginevra del 1951, i plenipotenziari hanno percepito l'importanza della cooperazione internazionale non solo tra gli Stati parte della Convenzione e l'ACNUR, ma anche tra gli Stati stessi al fine di garantire una piena e corretta applicazione alle disposizioni convenzionali. Così si legge nell'atto adottato in conclusione della Conferenza dei Plenipotenziari: «*Considering that many persons still leave their country of origin for reasons of persecution and are entitled to special protection on account of their position [... it is recommended] that Governments continue to receive refugees in their territories and that they act in a true spirit of international co-operation in order that these refugees may find asylum and the possibility of resettlement*»²⁸. È oggi generalmente accettato che quello della solidarietà internazionale rappresenta un principio guida nella ricerca di soluzioni internazionali al problema dei rifugiati²⁹.

A rispondere all'obbligo di solidarietà incombente sugli Stati parte della Convenzione di Ginevra sarebbe invece la soluzione suggerita da Brigitte Stern³⁰ di introdurre una "actio popularis" nei confronti dello Stato di ori-

2002,170-174. È del resto noto che, ancor prima che la CDI iniziasse i lavori di codificazione sulla responsabilità internazionale, la Corte permanente di giustizia affermava che «*it's a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation in adequate form*» e che «*[r]eparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself*»; cfr. Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case Concerning The Factory At Chorzow (Claim For Indemnity)*, sentenza del 26 luglio 1927,

26 C. TOMUSCHAT, *State Responsibility cit.*, 78; B. STERN, *Commentaires sur la responsabilité cit.*, 92,

27 La Repubblica Federale Tedesca ha siglato un accordo con Israele il 10 settembre 1952 che contemplava un risarcimento economico per i costi sostenuti da quest'ultimo per accogliere i rifugiati di origine ebrea fuggiti al Terzo Reich.

28 *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 25 July 1951, A/CONF.2/108/Rev.1. Con una formulazione analoga, il principio della cooperazione e della solidarietà viene sancito anche nel preambolo della Convenzione.

29 UNHCR, *Note on International Solidarity and Refugee Protection*, EC/SCP/50.

30 B. STERN, *Commentaires sur la responsabilité cit.*, 92.

gine al fine di porre fine alla condotta illecita che determina (anche se non direttamente) il flusso di migranti forzati e che costituisce una violazione di obblighi *erga omnes*. La base giuridica di tale azione sarebbe l'articolo 48 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, ai sensi del quale '[o]gni Stato diverso da uno Stato leso è legittimato ad invocare la responsabilità di un altro Stato ai sensi del paragrafo 2 se: b) l'obbligo violato si pone nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso'. Secondo il paragrafo 2, può essere chiesta, oltre alla riparazione del danno, la cessazione dell'atto internazionalmente illecito, nonché assicurazioni e garanzie di non ripetizione. Del resto, l'introduzione del summenzionato articolo nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale è la conseguenza naturale sul piano della responsabilità internazionale del processo di individuazione e di affermazione degli "interessi della comunità", descritto da Bruno Simma come antitetico e innovante rispetto alla struttura tradizionale bilaterale del diritto internazionale³¹. Speculare all'individuazione di tali interessi è l'affermazione di obblighi che sono validi nei confronti di (e la cui osservanza è quindi rivendicabile da) tutti gli Stati della comunità internazionale. Tra gli obblighi *erga omnes*, come definiti dalla Corte Internazionale di Giustizia³², rientra pacificamente il rispetto dei diritti fondamentali della persona. La violazione di tali diritti giustificerebbe quindi l'azione della Comunità internazionale nei confronti dello Stato di origine che ha commesso l'illecito.

3. La responsabilità dei Paesi di asilo

Il problema della responsabilità degli Stati che accolgono richiedenti asilo e rifugiati è forse ancora più complesso di quello della responsabilità dei Paesi di origine, in ragione della pluralità e diversità delle fonti che vincolano tali soggetti. L'esame delle forme di responsabilità imputabili agli Stati di asilo non può prescindere da un'analisi approfondita degli obblighi che il diritto internazionale impone a tali Stati. Questo paragrafo prende in considerazione gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra, strumento cardine del diritto universale dei rifugiati, dal diritto internazionale dei diritti umani e dal Sistema europeo comune di asilo. Gli altri regimi regionali di protezione di richiedenti asilo e rifugiati non sono oggetto di esame in questa sede. Emerge da questo paragrafo che, se risulta estremamente complesso

31 B. SIMMA, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in *State Responsibility in International Law cit.*, 251-274.

32 CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, sentenza del 5 febbraio 1970.

tracciare un regime di responsabilità degli Stati parte alla Convenzione di Ginevra, gli obblighi imposti dagli strumenti di diritti umani e dal diritto dell'Unione europea innescano nuove forme di responsabilità degli Stati, alcune delle quali attivabili direttamente da richiedenti asilo e rifugiati.

3.1 La Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato e la sua problematica attuazione

Si è già detto che la Convenzione di Ginevra fornisce una definizione di 'rifugiato' e prevede una serie di diritti e doveri che ineriscono al relativo status, e che quindi devono essere garantiti all'individuo che viene riconosciuto come rifugiato da uno Stato contraente. Tale Convenzione è stata adottata il 28 luglio del 1951, una data che è stata definita come data 'cerniera'³³ in quanto, significativamente, segue da vicino l'anno di adozione delle quattro Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario e anticipa di qualche decennio l'elaborazione di strumenti legislativi di protezione dei diritti umani a carattere universale³⁴. Si può infatti dire che la Convenzione di Ginevra funge da *trait d'union* tra il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani rappresentando un timido passo avanti nel lungo e ancora incompiuto processo di 'soggettivizzazione' dell'individuo nel diritto internazionale. Invero, contrariamente ai trattati internazionali in materia dei diritti umani, la formulazione delle disposizioni della Convenzione del 1951 non lascia spazio per l'affermazione di diritti individuali; tali disposizioni si rivolgono piuttosto agli Stati contraenti, i quali, si è detto, sono tenuti a garantire un determinato livello di protezione (esclusivamente) nel caso in cui decidano di concedere lo status di rifugiato ad un individuo. Ed è proprio in questo meccanismo che risiede la debolezza della Convenzione di Ginevra. Se è vero che il riconoscimento dello status di rifugiato ha carattere meramente dichiarativo in quanto un individuo che si trova nelle condizioni di cui all'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra è un rifugiato a prescindere da un riconoscimento formale³⁵, è anche vero che in assenza di un atto di

33 J.F. FLAUS, *Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives* (a cura di V. Chetail et J. F. Flauss), Bruxelles 2001, 92.

34 Se pure è vero che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata firmata nel primo dopoguerra, il 4 novembre 1950, la maturazione e condivisione di valori a livello universale ha richiesto un tempo maggiore, arrivando al 1966 per la conclusione dei due Patti delle Nazioni Unite in materia di diritti civili e politici e di diritti economici, sociali e culturali.

35 Si veda ad esempio UNHCR, *Note on Determination of Refugee Status under*

riconoscimento formale lo Stato contraente non è vincolato a rispettare gli obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione. In questo senso si può dire che il riconoscimento dello status di rifugiato ha carattere dichiarativo per quanto attiene alla condizione di rifugiato, che appunto esiste in presenza di determinati requisiti e a prescindere dall'atto dell'autorità statale, ma costitutivo per quanto concerne il relativo status. Questo comporta inevitabilmente un ampio margine di discrezionalità nell'attuazione delle disposizioni convenzionali.

A ciò si aggiunga che la Convenzione di Ginevra non rappresenta una norma che la teoria delle norme internazionali definirebbe come 'robusta'. Da un lato, l'alto numero di ratifiche e il consistente supporto economico fornito dagli Stati parte all'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR), organo preposto a sorvegliare l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni convenzionali, sono stati indicati da parte della dottrina quali chiari indizi della volontà degli Stati di rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione ('*concordance*')³⁶. La '*concordance*' è tradizionalmente considerata come uno degli attributi delle norme internazionali 'robuste', ossia quelle norme che hanno elevate probabilità di essere osservate ed applicate sia a livello internazionale che a livello domestico³⁷. Nondimeno, un esame finanche superficiale delle disposizioni convenzionali rivela come tali disposizioni manchino di precisione e specificità ('*specificity*'). Essendo la precisione un altro carattere essenziale delle norme internazionali robuste, è legittimo sostenere che la formulazione vaga di alcune delle disposizioni convenzionali compromette seriamente la loro probabilità di essere correttamente applicate rendendo la loro implementazione estremamente ardua³⁸. Emblematico in tal senso è l'articolo 1 A (2) della Convenzione che, fornendo una definizione di rifugiato, utilizza termini quali "persecuzione", "nazionalità", "appartenenza ad un gruppo sociale" che non trovano ulteriore definizione nel testo convenzionale. Non sorprende affatto che l'interpretazione di tali termini, e quindi l'interpretazione della stessa definizione di rifugiato, diverga notevolmente tra gli Stati contraenti.

In questo contesto, il ricorso allo schema classico della responsabilità

International Instruments, EC/SCP/5, 24 agosto 1977. L'opinione è pressoché unanimemente condivisa anche dalla dottrina.

36 C. ROOS, N. ZAUN, *Norms Matter! The Role of International Norms in EU Policies on Asylum and Immigration*, in *EJML*, 2014, 51.

37 See, *inter alia*, T.M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford 1990; J. W. LEGRO, *Which norms matter? Revisiting the 'failure' of internationalism*, in *IO*, 1997, 31-63.

38 E. DRYWOOD, *Who's In and Who's Out? The Court's Emerging Case Law on the Definition of a Refugee*, in *CMLR*, 2014, p. 1118.

degli Stati risulterebbe estremamente complesso in ragione della difficoltà di individuare l'elemento oggettivo della condotta illecita dello Stato. Alla luce dell'elevato grado di indeterminatezza delle sue disposizioni, risulta difficile rilevare una violazione della Convenzione di Ginevra³⁹. La decisione di uno Stato di non concedere lo status di rifugiato è difficilmente sindacabile in quanto inevitabilmente riconducibile ad una 'questione interpretativa'. Lo stesso vale in principio nel caso di insufficiente livello di protezione di un diritto connesso allo status, essendo anche le altre disposizioni convenzionali formulate in modo vago e concedendo un ampissimo margine di discrezionalità agli Stati contraenti⁴⁰.

Si rileva sul punto che l'art. 38 della Convenzione di Ginevra conferisce mandato alla Corte Internazionale di Giustizia (CIG) per dirimere le controversie circa l'interpretazione e l'applicazione delle sue disposizioni. Tuttavia, nessuno degli Stati contraenti si è mai avvalso di tale facoltà. È infatti difficile immaginare uno scenario in cui uno Stato parte della Convenzione avrebbe interesse a portare un altro Stato contraente davanti alla CIG, a meno che questo non sia lo Stato di origine del richiedente asilo⁴¹. Allo stesso modo, è difficile immaginare uno scenario in cui uno Stato avrebbe interesse a ricorrere al meccanismo interstatale della responsabilità nei confronti dello Stato di asilo, non potendo ricavare alcun vantaggio dall'attivazione di tale meccanismo.

Una sostanziale differenza tra il regime universale di protezione dei rifugiati e quello di protezione dei diritti umani è l'ampiezza dei poteri e delle competenze dei relativi organi di controllo. L'ACNUR, organo sussidiario delle Nazioni Unite istituito dall'Assemblea Generale nel 1950⁴² riceve il

39 Ibidem, p. 1093.

40 Si pensi ad esempio all'art. 34 che così dispone: «[g]li Stati contraenti faciliteranno, quanto più possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati. Si sforzeranno in modo particolare di accelerare la procedura necessaria per la naturalizzazione e di ridurre il più possibile le tasse e le spese richieste per questa procedura».

41 Un'ipotesi in cui potrebbe configurarsi un interesse di uno Stato ad agire contro un altro Stato davanti alla CIG o con gli strumenti classici della responsabilità degli Stati è quella del rifiuto di una richiesta di estradizione di un individuo, perseguito per un crimine nel Paese di origine e riconosciuto come rifugiato da un altro Paese. Si pensi al caso di Cesare Battisti, a cui il Brasile ha riconosciuto una forma di protezione rigettando poi la richiesta di estradizione italiana. Se a Battisti fosse stato riconosciuto lo status di rifugiato Convenzionale, la Convenzione di Ginevra avrebbe certo rappresentato una base legale per adire la Corte di Giustizia. Del resto, non si discosta molto da tale fattispecie quella del noto caso *Haya de la Torre* (Corte internazionale di giustizia, *Haya de la Torre Case (Columbia v. Perù)*, sentenza del 13 giugno 1951).

42 UNGA Resolution 319 (IV) del 3 dicembre 1949; lo Statuto dell'Alto Commissariato è invece stato adottato dalla risoluzione 428(V) del 14 dicembre 1950.

mandato di sorvegliare l'applicazione della Convenzione di Ginevra e del relativo Protocollo di New York del 1967⁴³ rispettivamente dagli articoli 35 e II di tali strumenti. Il collegamento tra l'ACNUR e i due strumenti è piuttosto debole se paragonato a quello esistente tra i trattati in materia di diritti umani e i relativi comitati, creati *ad hoc* dagli stessi trattati per facilitare la loro implementazione⁴⁴. In primo luogo, si è detto che l'ACNUR non è stato creato *ad hoc* dalla Convenzione di Ginevra ma precedentemente e indipendentemente dall'adozione di questo strumento. In secondo luogo, i poteri e le mansioni dell'ACNUR sono limitati rispetto a quelli dei suddetti comitati, i quali possono anche in alcune circostanze risolvere controversie tra gli Stati parte e rivolgere raccomandazioni agli Stati che hanno agito in violazione delle disposizioni pattizie. Per svolgere il suo mandato di sorveglianza, l'ACNUR ha adottato una serie di *guidelines* interpretative delle norme della Convenzione di Ginevra⁴⁵, le quali rimangono però prive di carattere vincolante⁴⁶. Le limitazioni dell'apparato istituzionale che ha il mandato di sorvegliare all'applicazione della Convenzione di Ginevra costituiscono un altro fattore che rende difficile l'attivazione di meccanismi efficaci per constatarne e sanzionarne le violazioni, e quindi per fare valere la responsabilità degli Stati contraenti.

3.2 Il diritto internazionale dei diritti umani: il rifugiato come soggetto del diritto internazionale

Già negli anni '60 la dottrina si interrogava sullo status giuridico del rifugiato e si chiedeva se questo fosse identificabile come un soggetto del diritto

43 Tale protocollo rappresenta ad oggi l'unica revisione della Convenzione di Ginevra, volta principalmente a rimuovere le riserve temporali e geografiche ivi previste.

44 Si pensi ad esempio al Comitato dei diritti umani creato dal Patto sui diritti civili e politici del 1966. La natura del mandato dell'ACNUR è stata ampiamente dibattuta in dottrina; si veda ad esempio W. KALIN, *Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and beyond*, in *Refugee Protection in International Law*, Cambridge (a cura di E. Feller, V. Turk e F. Nicholson), Oxford 2003, 614-666; M. ZIECK, *Article 35 of the 1951 Convention/Article II of the 1967 Protocol*, in *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol cit.*, 1467-1510.

45 Il principale strumento interpretativo elaborato dall'ACNUR è il già citato *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/IP/4/ENG/REV.

46 La rilevanza riservata dalle autorità nazionali alla dottrina dell'ACNUR varia da Stato contraente a Stato contraente; cf. S. JUSS, *The UNHCR Handbook and the interface between 'soft law' and 'hard law' in international refugee law*, in *Contemporary issues in refugee law* (a cura di S. Juss e C. Harvey), Oxford 2013, 31-67.

internazionale, abilitato a rivendicare i suoi diritti nei confronti dello Stato di asilo sul piano internazionale⁴⁷. Con lo sviluppo di strumenti internazionali in materia di protezione dei diritti umani, è ovvio che richiedenti asilo e rifugiati siano dotati, alla stregua di qualsiasi individuo, di strumenti per far valere la responsabilità degli Stati di asilo davanti a organi internazionali, in particolare nel contesto dei sistemi regionali di protezione.

Invero, la Commissione Inter-Americana, la Commissione Africana e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno tutte elaborato una giurisprudenza estensiva in materia di protezione dei richiedenti asilo.

Contrariamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che non protegge espressamente il diritto all'asilo, la Convenzione Americana sui diritti umani e la Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli sanciscono tale diritto nelle loro disposizioni⁴⁸. Il diritto all'asilo è stato interpretato dalle due commissioni regionali in congiunzione con il principio di *non-refoulement*⁴⁹ e con le garanzie procedurali connesse al diritto a un ricorso effettivo e a un equo processo⁵⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha invece fatto ampiamente ricorso agli articoli 3 (divieto di tortura), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 13 (diritto a un rimedio effettivo) della Convenzione al fine di garantire protezione ai richiedenti asilo. Difatti, i giudici di Strasburgo riconoscono lo status peculiare di questi ricorrenti quali "membri" di un "*particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection*"⁵¹. In tale contesto la Corte EDU agisce nei fatti come corte d'asilo⁵² nonostante l'assenza di una disposizione in tal senso nella Convenzione.

Chiaramente, nessuna delle giurisdizioni regionali in materia di diritti dell'uomo può interpretare direttamente la Convenzione di Ginevra; ne consegue un vantaggio limitato per i rifugiati nel far valere la responsabilità

47 F. KRENZ, *The Refugee as a Subject of International Law*, in *ICLQ*, 1966, 90-116.

48 V. supra, nota n. 3.

49 *Inter alia*, Commissione Inter-Americana per i diritti umani, *John Doe et al v. Canada* (Report No. 78/11), decisione del 27 luglio 2011 e Commissione Africana per i diritti umani, *Organisation mondiale contre la torture, Association Internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'Homme v. Rwanda* (27/89-46/90-49/91-99), decisione del 9 ottobre 1996.

50 Si veda per esempio Commissione Inter-Americana per i diritti umani, *Pacheco Tineo Family v. Bolivia* (Series C No. 272), decisione del 26 novembre 2013.

51 Corte europea dei diritti umani, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso. n. 30696/09, decisione del 21 gennaio 2011, par. 251.

52 M. BOSSUYT, *The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court*, in *ECLR*, 2012, 203-245.

degli Stati di asilo. Invero, se i diritti connessi alla prima accoglienza dei richiedenti asilo trovano le loro radici nel diritto internazionale dei diritti dell'uomo, il rifugiato riconosciuto come tale non potrebbe con altrettanto successo fare ricorso agli strumenti in materia di protezione dei diritti umani per rivendicare il rispetto dei diritti connessi allo status di rifugiato. Questo anche alla luce del fatto che le suddette convenzioni regionali sanciscono una serie di diritti civili e politici, mentre risulta meno sviluppato al loro interno un impianto di protezione dei diritti economici e sociali della persona⁵³.

Le nuove forme di responsabilità istituite dal diritto internazionale dei diritti umani si rivelano quindi efficaci per i richiedenti asilo ma non per i rifugiati. Forme efficaci di responsabilità anche in materia di protezione dei rifugiati sono invece rinvenibili nel sistema d'asilo comune europeo, che verrà analizzato nel paragrafo che segue.

3.3 Il diritto dell'Unione europea: la responsabilità degli Stati membri per violazione della legislazione europea in materia di asilo

Le politiche in materia di asilo e immigrazione sono entrate a far parte del campo di interesse dell'Unione europea a partire dal Trattato di Maastricht, ma solo nel 1997, con l'adozione del Trattato di Amsterdam, sono state 'comunitarizzate' rientrando a pieno titolo nelle competenze legislative dell'UE. L'articolo 63 del Trattato sulla Comunità europea (oggi art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea - TFUE), vincola il legislatore europeo ad adottare una politica comune in materia di asilo nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati rilevanti. L'obiettivo dello sviluppo di una politica comune è l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. A tal fine, gli strumenti di diritto derivato adottati dall'UE, oltre a regolare le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e il riparto delle responsabilità tra gli Stati membri, riproducono le norme della Convenzione di Ginevra e le definiscono ulteriormente fornendo indicazioni interpretative più precise agli Stati membri⁵⁴.

Dal momento che le disposizioni convenzionali sono riprodotte nel diritto

53 Peraltro, anche avendo ricorso ai trattati che sanciscono diritti economici e sociali (per tutti il Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti economici e sociali), il rifugiato non potrebbe aspirare ad un trattamento diverso, e più favorevole, di quello dello straniero di diritto comune.

54 Si tratta della c.d. Direttiva Qualifiche (Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011), che peraltro prevede la possibilità per gli Stati membri di fornire una protezione complementare a quella convenzionale (c.d. protezione sussidiaria).

derivato dell'UE, ne consegue che la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha giurisdizione circa la loro interpretazione e applicazione e che la responsabilità degli Stati membri per la violazione di tali disposizioni, o della legislazione europea che fornisce criteri interpretativi più precisi, può essere fatta valere con le forme classiche del diritto dell'Unione europea.

Ciò nondimeno, la Corte esercita la sua competenza in materia di immigrazione e asilo pressoché esclusivamente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale⁵⁵. Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, quando una questione sull'interpretazione dei trattati o sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Tale facoltà si trasforma in un obbligo per le giurisdizioni nazionali "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", le quali sono tenute a rivolgersi alla Corte in caso di contrasto interpretativo, ferma restando la possibilità per tali giurisdizioni di fare ricorso alla dottrina dell'*acte clair*, in base alla quale nessuna interpretazione si renderebbe necessaria. Si tratta quindi di un meccanismo la cui attivazione rientra in buona misura nella discrezionalità dei giudici nazionali e che solo eventualmente ed indirettamente ha come risultato l'affermazione della responsabilità di uno Stato membro, ossia quando la Corte rileva che una legislazione nazionale si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Si rileva che la CGUE ha anche emesso una sentenza su un ricorso per annullamento concernente le disposizioni della Direttiva Procedure⁵⁶ sull'adozione di una lista di 'paesi terzi sicuri'⁵⁷ e una in una procedura di infrazione introdotta dalla Commissione europea contro l'Irlanda per la mancata trasposizione della Direttiva Procedure⁵⁸. Tuttavia, questo tipo di procedimenti continua a rimanere di rilevanza marginale per la legislazione europea in materia di asilo. Una procedura di infrazione contro uno Stato membro che non adempia agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE può essere attivata solo dalla Commissione o da altri Stati membri⁵⁹. Gli stessi Stati membri e le istituzioni dell'UE possono anche introdurre un ricorso per l'annullamento

55 Su 26 sentenze emesse dalla CGUE sull'*aquis* dell'Unione in materia di asilo fino al 2015, 24 sono state adottate in procedimenti per rinvio pregiudiziale.

56 Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

57 CGUE, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'UE*, causa C-133/06, sentenza del 6 maggio 2008.

58 CGUE, *Commission v. Ireland*, causa C-431/10, sentenza del 7 aprile 2011).

59 Articoli 258-260 TFUE.

di una norma di diritto derivato in contrasto con i Trattati⁶⁰. Salvo in determinate circostanze, l'individuo non può introdurre tali procedimenti⁶¹; può legittimamente riferire la violazione di una norma dell'UE da parte di uno Stato membro alla Commissione, la quale ha piena discrezione nel decidere se iniziare o meno una procedura di infrazione⁶².

4. Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte in questo capitolo, è possibile concludere che i meccanismi di reazione che il diritto internazionale tradizionalmente collega alla commissione di illeciti internazionali da parte degli Stati si rivelano mezzi inadeguati a prevenire le migrazioni forzate. In primo luogo, si è visto come non sia agevole ricondurre le violazioni che determinano tali flussi migratori alla categoria di 'illecito internazionale' delineata dal Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale; invero, tali violazioni difficilmente integrano gli elementi costitutivi dell'illecito, data la difficoltà di ricondurre i flussi migratori alla categoria degli illeciti internazionali e di dimostrare che tali flussi dipendono direttamente ed esclusivamente da un illecito posto in essere dallo Stato di origine. In secondo luogo, l'impianto tipico della responsabilità internazionale si rivela altresì concettualmente inadeguato quale mezzo di prevenzione, alla luce della sua natura essenzialmente riparatoria e in nessun caso repressiva che difficilmente potrebbe indurre un effetto dissuasivo nei confronti dei Paesi di origine dei richiedenti protezione.

Per quanto attiene alla responsabilità degli Stati di asilo, si è visto che lo schema tradizionale di responsabilità per illecito ha progressivamente ceduto il passo alle nuove forme di responsabilità di cui si è detto nella seconda parte di questo contributo, le quali si dimostrano maggiormente efficaci nel garantire una corretta applicazione delle norme internazionali in materia di protezione dei rifugiati. Particolarmente efficienti si rivelano i meccanismi

60 Articoli 263-264 TFUE.

61 «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...] un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione» (Art. 263 (4) TFUE).

62 Nel caso *Gisti c. Commissione europea* (CGUE, causa C-408/05, ordinanza del 6 aprile 2006), la Corte di giustizia, confermando quanto già deciso del Tribunale, non ha annullato la decisione della Commissione che rifiutava di iniziare una procedura di infrazione contro l'Italia nonostante le denunce riportate dall'ONG francese Gisti e da altre ONG circa la diffusa pratica di espulsioni collettive di richiedenti asilo in Libia.

elaborati dal diritto internazionale dei diritti umani e, nel contesto dell'Unione europea, dall'opera interpretativa svolta dalla Corte di Lussemburgo sugli strumenti legislativi che compongono il SECA.

GIORGIA BEVILACQUA

Obblighi positivi degli Stati e ineffettività della tutela delle vittime di tratta di esseri umani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione della tratta di esseri umani nel contesto della crisi migratoria europea. – 3. Il nuovo status delle vittime di tratta nelle fonti sovranazionali e gli obblighi positivi degli Stati in materia di assistenza e tutela. – 4. L’(in)effettività della tutela sul piano interno: tra problemi di attribuzione delle condotte poste in essere da attori non-statali e la mancanza di organi di controllo. – 5. La rilevanza del principio della *due diligence* in tema di tutela dei diritti delle vittime di tratta. – 6 Conclusioni.

1. Premessa

È più di un secolo che la Comunità internazionale rivolge attenzione alla tratta di esseri umani. Numerosi sono gli strumenti internazionali che se ne occupano, sia sul piano universale che sul piano regionale, prevedendo un articolato ventaglio di obblighi in capo agli Stati parte che si impegnano a prevenire e reprimere il delitto di tratta¹ e, per quanto in questa sede più rileva, a offrire assistenza, sostegno e tutela alle sue vittime.

Non sempre, tuttavia, le ‘buone intenzioni’ si traducono in buone pratiche.

Il livello di attuazione nazionale della normativa sul *trafficking in persons*, elaborata nel quadro delle Nazioni Unite, del Consiglio d’Europa e

1 Obbligo che sembra aver assunto natura consuetudinaria. In proposito, si veda F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli 2004, 2107-2146; ID., *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *DUDI*, 2010, 487-515.

dell'Unione Europea (UE) è piuttosto frammentato e lacunoso. Molti Stati, per ostacolare l'ingresso, il transito e la permanenza di migranti economici, ma anche di rifugiati e richiedenti asilo², sul proprio territorio nazionale, minacciano di ricorrere – altri invece hanno già fatto ricorso – a politiche migratorie particolarmente restrittive³. Tali politiche, piuttosto che migliorare il livello di protezione delle reali e potenziali vittime di tratta, le scoraggia dal denunciare la loro situazione di sfruttamento e, di riflesso, favoriscono l'ulteriore diffusione del fenomeno criminale⁴. Questa tendenza è confermata da una recentissima Relazione della Commissione europea, secondo cui il numero di persone che arriva a denunciare una situazione di sfruttamento per tratta è estremamente esiguo⁵. Altrettanto esiguo è, del resto, il numero di processi giudiziari che si sono conclusi nei confronti dei responsabili di tale reato⁶. Dati che colpiscono ancora di più, se li si esamina alla luce dell'eclatante numero di vittime, identificate o presunte tali, che ogni anno vengono colpite dalla tratta⁷.

Emerge, dunque, l'esigenza di verificare se e in che modo gli obblighi materiali derivanti dai trattati internazionali e dagli atti delle istituzioni euro-

2 Sulle diverse definizioni di migrante economico, rifugiato e richiedente asilo, si rimanda a S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli 2012, 1.

3 Sulle politiche migratorie restrittive adottate da: alcuni Stati membri dell'UE, si veda K. DE GRUIJL, *UNHCR Concerned by Build Up along Borders and Additional Hardships for Refugees and Asylum Seekers*, 23 febbraio 2016. UNHCR The UN Refugee Agency, disponibile su: www.unhcr.org/56cc521c6.html (visitato il 19 febbraio 2017); dagli Stati Uniti, si veda S. SIDDIQUI, *Trump signs 'extreme vetting' executive order for people entering the US*, in *theguardian*, 27 gennaio 2017, disponibile su: www.theguardian.com/us-news/2017/jan/27/donald-trump-muslim-refugee-ban-executive-action; il testo completo del provvedimento è disponibile su: www.theguardian.com/us-news/2017/jan/27/donald-trump-executive-order-immigration-full-text (visitati il 19 febbraio 2017).

4 Al riguardo, in occasione della giornata mondiale contro la tratta di esseri umani, la Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla tratta di esseri umani, Maria Grazia Giammarinaro, ha dichiarato che «*Walls and laws against irregular migration are no match for human trafficking*», 29 luglio 2016. Si veda, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, disponibile su: www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/TraffickingIndex.aspx (visitato il 19 febbraio 2017).

5 Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani a norma dell'art. 20 della Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, COM(2016) 267 final, del 23 maggio 2016, 11.

6 *Ibidem*, 11.

7 *Ibidem*, 4.

pee siano in grado di incidere in maniera effettiva sull'azione statale diretta ad assicurare protezione alle vittime di tratta. A tal fine, punto di partenza della nostra indagine è un breve inquadramento del fenomeno della tratta di esseri umani e della sua nuova evoluzione a fronte dell'aumento dei flussi migratori dall'Africa verso l'Europa (Sezione 2). Proseguiremo cercando di ricostruire il quadro normativo internazionale, sia in ambito universale sia in ambito regionale, avendo particolare cura di chiarire quali, tra gli strumenti più recenti, attribuiscono obblighi positivi in capo agli Stati parte in materia di assistenza, sostegno e tutela delle vittime di tratta (Sezione 3). Dall'analisi del contesto normativo emergeranno delle significative problematiche attuative sul piano degli ordinamenti interni; problematiche che approfondiremo allo scopo di comprendere se e in che termini esse siano connesse all'attuale *gap* di protezione delle vittime di tratta (Sezione 4). Parte importante dell'indagine riguarderà anche lo standard della *due diligence*, applicabile, secondo alcuni organismi internazionali, anche alle violazioni dei diritti umani configurabili come tratta (Sezione 5). Concluderemo evidenziando i punti di debolezza ma soprattutto i punti di forza del contesto normativo e giurisprudenziale attuale, su cui varrebbe la pena di fare leva al fine di assicurare maggiore tutela alle vittime di tratta (Sezione 6).

2. L'evoluzione della tratta di esseri umani nel contesto della crisi migratoria europea

La Comunità internazionale cominciò a rivolgere attenzione al fenomeno della tratta di esseri umani già agli inizi del Novecento. Il commercio di donne e bambine, reclutate a scopo di prostituzione o altre forme di sfruttamento sessuale, veniva gestito da organizzazioni criminali con ramificazioni transnazionali⁸. A questo periodo risalgono le prime convenzioni internazionali in materia di tratta – tutt'ora in vigore – le quali, nella sostanza, coinvolsero tanto gli Stati di reclutamento, quanto quelli di transito e di destinazione finale delle vittime⁹.

8 Per un approfondimento sulla c.d. “tratta delle bianche”, si rimanda a A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DEP*, 2011, 87-97, disponibile su www.unive.it/media/allegato/dep/n16-2011/Ricerche/7_Annoni.pdf (visitato il 19 febbraio 2017).

9 Tra i numerosi strumenti internazionali adottati nella prima metà del Novecento, si vedano l'Accordo di Parigi del 1904 per assicurare una protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di “tratta delle bianche”; la Convenzione del 1933 per la repressione della tratta delle donne adulte e la Convenzione del 1949 per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui.

Nel corso dei decenni successivi, le forme di sfruttamento mutarono frequentemente. Oltre alla prostituzione, che resta tutt'ora la condotta marcatamente più diffusa¹⁰, lo sfruttamento cominciò presto a comprendere anche altre condotte, come l'assoggettamento al lavoro forzato, la pornografia, il matrimonio forzato, la servitù domestica e il traffico di organi. Fu così che, a partire dalla seconda metà del Novecento, venne elaborato un secondo gruppo di strumenti giuridici internazionali. Si intendeva ampliare l'ambito di applicazione, soggettivo e oggettivo, delle misure anti-tratta, con l'obiettivo di ricomprendere le varie forme di sfruttamento con cui il fenomeno – evolvendosi – si manifestava¹¹. Parallelamente all'aumento dei flussi migratori dall'Africa verso l'Europa, il *trafficking in persons* ha conosciuto una nuova evoluzione ed è diventato uno dei principali fenomeni criminali di rilevanza globale. Lo sfruttamento si manifesta oggi nei settori più diversi dell'economia di un Paese e interessa sia attività illecite, quali, ad esempio, lo sfruttamento della prostituzione, il traffico di organi, l'accattonaggio e la vendita di droghe e stupefacenti, sia attività apparentemente lecite, pensiamo soprattutto ai rapporti di lavoro subordinato nei settori dell'agricoltura, dell'edilizia, del confezionamento tessile e dei servizi domestici, svolti in condizioni di grave sfruttamento equiparabili alla schiavitù¹². In tutti questi casi, gli sfruttatori sono membri di reti criminali complesse, ben organizzate e ben strutturate sul territorio, tanto nel Paese di provenienza quanto nel Paese di destinazione delle vittime¹³. Peraltro, l'avvento di internet e di altre tecnologie ha sensibilmente agevolato le comunicazioni e gli spostamenti sul territorio sia degli autori che delle vittime di tratta¹⁴.

Inoltre, nel contesto dell'attuale crisi migratoria europea, la tratta di esseri umani ha conosciuto un'evoluzione, anche dal punto di vista soggettivo, andando a ricomprendere gruppi di soggetti più complessi in termini di nazionalità, genere, età e *background* socio-culturale¹⁵. Il target più colpito è tutt'ora quello delle donne e delle ragazze minori di età. La maggior parte di

10 Relazione della Commissione europea, 2016, cit., p. 6.

11 Tra i vari strumenti internazionali adottati nella seconda metà del Novecento, si vedano la Convenzione del 1979 per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e la Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo.

12 Relazione del Parlamento europeo sull'attuazione della Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime da una prospettiva di genere (2015/2118(INI)), A8-0144/2016, del 26 giugno 2016.

13 Relazione della Commissione europea, 2016, cit., 9.

14 Relazione della Commissione europea, 2016, cit., 10.

15 Relazione del Parlamento europeo, 2016, cit.

loro, soprattutto se si fa riferimento alle persone che ogni giorno sbarcano illegalmente sulle sponde settentrionali del Mediterraneo, provengono dalla Nigeria, dove, ad ulteriore riprova della loro condizione di asservimento e subordinazione, vengono sottoposte a pratiche tribali proprie dei riti Vudù¹⁶. Ma vittime di tratta possono essere anche soggetti maschili e, tra loro, soprattutto minori provenienti dalla Romania e da altri Paesi dell'est Europa, dell'Egitto e dal Bangladesh¹⁷.

D'altra parte, la figura del migrante è di per sé una figura particolarmente vulnerabile alla tratta. Vulnerabilità data dalla condizione di inferiorità, connessa non solo all'estraneità all'ordinamento politico del Paese di destinazione ma anche a una situazione di diverso sviluppo socio-culturale che, benché non deducibile *sic-et-simpliciter* dalla situazione di povertà o dallo stato di necessità, finisce per essere un elemento viziante del consenso prestato dal soggetto migrante, in conseguenza dell'azione di persuasione da parte del reclutatore di vittime ai fini di sfruttamento. Le donne migranti, peraltro, sono tenute ad affrontare una situazione di doppia marginalizzazione derivante, da un lato, dalla condizione di isolamento nel Paese di destinazione e, dall'altro lato, dalla percezione della condizione di inferiorità rispetto agli uomini¹⁸. Inoltre, è bene evidenziare che la vulnerabilità è oggi ulteriormente accentuata dall'assenza di canali di accesso legali all'Europa e dalla conseguente intersezione del circuito della protezione internazionale con quello del traffico di migranti a scopo di sfruttamento¹⁹. Tali circostanze rendono i migranti, i rifugiati e i richiedenti asilo le persone che, di fatto, sono più coinvolte, per non dire travolte, dalle

16 Per una meticolosa ricostruzione del *modus operandi* degli autori della tratta di nigeriane in Europa, si rimanda a una recente sentenza della Suprema Corte la quale, in sede di legittimità, ha dichiarato assorbite nella condotta criminale della tratta di esseri umani, le violazioni delle norme sul favoreggiamento all'immigrazione clandestina. Sul punto, si veda Corte di cassazione (sez. pen. I), sentenza del 12 dicembre 2016, n. 11940, par. 2. Per un approfondimento sulla tratta delle nigeriane, si rimanda a Finnish Immigration Service Country Information Service, *Human Trafficking of Nigerian Women to Europe*, 24 marzo 2015, disponibile su www.migri.fi/download/60332_Suuntaus_NigSuuntaus_HumanTraffickingfromNigeriaFINAL200415.pdf?b3ecfe879399d388 (visitato il 30 giugno 2016).

17 Per un approfondimento sulla tratta di minori, si veda Save the Children, *Piccoli schiavi invisibili. I minori vittime di tratta: chi sono, da dove vengono e chi lucra su di loro*, 2016, disponibile sul sito internet www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili.

18 Sulla condizione di particolare vulnerabilità delle donne migranti e sulla c.d. doppia marginalizzazione, si rimanda a F. MORRONE, *La violenza contro le donne migranti, tra strumenti di cooperazione e prassi internazionale*, in DUDI, 2013, 55-77.

19 Relazione del Parlamento europeo, 2016, cit.

moderne manifestazioni del fenomeno della tratta²⁰.

Di qui a poco vedremo che la condizione di estraneità all'ordinamento statale nel Paese di destinazione, a causa della frequenza con cui tale condizione si presenta nella prassi, viene tenuta in considerazione dagli strumenti giuridici internazionali più moderni, pur non costituendo un requisito per la configurabilità del delitto di tratta.

3. Il nuovo status delle vittime di tratta nelle fonti internazionali e gli obblighi positivi degli Stati in materia di assistenza e tutela

L'evoluzione appena accennata ha reso necessaria l'elaborazione di nuovi strumenti internazionali che accogliessero una nozione di tratta sufficientemente ampia da comprendere le diverse declinazioni del fenomeno. Un passo decisivo in questa direzione è stato realizzato mediante il Protocollo sul *Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, adottato a Palermo nel dicembre del 2000 (il Protocollo di Palermo). In particolare, ai sensi dell'art. 3 del Protocollo è da intendersi tratta di esseri umani:

«[...] the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs [...]»²¹.

Si tratta di un passo decisivo per una serie di ragioni. Innanzitutto, fino a questo momento il *trafficking in persons* veniva previsto in numerosi strumenti convenzionali, senza però essere espressamente definito²². Il suo testo

20 Relazione della Commissione europea, 2016, cit., p. 9.

21 Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, adottato dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e successivamente aperto alla firma degli Stati nel corso di una Conferenza svoltasi a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000 (Official Records of the General Assembly, 55th session, Suppl. 49, Vol. I, p. 60). Per un commento, si rinvia a A.T. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in *HRQ*, 2001, 975-1004.

22 Sugli aspetti apprezzabili del Protocollo di Palermo, si veda A.T. GALLAGHER, *Two*

ha dunque la principale funzione di colmare la lacuna costituita dall'assenza di uno strumento universale specificamente rivolto al contrasto di questo fenomeno. Alla definizione di tratta introdotta dal Protocollo va, peraltro, riconosciuto il merito di essere una definizione particolarmente ampia e, soprattutto, di essere ampia al punto tale da riguardare anche gli atti che hanno per vittime persone adulte di sesso maschile che, seppure più raramente, sono altresì vittime del fenomeno²³. Un ulteriore merito è quello di stabilire, per la prima volta, che l'elemento del consenso della vittima – qualunque tipo di vittima – diventi irrilevante ogni qualvolta per la realizzazione della condotta si sia fatto ricorso all'uso della forza o a una qualunque altra forma di coercizione²⁴. Quando poi il reato viene perpetrato nei confronti di minori, lo sfruttamento deve essere punito anche in assenza dell'utilizzo di metodi di coercizione²⁵.

Inoltre, ai fini della nostra indagine rileva evidenziare che, dall'adozione del Protocollo di Palermo, le vittime di tratta diventano soggetti titolari di diritti e facoltà. A differenza del contemporaneo strumento che criminalizza lo *smuggling*²⁶, il Protocollo in commento introduce un vero e proprio *status* di vittima²⁷, da cui deriva l'attribuzione in capo agli Stati parte di una serie di obblighi positivi in materia di assistenza e tutela delle persone offese dalla tratta. All'art. 6, ad esempio, si prevede che ogni Stato parte si impegni a fornire ai soggetti passivi della tratta consulenza e informazioni in relazione ai loro diritti riconosciuti dalla legge, in una lingua che tali persone siano in grado di comprendere. Nella medesima disposizione si stabilisce, inoltre, che ciascuno Stato cerchi di assicurare l'incolumità fisica delle vittime di tratta sul proprio territorio. Nel successivo art. 7, inoltre, gli Stati parte si impegnano ad adottare misure legislative o altre misure che consentano alle vittime di tratta di restare sul proprio territorio nazionale. Tutte disposizioni che, a ben vedere, tengono altresì conto del fatto che le vittime di tratta sono spesso persone che si trovano in una condizione di estraneità rispetto all'ordinamento statale, tenuto, come si è appena visto, a prestare assistenza e tutela nei loro confronti.

La definizione di tratta e molte delle disposizioni del Protocollo di Palermo

Cheers for the Trafficking Protocol, in *ATR*, 2015, 14-32, disponibile su www.antitraffickingreview.org (visitato il 30 giugno 2016).

23 Sul punto, A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*

24 Cfr. Protocollo di Palermo, art. 3(b).

25 Cfr. Protocollo di Palermo, art. 3(c).

26 Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, New York, 15 Novembre 2000, in *United Nations Treaty Series*, Vol. 2241, Doc. A/55/383, p. 507.

27 Per la definizione dello status di vittima, si veda l'art. 7 del Protocollo di Palermo.

che riconoscono assistenza e tutela alle sue vittime hanno successivamente ispirato altri strumenti internazionali in ambito regionale. Pensiamo, *in primis*, alla di poco più recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta di esseri umani (la Convenzione del Consiglio d'Europa)²⁸. Sin dal preambolo della Convenzione, si intuisce l'intenzione di ampliare il livello di protezione previsto dal Protocollo di Palermo²⁹. Intuizione immediatamente confermata dall'art. 2 che estende ulteriormente l'ambito di applicazione della neo introdotta nozione di *trafficking in persons* anche alle fattispecie che hanno mera rilevanza nazionale e a quelle che non sono connesse alla criminalità organizzata. Il successivo art. 39, poi, nel chiarire il rapporto fra i due strumenti, spiega che la Convenzione «[...] ha [proprio] lo scopo di rafforzare la protezione stabilita dal Protocollo e di sviluppare le disposizioni ivi contenute». A tal fine e, più precisamente, al fine di incrementare gli standard minimi di protezione delle vittime di tratta, si fa ricorso all'approccio generalmente utilizzato negli strumenti del Consiglio d'Europa e, dunque, a quello espressamente fondato sulla tutela dei diritti fondamentali degli individui³⁰. La tratta costituisce, infatti, una violazione dei diritti umani, della dignità e dell'integrità umana delle sue vittime. Particolarmente significativa, in proposito, è la norma in tema di identificazione delle vittime di tratta, categoria che qui, peraltro, è autonomamente definita. Gli Stati aderenti alla Convenzione sono consapevoli del fatto che una tempestiva identificazione sia essenziale per garantire adeguata protezione e assistenza alle sue vittime. Al contrario, la loro inadeguata identificazione comporterà, da un lato, il mancato riconoscimento dei loro diritti e, dall'altro, significative difficoltà in termini di perseguimento del crimine³¹.

28 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005 e entrata in vigore il 1° febbraio 2008.

29 Sull'obiettivo della Convenzione di rafforzare la protezione esistente, si veda A.T. GALLAGHER, *Recent Legal Developments in the field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and related Instruments*, in *EJML*, 2006, 163-189.

30 È proprio a partire da una sentenza del 2005 che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, superando la precedente impostazione, provvede ad aggiornare la nozione di "servitù", riconoscendo l'applicabilità dell'art. 4 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che, per l'appunto, vieta la schiavitù e il lavoro forzato, anche ad alcuni casi di tratta di esseri umani. Si veda, per esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 luglio 2005, ricorso n. 73316/01, *Siliadin c. Francia*. Per un approfondimento sulla nozione di "moderna schiavitù", si veda N. SILLER, *"Modern Slavery" Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?*, in *JICJ*, 2016, 405-427; S. SCARPA, *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford 2008; E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, in *RCADI*, 2009.

31 Sulle problematiche riguardanti l'identificazione delle vittime di tratta, si veda P.

La figura della vittima di tratta risulta ulteriormente valorizzata dalla disciplina introdotta nell'ambito dell'ordinamento dell'UE con la Direttiva 2011/36/UE (la Direttiva anti-tratta)³² e la successiva Comunicazione della Commissione sulla strategia anti-tratta 2012-2016³³, che fornisce indicazioni agli Stati membri sul recepimento e l'attuazione della Direttiva. Quest'ultima, in particolare, ha introdotto una nozione ancora più ampia della fattispecie e, mostrandosi sensibile alla sua più recente evoluzione, ha fatto esplicito riferimento anche all'accattonaggio e allo sfruttamento nell'ambito delle attività criminali. Sulla scorta di quanto già previsto dal Protocollo di Palermo e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa e, in linea con altre misure adottate nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione sulla protezione delle vittime di reati³⁴, la Direttiva anti-tratta prevede una serie di obblighi in capo agli Stati membri in materia di assistenza, sostegno e tutela delle sue vittime. Gli Stati, in particolare, devono adottare delle misure che assicurino a questi soggetti particolarmente vulnerabili una protezione completa e duratura e, dunque, prima, durante e dopo il procedimento penale avviato nei confronti degli autori dello sfruttamento. Importante è poi che la loro protezione sia del tutto svincolata dal procedimento penale, non deve cioè essere subordinata alla volontà o alla possibilità della vittima di collaborare con le autorità nel processo contro i loro sfruttatori. La caratteristica più rilevante

DEGANI, R. DELLA ROCCA, *La centralità del paradigma diritti umani nell'identificazione della vittima di tratta*, in PDU, 2008, 43-80, disponibile su unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/PDU2_2008_A043.pdf (visitato il 30 giugno 2016); A. T. GALLAGHER, *Recent Legal Developments in the field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and related Instruments cit.*

32 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101/1, del 15 aprile 2011. Per un commento sulla Direttiva anti-tratta, si veda C. GARNELLI, *La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria penale, contrasto all'immigrazione clandestina e tutela dei diritti*, in SUE, 2011, 109; M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento completo per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno* (a cura di S. Forlati), Napoli 2013, 47.

33 Comunicazione della Commissione relativa a *La strategia dell'UE per lo sradicamento della tratta di esseri umani 2012-2016*, COM(2012)286 del 19 giugno 2012.

34 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in GUUE L 315/57, del 14 novembre 2012. Per una ricostruzione del quadro normativo internazionale ed europeo in materia di tutela delle vittime si rimanda a Cass. (sez. un.), sentenza n.10959 del 29 gennaio 2016.

della Direttiva è che con essa viene adottato³⁵ un approccio di genere, in virtù del quale le autorità statali devono applicare rimedi specifici che siano adeguati alle peculiarità del caso della singola vittima. Occorre considerare se, ad esempio, le persone vittime di tratta siano in stato di gravidanza, se siano disabili, se abbiano disturbi mentali e se abbiano subito violenze psicologiche, fisiche o sessuali. Inoltre, in ragione dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria, di intimidazioni e ritorsioni, la tutela individualizzata deve interessare anche l'eventuale partecipazione della persona offesa al processo penale, quale parte civile. Pertanto, durante lo svolgimento del processo, occorre evitare le ripetizioni non necessarie delle audizioni, il contatto visivo con gli imputati e le domande non necessarie sulla vita privata³⁶.

Negli ultimi quindici anni, l'evoluzione degli strumenti internazionali in materia di assistenza, sostegno e tutela delle vittime di tratta di esseri umani ha conosciuto un nuovo impeto. Il Protocollo di Palermo, concepito sotto l'egida delle Nazioni Unite, sebbene indirizzato più specificamente alla criminalizzazione del fenomeno, ha svolto un ruolo di sollecitazione degli altri organismi sovranazionali e ha condotto a un significativo ampliamento della nozione di *trafficking in persons*. Passaggio decisivo, si è detto, che ha portato, a sua volta, all'individuazione di una nuova collocazione della figura della vittima di tratta che, nell'ambito degli ordinamenti interni, deve acquistare diritti e facoltà effettive, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale.

4. L'(in)effettività della tutela sul piano interno: tra problemi di attribuzione delle condotte poste in essere da attori non-statali e la mancanza di organi di controllo

L'arcipelago di norme adottate nell'ambito delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa e dell'UE indurrebbe a credere che gli Stati parte di tali strumenti abbiano compreso l'importanza di ricorrere a un nuovo approccio, che riconosca un ruolo di primo piano alle persone offese dal *trafficking*. L'analisi della prassi degli Stati, tuttavia, non è incoraggiante. Il contesto

35 Art. 11, par. 3 della Direttiva anti-tratta.

36 Per un approfondimento sui diritti delle vittime di tratta, si rinvia a Commissione europea (Affari interni), *I diritti nell'UE delle vittime della tratta di esseri umani*, 2013 disponibile all'indirizzo web: ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/eu_rights_of_victims_of_trafficking_it_1.pdf. In dottrina, si veda M.G. GIAMMARINARO, *I diritti delle vittime nel processo penale, con particolare riferimento alle vittime del traffico di persone*, in *DIC*, 2004, 28 ss.

normativo di riferimento a livello nazionale è estremamente lacunoso o perché ancora necessita dell'introduzione delle norme previste dagli strumenti internazionali o perché la prassi applicativa delle norme esistenti risulta inadeguata e illegittima³⁷.

Restringendo il campo dell'indagine al contesto dell'UE, dalla recentissima Relazione della Commissione - già richiamata in premessa - è emersa una certa riluttanza a rispettare gli obblighi positivi che scaturiscono dalle fonti internazionali³⁸. Ancora molto frequenti sono i casi in cui alle vittime di tratta non viene riconosciuto tale status e la conseguente protezione. In pratica, ciò che più precisamente accade, è che le vittime non vengono identificate, che non vengono identificate tempestivamente³⁹ o che vengono erroneamente identificate come corresponsabili della tratta o di altri reati ad essa collegati⁴⁰, piuttosto che come vittime. Aspetto altrettanto problematico è quello dell'accesso alla giustizia. Dalla Relazione della Commissione risulta che le vittime di tratta devono sostenere oneri eccessivi sia prima che durante i procedimenti penali. Nella prevalenza dei casi, infatti, le autorità statali subordinano l'avvio del percorso giudiziario all'indicazione di prove sufficienti a perseguire gli autori del reato, oltre che alla verifica della veridicità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa⁴¹.

Logica vuole che le conseguenze più gravi di questo frammentato contesto attuativo ricadano proprio sulle vittime di tale delitto. La carenza di effettività sul piano interno e il persistente *gap* di protezione che ne deriva sono sintomo di un sistema normativo inadeguato nel suo complesso. Gli strumenti internazionali (universali e regionali) sopra descritti presentano tutt'ora importanti limiti e, di conseguenza, non risultano effettivamente in grado di incidere sull'azione statale diretta ad assistere e tutelare le vittime di tratta.

Sul punto va innanzitutto ricordato che il principale limite delle norme internazionali sulla tutela dell'integrità psico-fisica degli individui e, dunque, anche delle norme in materia di assistenza e tutela delle vittime di trat-

37 Per uno studio sulle problematiche riguardanti il sistema italiano in tema di protezione delle vittime di tratta, si veda C. GIORDANO, *Migrants in Translation. Caring and the Logics of Difference in Contemporary Italy*, Oxford 2016.

38 Relazione della Commissione europea, 2016, cit.

39 In violazione dell'art. 10 della Convenzione del Consiglio d'Europa e dell'art. 11 della Direttiva anti-tratta.

40 In violazione dell'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa e dell'art. 8 della Direttiva anti-tratta, cit.

41 Relazione della Commissione europea, 2016, cit., 11.

ta, è quello di rivolgersi solo agli Stati⁴². Ebbene, tanto le disposizioni del Protocollo di Palermo quanto quelle della Convenzione del Consiglio d'Europa si rivolgono unicamente alle autorità statali che, per l'appunto, devono adottare e dare attuazione a una serie di misure idonee, come si è visto, ad assicurare, ad esempio, adeguata assistenza medica, linguistica e legale alle vittime di tratta. A tali autorità, tuttavia, non è generalmente imputabile alcuna responsabilità diretta per gli atti di violenza perpetrati da soggetti privati. E, se non è difficile credere che il fenomeno possa realizzarsi anche con la complicità di agenti statali, gli episodi di tratta si riconducono normalmente all'ambito di sodalizi criminali tra privati⁴³.

Al problema dell'imputabilità delle condotte poste in essere da attori non-statali si aggiunge un'ulteriore problematica giuridica: le principali convenzioni internazionali sulla tratta non prevedono l'istituzione di organi di controllo specifici, competenti a vigilare il rispetto degli obblighi pattizi. Il Protocollo di Palermo, che si è detto essere apprezzabile e innovativo sotto molteplici punti di vista rispetto agli strumenti anti-tratta che lo hanno preceduto, attribuisce scarsa rilevanza all'esigenza di monitorare il comportamento degli Stati parte. Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000, cui il Protocollo è annesso, la Conferenza degli Stati parte deve valutare periodicamente lo stato di attuazione della Convenzione e degli annessi Protocolli, adottando le raccomandazioni necessarie a migliorare il rispetto degli impegni pattizi. Tali provvedimenti, tuttavia, si caratterizzano per una formulazione piuttosto generica, si indirizzano in modo indistinto all'insieme degli Stati parte e, ad ogni modo, non sono vincolanti⁴⁴.

Analogamente, l'art. 36 della Convenzione del Consiglio d'Europa prevede l'istituzione di un Gruppo di esperti sull'azione contro la tratta di esseri umani (c.d. GRETA), chiamato a monitorare periodicamente lo stato di attuazione degli obblighi convenzionali da parte di ciascuno Stato parte. Il

42 Sulle problematiche relative alla repressione della violenza sulle donne, si veda A. SACCUCI, *Repressione della violenza sessuale e obblighi internazionali a tutela dei diritti umani*, in *DU*, 2009.

43 Annual Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Maria Grazia Giammarinaro, submitted in accordance with Human Rights Council Resolution 26/8, *Due diligence and Trafficking in Persons*, UN Doc. A/70/260, del 3 agosto 2015, par. 2.

44 Tra le altre, la Decisione n. 3, adottata dalla Conferenza degli Stati parte durante la sua II sessione, tenutasi a Vienna nell'ottobre 2005; la Decisione n. 3, adottata dalla Conferenza degli Stati parti durante la sua III sessione, tenutasi a Vienna nell'ottobre 2006 e la Decisione n. 4, adottata dalla Conferenza degli Stati parte durante la sua IV sessione, tenutasi a Vienna nell'ottobre 2008.

gruppo di esperti – avvalendosi della collaborazione dello stesso Stato parte e di membri della società civile ed eventualmente organizzando apposite visite sul campo – acquisisce le informazioni necessarie a effettuare la propria valutazione. Successivamente, il GRETA redige un rapporto pubblico, nel quale dà conto degli sforzi compiuti sul piano interno per contrastare la tratta, evidenziando eventuali problematiche e proponendo le misure più adeguate a risolverle. Sulla base di tale rapporto, poi, il Comitato degli Stati parte potrà adottare delle raccomandazioni nei confronti dello Stato che risulti inadempiente. Né il Comitato né tanto meno il GRETA, tuttavia, possono adottare sanzioni nei confronti degli Stati inadempienti⁴⁵.

Diverso, invece, è il contesto della tutela giurisdizionale attivabile nell'ambito dell'ordinamento dell'UE. Nei confronti di uno Stato membro che non abbia dato attuazione, corretta o tempestiva, agli obblighi derivanti da una Direttiva, su iniziativa della Commissione o di un altro Stato membro interessato, può essere attivata una tutela giurisdizionale, almeno sulla carta, particolarmente efficace. Si tratta della procedura di infrazione o inadempimento la quale, ai sensi degli artt. 258 e 259 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, può pure sfociare nell'adozione di una sanzione pecuniaria.

Nel caso specifico della Direttiva anti-tratta, in base a quanto prescritto all'art. 22, gli Stati membri destinatari del provvedimento dovevano adottare misure legislative, regolamentari e amministrative idonee a recepire gli obblighi derivanti dalla Direttiva entro il 6 aprile 2013⁴⁶. Ebbene, numerosi sono i procedimenti avviati dalla Commissione per mancata, tardiva, incompleta o inadeguata trasposizione⁴⁷. Per quanto riguarda il caso a noi più vicino dell'Italia, la Direttiva anti-tratta è stata recepita con più di un anno di ritardo.⁴⁸ A livello amministrativo, il tanto atteso Piano nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani è stato adottato solo agli inizi del 2016 e, dunque, con clamoroso ritardo rispetto a quanto disposto

45 Sul punto, A. ANNONI. *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*

46 Direttiva anti-tratta, art. 22, cit.

47 Sul punto, si veda A. SCHERRER, H. WERNER (European Parliamentary Research Service), *Trafficking in Human Beings from a Gender Perspective Directive 2011/36/EU European Implementation Assessment*, 2016, p. 12; Commission Staff Working Document Monitoring the Application of EU Law in Member States, SWD(2014) 358 final, 23 December 2014.

48 Decreto legislativo n. 24 del 4 marzo 2014, sull'attuazione della Direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. (14G00035), in GU L 60 del 13 marzo 2014.

nella Direttiva⁴⁹. D'altra parte, l'Italia aveva atteso vari anni anche prima di procedere alla ratifica del Protocollo di Palermo⁵⁰ e della Convenzione del Consiglio d'Europa⁵¹. Ancora più problematico è però il caso dell'ordinamento tedesco, dove la Direttiva, al momento in cui si scrive, non è stata ancora trasposta. Peraltro, restando in tema di responsabilità ad adempiere, duole notare che la stessa Commissione ha riferito al Parlamento europeo ed al Consiglio sulle misure adottate dagli Stati membri per conformarsi alla Direttiva con più di un anno di ritardo⁵².

5. La rilevanza del principio della *due diligence* in tema di tutela dei diritti delle vittime di tratta

L'analisi dei principali strumenti normativi in materia di tutela dei diritti delle vittime di tratta non può dirsi esaurita senza un richiamo all'obbligo di *due diligence*. Tale obbligo rappresenta una componente importante dello standard internazionale di tutela dei diritti umani, assume il valore di parametro di legittimità delle condotte statali e permette, anche con riferimento alla problematica oggetto della presente trattazione, di accertare il livello di conformità degli Stati agli obblighi internazionali⁵³.

Più nel dettaglio, lo standard di *due diligence*, oltre a consentire di verificare se la condotta statale sia conforme agli obblighi internazionali in materia di diritti umani, stabilisce in che misura la mancata o l'erronea attuazione di misure positive fa sorgere in capo allo Stato la responsabilità per violazione del diritto internazionale. E, sebbene sia piuttosto complicato definire il contenuto e l'esatta portata degli obblighi di dovuta diligenza, questi ultimi possono senz'altro essere valutati positivamente come dei meccanismi idonei a scoraggiare le violazioni dei diritti fondamentali degli individui,

49 Sul punto, si rimanda a Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri, n. 106 del 26 febbraio 2016. www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-106/4270. + link al piano anti-tratta.

50 Il Protocollo di Palermo è stato ratificato in Italia con la Legge 16 marzo 2006, n. 146, in GU n. 85 dell'11 aprile 2006, Supplemento ordinario n. 91

51 La Convenzione del Consiglio d'Europa è stata ratificata in Italia con la Legge 2 luglio 2010 n. 108, in GU n. 163 del 15 Luglio 2010.

52 Ai sensi dell'art. 23 della Direttiva, la Commissione doveva pubblicare tale relazione entro il 6 aprile 2015, mentre è stata adottata solo il 19 maggio 2016.

53 Sulla nozione di *due diligence*, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Due Diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano 1989.

soprattutto qualora tali condotte siano realizzate da attori non-statali⁵⁴.

È chiaro, dunque, che l'applicazione dello standard di *due diligence* risulta d'ausilio, anche rispetto alla sopra evidenziata problematica riguardante l'imputabilità delle condotte poste in essere da attori non-statali in violazione delle norme sulla tutela dell'integrità psico-fisica delle persone. In virtù del principio di *due diligence*, infatti, gli Stati hanno un vero e proprio obbligo di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani perpetrate da privati. In altri termini, in base a quanto affermato nel tempo da numerosi organismi di controllo dei diritti umani, sia in ambito universale⁵⁵ che in ambito regionale⁵⁶, l'applicazione dello standard in parola impone agli Stati di adottare le misure necessarie a impedire la violazione da parte di soggetti privati delle garanzie dei diritti umani.

Ai fini della nostra indagine è particolarmente importante notare che il dovere di agire con la dovuta diligenza è recentemente emerso anche con riguardo allo specifico fenomeno della tratta di esseri umani⁵⁷. Vari rapporti delle Relatrici speciali sul *trafficking in persons* hanno individuato tra gli elementi dell'obbligo di dovuta diligenza l'identificazione delle persone vittime di tratta e la prevenzione e il contrasto del fenomeno⁵⁸. L'identificazione

54 Sulla funzionalità della *due diligence*, specie nell'ambito della violenza sulle donne, si veda F. MORRONE, *La violenza contro le donne migranti cit.* Con riferimento all'applicazione della nozione di *due diligence* in relazione all'impatto delle attività d'impresa sui diritti umani, v. M. FASCIGLIONE, *The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the EU Countries Legal Systems*, in *HR&ILD*, 2016, 94 ss.

55 Sul punto, si veda no Human Rights Council, General Comment n. 31, par. 8; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation n. 19, par. 9; CEDAW General Recommendation n. 30, par. 15; Committee against Torture, General Comment N. 3, par. 7; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n. 12, Right to adequate food (E/C.12/1999/5, par. 15); Committee on the Rights of the Child, General Comment n. 13, The right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13, par. 5.

56 Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Osman c. Regno Unito*, decisione del 28 ottobre 1998, ricorso n. 23452/84; *M.C. c. Bulgaria*, decisione del 4 dicembre 2003, ricorso n. 39272/98; *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04, decisione del 7 gennaio 2010.

57 In dottrina, sull'applicazione dello standard di dovuta diligenza ai casi di tratta, si rimanda a V. WAISMAN, *Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard*, in *HICLR*, 2010; più di recente, P. MAGGIO, *L'accertamento processuale della tratta di esseri umani fra obblighi di due diligence e tecniche di tutela integrata*, in *Il traffico di migranti Diritti, tutele e criminalizzazione* (a cura di V. Militello, A. Spena), Torino 2015. 119.

58 Si veda, ad esempio, *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons*,

delle persone sottoposte a tratta, in particolare, è molto importante perché costituisce una condizione indispensabile, da un lato, per avviare le indagini nei confronti dei trafficanti e, dall'altro lato, per assistere e proteggere le persone trafficate. Ciononostante, nel Rapporto annuale presentato dalla Relatrice speciale Maria Grazia Giammarinaro nel 2015 si afferma che l'identificazione delle persone trafficate continua ad essere «a huge hurdle» che, in sostanza, ostacola il riconoscimento e, di conseguenza, l'esercizio dei loro diritti.⁵⁹ A ciò si aggiunga che, ad ulteriore conferma di quanto sopra illustrato, nel Rapporto si spiega che l'identificazione delle persone vittime di tratta risulta ancora oggi troppo spesso legata alla repressione di fenomeni criminali o alla gestione di fenomeni migratori, piuttosto che alla mera identificazione di una situazione di fatto, lo sfruttamento. Eppure, secondo la Relatrice speciale, la concreta applicazione dell'approccio basato sulla dovuta diligenza:

«[...] broadens the scope of identification to address a wider class of potential or presumed victims, as part of a comprehensive approach to prevention rather than a solely reactive or post-hoc due diligence measure. A wider and more pre-emptive approach necessarily involves a broader range of actors beyond law enforcement or border officials in identification»⁶⁰.

Peraltro, la rilevanza della *due diligence* rispetto agli obblighi statali in materia di prevenzione e repressione del *trafficking in persons* e tutela delle sue vittime è emersa anche in una recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel caso *Rantsev*⁶¹, ad esempio, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la responsabilità indiretta di Cipro e della Russia per omessa *due diligence*, in ragione di violazioni di diritti umani configurabili proprio come tratta. A partire da questa decisione, la Corte chiarisce che gli obblighi positivi degli Stati in materia di tratta non possono esaurirsi nella mera previsione di sanzioni penali a carico degli sfruttatori. La previsione di tali obblighi, infatti, deve comportare, sul piano interno, l'adozione di misure che siano effettivamente in grado di prevenire il reclutamento di persone ai fini di tratta e di proteggere le sue vittime⁶². È peraltro interessante

Especially Women and Children, Joy Ezeilo, submitted in accordance with Human Rights Council Resolution 17/1, UN Doc. A/67/261 del 7 agosto 2012, 10.

59 *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, UN Doc. A/70/260, del 3 agosto 2015, 13, par. 24. cit.

60 *Ibidem*, 10, par. 25.

61 Corte europea dei diritti umani, *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.

62 *Ibidem*, par. 285.

notare che la Corte giunge alla conclusione di poter applicare al caso di specie l'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) sul divieto di schiavitù e di lavoro forzato, ritenendo che le disposizioni della Convenzione, per quanto possibile, debbano essere interpretate «*in harmony with other rules of international law of which it forms part*»⁶³. Secondo la Corte, pertanto, in virtù di tale criterio, nell'interpretare l'art. 4 della CEDU occorre tenere in considerazione anche il significato delle norme contenute nei trattati internazionali vigenti in materia di tratta di esseri umani. Nel compiere tale interpretazione si richiama espressamente al Protocollo di Palermo e alla Convenzione del Consiglio d'Europa.

Il giudizio della Corte di Strasburgo diviene ancora più severo in una recentissima sentenza riguardante un caso di tratta, per sfruttamento sessuale, di una donna di nazionalità nigeriana⁶⁴. Con questa pronuncia, la Corte ha chiarito espressamente che in capo agli Stati incombono specifici obblighi positivi, anche in materia di protezione e tutela delle vittime di tratta. Nel caso oggetto della pronuncia, tali obblighi vengono violati dalle autorità greche le quali, pur riconoscendo lo status di vittima alla ricorrente, intervengono in modo non sufficientemente tempestivo. Alle autorità greche, infatti, per l'identificazione della ricorrente nigeriana come persona offesa dal reato, occorrono più di nove mesi di tempo.

6. Conclusioni

Le norme internazionali che prevedono obblighi positivi in capo agli Stati in materia di tutela delle vittime di tratta di esseri umani sono ormai piuttosto numerose, tanto sul piano universale che su quello regionale. In virtù di tali norme, alle persone offese da questo odioso crimine viene riconosciuto un vero e proprio status di vittima. La titolarità di questo nuovo status comporta l'esercizio di un vasto novero di diritti che deve essere, lo si ricorda, concepito in maniera del tutto autonoma sia rispetto alla repressione dei fenomeni criminali di cui tali persone risultano vittime sia rispetto alla gestione dei

63 *Ibid.*, par. 274. D'altra parte, il criterio ermeneutico della c.d. "integrazione sistemica" è previsto dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che, in proposito, codifica una regola di diritto internazionale generale. Sul punto, si veda, A. ANNONI, *La tratta delle donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo cit.* Sulla rilevanza dei trattati sulla tutela dei diritti umani, si veda ID., *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno cit.*, 1-28.

64 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 21 gennaio 2016, ricorso n. 71545/12, *L.E. v. Greece*.

fenomeni migratori nei quali tali persone risultano inevitabilmente e sempre più frequentemente coinvolte.

Ciononostante, sul piano interno un'adeguata e tempestiva protezione delle vittime di tratta resta tutt'ora praticamente un miraggio.

L'incremento dei flussi migratori verso l'Europa, da cui parallelamente deriva un considerevole aumento delle vittime di tratta, pone gli Stati membri dinanzi all'opportunità, oltre che all'obbligo, di trasporre – come nel caso della Germania – e di dare adeguata ed effettiva attuazione – come nel caso di vari altri Stati membri – alla Direttiva anti-tratta. Se per un verso, dunque, lo stato dell'arte ci pone ancora dinanzi a una serie di problematiche attuative nel caso di condotte perpetrate da soggetti privati, per altro verso, è pur vero che, sul piano del diritto dell'Unione, è oggi più facile attivare una tutela giurisdizionale che costringa gli Stati a dare seguito alle 'buone intenzioni' concepite sul piano internazionale, cui si è fatto cenno in premessa.

Si è visto poi che, recentemente, è stata riconosciuta la responsabilità indiretta degli Stati per omessa *due diligence*, anche nel caso di violazioni di diritti umani configurabili come tratta. Più precisamente, con riferimento alla materia oggetto del presente articolo, è stato chiarito che gli Stati sono tenuti ad adempiere agli obblighi positivi in tema di protezione delle vittime di tratta. Quest'ultimo risultato - da osservarsi tanto in tempi di pace quanto in periodi di guerra⁶⁵ - è estremamente significativo perché l'applicazione dello standard della *due diligence* costituisce uno strumento utile ad accertare se la condotta statale sia conforme agli obblighi internazionali e, in caso contrario, in che termini la mancata o erronea attuazione delle misure positive faccia sorgere in capo allo Stato la responsabilità per violazione del diritto internazionale.

Infine, la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo lascia intendere che gli organi di controllo dei trattati sulla tutela dei diritti fondamentali possano svolgere un ruolo chiave in questa materia. Ci sembra infatti che l'obiettivo sia proprio quello di migliorare gli standard di protezione e tutela delle vittime di tratta, promuovendo il rispetto da parte degli Stati degli obblighi internazionali derivanti dai trattati sui diritti umani e, attraverso il richiamato criterio ermeneutico dell'integrazione sistemica previsto all'art. 31 della Convenzione di Vienna, di quelli derivanti dai molteplici trattati esistenti in tema di *trafficking in persons*.

65 Sul punto ha insistito la Relatrice speciale sulla tratta di esseri umani nell'ultimo Rapporto annuale, *Trafficking in Persons In Conflict and Post-Conflict Situations: Protecting Victims of Trafficking and People at Risk of Trafficking, Especially Women and Children*, UN Doc. A/71/303 del 5 aprile 2016, 16.

MAURO GATTI

L'obbligo di proteggere le persone dalle calamità nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'obbligo di proteggere dalle calamità nel diritto internazionale. – 3. Gli obblighi di cooperazione inter-statale nella risposta alle calamità nel diritto dell'UE. – 4. Un obbligo di proteggere in capo all'Unione? – 5. Conclusione

1. Introduzione

La protezione delle persone dalle calamità da parte del sovrano territoriale è uno dei portati del principio internazionalistico di sovranità, e costituisce tanto una prerogativa quanto un dovere dello Stato¹. In casi sempre più frequenti, però, i mezzi degli Stati si rivelano insufficienti a far fronte ai disastri occorsi sul loro territorio, per via della crescente frequenza e gravità degli eventi calamitosi.

Laddove uno Stato sia incapace di gestire l'emergenza, la cooperazione internazionale è indispensabile al fine di garantire un'efficace protezione della popolazione. Tale cooperazione, comunque, non è regolata in modo preciso dal diritto internazionale: tanto la richiesta quanto la fornitura di aiuto internazionale sembrano costituire delle scelte politiche, non soggette

1 Cfr. *Draft articles on the Protection of persons in the event of disasters*, in *Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session*, UN doc. A/CN.4/L.871, del 27 maggio 2016, art. 10. I termini «calamità», «catastrofe» e «disastro» sono qui utilizzati come sinonimi (coerentemente con la prassi internazionale). Cfr. la definizione di disastro fornita dalla Commissione del diritto internazionale (*draft article 1*). Più in generale, v. G. BARTOLINI, *La definizione di disastro nel progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale*, in *RDI*, 2015, p. 155.

a stringenti vincoli giuridici². Il diritto internazionale non pare quindi garantire una soddisfacente protezione agli individui, che potrebbero difficilmente invocare la responsabilità di soggetti internazionali che rifiutino di cooperare in caso di calamità. Non sembra poi che le persone possano essere protette neppure in modo indiretto, giacché nemmeno i soggetti internazionali potrebbero invocare la responsabilità di Stati e organizzazioni internazionali che non cooperino efficacemente.

In seguito alla riforma di Lisbona e a recenti sviluppi nella prassi, il diritto dell'Unione europea potrebbe forse colmare, almeno in parte, tali lacune – seppure, beninteso, soltanto in caso di disastri occorsi sul territorio dell'Unione³. Il diritto dell'UE potrebbe infatti prevedere dei precisi obblighi di cooperazione fra Stati membri, la cui violazione ingenererebbe una responsabilità invocabile direttamente dagli individui, o, quanto meno, da altri Stati membri o dalla stessa Unione. È poi possibile che l'estensione delle competenze e delle risorse dell'UE in questo ambito comporti l'attribuzione dell'obbligo di proteggere in capo alla stessa Unione, la quale sarebbe così potenzialmente responsabile nel suo ordinamento, e in quello internazionale, per un'eventuale inazione in caso di calamità.

Il presente contributo affronta tali questioni sulla base di un'analisi delle norme di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea applicabili in materia. La trattazione si divide in tre sezioni. Dapprima si delineano le principali norme internazionali riguardanti l'obbligo di proteggere le persone, e se ne evidenziano i limiti (paragrafo 2). Di seguito si verifica se il diritto dell'Unione innovi rispetto a tali norme, prima di tutto attraverso la previsione di stringenti obblighi di cooperazione in capo agli Stati membri (paragrafo 3) e, successivamente, attraverso la possibile attribuzione di un obbligo di proteggere le persone in capo all'Unione (paragrafo 4). Si traggo-

2 La questione è trattata di seguito, nel paragrafo 2.

3 In questa sede si tratta soltanto della cooperazione per disastri avvenuti nell'UE, e non dell'azione dell'Unione in risposta a calamità avvenute al di fuori della stessa; a tal proposito, v. F. CASOLARI, *Dimensione esterna dell'azione dell'Unione europea nella risposta a disastri naturali ed antropici: quale coerenza?*, in *Disastri, protezione civile diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale* (a cura di M. Gestri), Milano 2016, 63. Non si esclude che talune norme discusse nel testo, segnatamente l'art. 222 TFUE, possano eventualmente trovare applicazione anche in caso di disastri occorsi al di fuori dell'UE, ma una discussione dell'argomento non è indispensabile in questa sede; sul tema, v. M. GESTRI, *EU Disaster Response Law: Principles and Instruments*, in *International Disaster Response Law* (a cura di A. de Guttery, M. Gestri, G. Venturini), L'Aia 2012, 112; F. CASOLARI, *La reazione alla diffusione del virus Ebola: verso un nuovo paradigma nella governance internazionale delle pandemie?*, in *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate* (a cura di L.P. Tronconi), Santarcangelo di Romagna 2016, 203-204.

no infine delle conclusioni rispetto all'attribuzione della responsabilità per mancata protezione delle persone nell'UE (paragrafo 5).

2. L'obbligo di proteggere dalle calamità nel diritto internazionale

La protezione delle persone dagli eventi calamitosi è da tempo di grande rilievo sia per la dottrina che per la prassi internazionalistica. Sembra ormai acclarato che lo Stato colpito dal disastro abbia la principale responsabilità di assistere la popolazione posta sotto il suo controllo. Esso è destinatario di un obbligo, di natura consuetudinaria, in forza del quale deve adottare le misure necessarie a prevenire e rispondere alle calamità, per contribuire alla realizzazione dei diritti umani delle persone coinvolte, segnatamente del diritto alla vita (c.d. *duty to protect*)⁴. Queste persone possono perciò invocare un diritto all'assistenza da parte del proprio Stato. Tale diritto non è assoluto: lo Stato ha sì l'obbligo positivo di fare tutto ciò che è in suo potere per proteggere i diritti umani, e particolarmente il diritto alla vita⁵, ma potrebbe essere incapace di assicurare un'efficace protezione, sia per l'imprevedibilità dei disastri, sia per la limitatezza delle sue risorse.

Più controversa è la disciplina della cooperazione internazionale nella risposta ai disastri. Partendo dal presupposto che esiste un diritto all'assistenza in caso di calamità, si potrebbe sostenere che esista altresì un diritto all'assistenza internazionale. Laddove le risorse nazionali si rivelino insufficienti, un'efficace assistenza sarebbe possibile soltanto attraverso l'intervento di attori esterni, cioè organizzazioni internazionali e Stati stranieri. Affermare che esista un 'diritto' all'assistenza internazionale laddove lo Stato colpito non sia in grado di rispondere all'emergenza significa dunque sostenere che tanto questo Stato quanto gli altri membri della Comunità internazionale sarebbero soggetti a degli 'obblighi'. Da un lato, lo Stato colpito dovrebbe richiedere, o almeno autorizzare, la fornitura di assistenza alle persone sul suo territorio. Dall'altro lato, i soggetti internazionali non colpiti dovrebbero fornire delle risorse idonee a rispondere alla calamità.

Non sembra però che il diritto internazionale preveda, ad oggi, dei chiari obblighi in tal senso. Non vi sono strumenti pattizi a portata universale che

4 V. la Assemblea Generale, risoluzione n. 46/182 del 19 dicembre 1991, allegato, par. 4. V. altresì le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: *Öneriyildiz c. Turchia*, ricorso n. 48939/99, del 30 novembre 2004; *Budayeva e altri c. Turchia*, ricorso n. 15339/02, del 20 marzo 2008; *Kolyadenko e altri c. Russia*, ricorso n. 17423/05, del 28 febbraio 2012; *Hadzhiyska c. Bulgaria*, ricorso n. 20701/09, del 15 maggio 2012. Cfr. W. KÄLIN, *The Human Rights Dimension of Natural or Human-Made Disasters*, in *GYIL*, 2012, 137-143.

5 Cfr. *Budayeva e altri c. Turchia*, cit., par. 175.

prevedano questi obblighi; neppure gli strumenti bilaterali *in subiecta materia* ne prevedono usualmente⁶. Il diritto internazionale generale non sembra essere molto più preciso, come mostrato dai lavori della Commissione del diritto internazionale sulla protezione delle persone in caso di disastro, che hanno condotto alla formulazione di *draft articles*, approvati in seconda lettura nel 2016⁷. È vero che il *draft article* 11 afferma che «to the extent that a disaster manifestly exceeds its national response capacity, the affected State has the duty to seek assistance from, as appropriate, other States, the United Nations, and other potential assisting actors». È altrettanto vero, però, che un tale dovere non comporta l'obbligo di «richiedere» («*request*») o «accettare» («*accept*») l'aiuto internazionale, ma solo quello di «ricercarlo» («*seek*»). Taluni Stati si sono espressi in senso contrario persino a tale, modesto, obbligo⁸. La prassi sembra peraltro andare nella medesima direzione. Gli Stati colpiti da disastri sono spesso restii a richiedere assistenza dall'esterno, per evitare ingerenze politiche, o per nascondere la debolezza del Paese⁹. Tra i casi più noti vi sono la Corea del Nord (in seguito alle carestie degli anni '90), gli Stati Uniti (uragano Katrina, 2005) e il Myanmar (ciclone Nargis, 2008).

Quanto al possibile 'obbligo' di fornire assistenza a Stati in difficoltà, si può rilevare come vari Stati ne abbiano categoricamente escluso l'esistenza durante i lavori della Commissione del diritto internazionale¹⁰. Gli stessi *draft articles* non prevedono alcun obbligo in merito, rilevando che, nella risposta ai disastri, Stati e organizzazioni internazionali «*may offer assistance*

6 v., ad es., gli accordi conclusi dall'Italia, analizzati in M. GATTI, *Il quadro giuridico per la risposta internazionale ai disastri in Italia*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, disponibile all'indirizzo web: www.ifrc.org/PageFiles/202607/Rapporto%20Italia%20IDRL%20IT.pdf, 2015, 45.

7 *Draft articles on the Protection of persons in the event of disasters*, cit.

8 cfr. A. TELEC, *Challenges to State Sovereignty in the Provision of International Natural Disaster Relief*, in *The International Law of Disaster Relief* (a cura di D. Caron, M. Kelly, A. Telesetsky), Cambridge 2014, 284. Cfr. K. PARK, *La protection des personnes en cas de catastrophe*, in *RCADI*, 2014, 150-151.

9 C. FOCARELLI, *Duty to Protect in Cases of Natural Disasters*, in *EPIL*, 2013, par. 17. Cfr. S. SIVAKUMARAN, *Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Assistance in Situations of Disaster*, in *ICLQ*, 2015, 508, 531; F. ZORZI GIUSTINIANI, *The Works of the International Law Commission on 'Protection of Persons in the Event of Disasters'. A Critical Appraisal*, in *International Disaster Law cit.*, 79.

10 Alcuni Stati si sono persino opposti all'uso di espressioni generiche quali «dovere di cooperazione», v. i lavori del Sesto comitato dell'Assemblea generale, riportati negli UN doc. A/C.6/67/SR.18, par. 53 e 88; A/C.6/67/SR.19, par. 58 e 64; A/C.6/67/SR.20, par. 38; A/C.6/64/SR.21, par. 3.

to the affected State»¹¹.

Sembra perciò potersi sostenere che le norme internazionali relative alla risposta alle catastrofi siano, ad oggi, ancora contenute dalle strette maglie dei principi di territorialità, indipendenza e, più generalmente, sovranità: gli Stati possono cooperare, ma non paiono obbligati a richiedere, accettare o a prestarsi assistenza. È quindi difficile ipotizzare una responsabilità internazionale per mancata fornitura o richiesta di aiuto internazionale in caso di calamità. Quand'anche una tale responsabilità fosse configurabile in astratto, potrebbe non avere conseguenze significative in concreto. Se uno Stato violasse l'obbligo di proteggere la sua popolazione, gli altri membri della Comunità internazionale non potrebbero comunque intervenire per proteggere le persone colpite, poiché un tale intervento violerebbe il principio di non ingerenza. Non sembra, del resto, che le dottrine del *droit d'ingérence* e della *responsibility to protect* possano essere invocate a sostegno dell'intervento internazionale. Esse non trovano un riscontro significativo nella prassi e nell'opinione degli Stati e, significativamente, i lavori che la Commissione del diritto internazionale ha dedicato al tema che ci occupa ne hanno escluso esplicitamente qualsiasi rilievo¹².

Da quanto sopra esposto, si evince che, nel diritto internazionale, il solo soggetto potenzialmente responsabile per la mancata fornitura di assistenza alle persone vittime di disastro resta lo Stato colpito (nei limiti delle sue capacità). Laddove esso si rifiuti di coinvolgere altri soggetti internazionali, o questi non provvedano a dar seguito alle sue richieste, non pare che possano integrarsi, al momento, illeciti internazionali di sorta. È però possibile che queste considerazioni, applicabili alla generalità degli Stati, non siano applicabili *in toto* all'interno dell'Unione europea, come mostrato nei seguenti paragrafi.

3. Gli obblighi di cooperazione inter-statale nella risposta alle calamità nel diritto dell'UE

Mentre le norme internazionali sulla cooperazione inter-statale nella *disaster response* sembrano mantenere un'impostazione centrata sul principio di

11 *Draft article 12*. Si noti, comunque, che, ai sensi di tale disposizione, il soggetto richiesto «shall expeditiously give due consideration to the request and inform the affected State of its reply».

12 Cfr. E. VALENCIA OSPINA, *Fifth report on the protection of persons in the event of disasters*, UN doc. A/CN.4/652 del 9 aprile 2012, par. 16; v. altresì A. TELEC, *Challenges cit.*, p. 281.

sovranità, il diritto dell'UE sembra superare, in parte, questa impostazione.

In primo luogo, il diritto dell'UE obbliga, a talune condizioni, gli Stati membri a prestarsi assistenza in caso di disastro. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevede esplicitamente, all'art. 222 (la «Clausola di solidarietà»), che se uno Stato membro «è vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, gli altri Stati membri, su richiesta delle sue autorità politiche, gli prestano assistenza» (nella versione inglese: «*shall assist it*»).

L'art. 222 TFUE va interpretato alla luce della dichiarazione 37 annessa al Trattato di Lisbona, secondo cui tale disposizione non pregiudica «il diritto di un altro Stato membro di scegliere i mezzi più appropriati per assolvere ai suoi obblighi di solidarietà». Sebbene questa dichiarazione sembri sminuire la portata dell'art. 222, non ne pregiudica il carattere vincolante. Al contrario, essa riconosce esplicitamente l'esistenza di «obblighi» di solidarietà. È vero, che lo Stato membro può definire i mezzi «più appropriati», ma non gode di una discrezionalità illimitata: la nozione di mezzi «appropriati» deve essere interpretata alla luce dei principi di solidarietà e leale cooperazione¹³. Si può dunque sostenere che l'art. 222 obblighi gli Stati membri ad offrire assistenza (laddove richiesta), attraverso mezzi più che simbolici, capaci di fornire un contributo nella risposta alla calamità.

Esistono, ad ogni modo, dei limiti cui l'obbligo di assistenza *ex art. 222* è soggetto. Perché operi è necessario, in primo luogo, che lo Stato colpito richieda aiuto. Il principio di non ingerenza, d'altronde, vieterebbe lo svolgimento di attività di soccorso nel territorio di uno Stato membro laddove mancasse il suo consenso. In secondo luogo, lo Stato colpito deve esplicitamente invocare la Clausola. Resta possibile richiedere assistenza senza contestualmente invocare la Clausola, usando altri strumenti offerti dal diritto dell'Unione. La non-invocazione della Clausola, però, fa sì che lo Stato richiesto resti libero dall'obbligo imposto dall'art. 222 TFUE. In terzo luogo, sembra necessario che il disastro oltrepassi le capacità di risposta di cui lo Stato colpito dispone¹⁴. Spetta allo Stato colpito, in via principale, tutelare la propria popolazione, ed è ragionevole supporre che esso possa invocare la clausola solo in buona fede, laddove non riesca a far fronte alla catastrofe coi

13 In tal senso, si veda M. GESTRI, *La clausola di solidarietà europea in caso di attacchi terroristici e calamità (art. 222 TFUE)*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, Napoli 2014, 540. Cfr. P. HILPOLD, *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in Article 222 TFEU*, in *LIEI*, 2014, 219.

14 Cfr. Decisione del Consiglio 2014/415/UE, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà, GUUE L 192 del 1.7.2014, 53–58, art. 4(1).

suoi mezzi o con gli altri strumenti offerti dal diritto dell'Unione europea¹⁵.

La prassi, al momento, non conferma né smentisce tale interpretazione dell'art. 222 TFUE. Il diritto derivato non regola direttamente l'attuazione della Clausola da parte degli Stati¹⁶. Alcuni strumenti, principalmente il Meccanismo unionale di protezione civile (Decisione 1313/2013)¹⁷, possono essere utili al fine di applicare la Clausola¹⁸, ma non ne riflettono il contenuto precettivo: il Meccanismo, in particolare, prevede che lo Stato cui venga richiesta assistenza in caso di disastro debba rispondere «in tempi rapidi», ma anche che possa decidere se è in grado di soddisfare la richiesta¹⁹. D'altronde, la Clausola di solidarietà non è mai stata invocata in pratica, e non è dunque possibile giungere a conclusioni definitive in merito alla prassi²⁰.

Ad ogni modo, se si accetta che la Clausola di solidarietà è vincolante per gli Stati membri non colpiti dalla calamità, si deve ammettere che lo Stato che non fornisca l'aiuto richiesto sia responsabile per la violazione dell'art. 222 TFUE. Tale responsabilità potrebbe essere fatta valere, dalla Commissione europea o da uno Stato membro, davanti alla Corte di giustizia, attraverso una procedura di inadempimento. Va rilevato, comunque, come tale procedura difficilmente consentirebbe un'efficace tutela delle persone in pratica, dato che un'eventuale sentenza arriverebbe probabilmente dopo la fine dell'emergenza. D'altro canto, non sembra potersi configurare la possibilità che un individuo, vittima della calamità, possa proporre un'azione per danni nei confronti di uno Stato membro che rifiuti di fornire aiuto al Paese colpito. L'art. 222 TFUE non fa alcun riferimento ai singoli, e non sembra quindi una disposizione preordinata a conferir loro dei diritti²¹. Ciò

15 M. GESTRI, *EU Disaster Response Law cit.*, 111.

16 L'art. 222(3) TFUE invero consente all'UE di definire le modalità di applicazione della Clausola da parte «dell'Unione», non degli Stati.

17 Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 1313/2013/UE, su un meccanismo unionale di protezione civile, GUUE L 347/924.

18 Sugli altri strumenti per l'applicazione della Clausola, si v. GESTRI, *La clausola di solidarietà europea cit.*, 541.

19 Decisione 1313/2013, *cit.*, art. 15(4).

20 È opportuno rilevare la Clausola non è stata invocata nemmeno nel caso dell'attentato di Parigi del novembre 2015. In tale occasione, la Francia ha invece invocato la c.d. clausola di mutua assistenza (art. 42(7) TUE). Sul punto, v. E. CIMIOTTA, *Le implicazioni del primo ricorso alla c.d. 'clausola di mutua assistenza' del Trattato sull'Unione europea*, in *EP*, 2016, p. 163.

21 Come invece richiesto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha elaborato le condizioni perché i singoli possano rivolgersi ai giudici nazionali per ottenere il risarcimento di danni derivanti dalla violazione del diritto UE. V. *inter alia* *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cause C46/93 e C48/93, punto 51.

comporta un paradosso: nel momento in cui il diritto dell'Unione innova rispetto al diritto internazionale, prevedendo un obbligo di assistenza internazionale, riafferma un approccio propriamente 'internazionalistico' alla gestione delle calamità – e non tutela quindi direttamente gli individui.

In secondo luogo, è possibile chiedersi se il diritto dell'UE obblighi lo Stato colpito dalla calamità a chiedere assistenza. La Clausola di solidarietà afferma semplicemente che l'assistenza è fornita «su richiesta» delle autorità dello Stato colpito²². Similmente, il Meccanismo UE di protezione civile prevede che lo Stato membro colpito da disastro «può» chiedere assistenza agli altri Stati membri²³. L'interpretazione letterale di tali disposizioni suggerisce che lo Stato colpito da calamità abbia la facoltà di richiedere (o meno) l'assistenza di altri Stati. Gli Stati membri dell'Unione sarebbero perciò in una posizione simile a quella della generalità degli Stati, i quali – come visto sopra – non sembrano, ad oggi, soggetti ad un obbligo di richiedere assistenza esterna.

Una tale interpretazione potrebbe essere temperata dalla considerazione degli obblighi in materia di diritti fondamentali gravanti in capo agli Stati membri. I principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impongono il rispetto di una serie di diritti che potrebbero essere messi pericolo in occasione di calamità, segnatamente il diritto alla vita. È ipotizzabile che, laddove uno Stato membro dell'Unione fosse incapace di proteggere la sua popolazione, esso dovrebbe quanto meno richiedere l'assistenza di altri Stati: solo così, infatti, si potrebbero garantire i diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'UE. Per tale via, la discrezione dello Stato membro colpito dal disastro potrebbe risultare meno ampia di quanto suggerito da un'interpretazione letterale dell'art. 222 TFUE e dell'art. 15 del Meccanismo.

Lo stesso legislatore dell'Unione sembra avere interpretato i diritti fondamentali in senso estensivo in questo settore. Il preambolo del Regolamento 1257/96 sugli aiuti umanitari afferma esplicitamente che le popolazioni vittime di catastrofi «hanno il diritto di ricevere un'assistenza umanitaria internazionale qualora le autorità del loro paese non siano in grado di venire efficacemente in loro soccorso»²⁴. Sebbene il Regolamento 1257/96 riguardi l'assistenza ai Paesi terzi, potrebbe essere rilevante anche per gli Stati membri, in quanto enuclea una regola che, almeno nelle intenzioni del legislatore dell'Unione, si dovrebbe applicare universalmente²⁵. L'Unione ha peraltro

22 Cfr. GESTRI, *EU Disaster Response Law: Principles and Instruments cit.*, p. 113.

23 Art. 15(1) della Decisione 1313/2013, *cit.*

24 Regolamento 1257/96/CE, GUCE 1996 L 163/1, preambolo.

25 Non rileva il fatto che la posizione adottata dal legislatore dell'UE non corrisponda

attirato l'attenzione sul diritto all'assistenza internazionale anche nel contesto dei lavori della Commissione del diritto internazionale, nel 2011, richiamando espressamente la lettera del Regolamento 1257/96²⁶.

Se esiste un 'diritto' a ricevere l'assistenza internazionale, come sostiene l'Unione, dovrebbe necessariamente sussistere un 'obbligo' dello Stato colpito a richiedere, o almeno autorizzare, la fornitura di tale assistenza. L'eventuale violazione del (possibile) obbligo di richiedere assistenza internazionale potrebbe astrattamente essere sanzionata attraverso una procedura di inadempimento, sebbene la sentenza giungerebbe probabilmente dopo la fine dell'emergenza. È invece remota la possibilità che le persone colpite dal disastro possano far valere il proprio 'diritto' all'assistenza internazionale nei confronti dello Stato colpito attraverso la procedura per responsabilità extra-contrattuale. Difficilmente il comportamento omissivo degli Stati membri si potrebbe qualificare come violazione «manifesta» del diritto dell'Unione²⁷, se non altro perché l'esistenza di un obbligo gravante in capo allo Stato membro colpito è meno che evidente.

Nel complesso, si può dunque sostenere che il diritto dell'Unione innovi rispetto al diritto internazionale per quanto riguarda l'introduzione di obblighi di cooperazione inter-Statale in materia di risposta ai disastri. Dalla mancata protezione delle persone colpite da calamità potrebbero perciò scaturire conseguenze di rilievo per quanto riguarda la responsabilità degli Stati. Lo Stato colpito potrebbe essere responsabile, non soltanto per non aver protetto la sua popolazione, ma anche per non aver richiesto l'assistenza di altri Stati membri. Questi potrebbero poi essere responsabili per avere illecitamente disatteso la richiesta di fornire aiuto in caso di emergenza. Le conseguenze pratiche di tali innovazioni sono, però, limitate, dato che i rimedi previsti dal diritto dell'Unione non sembrano idonei a tutelare efficacemente le persone colpite.

necessariamente allo stato attuale del diritto internazionale: il preambolo del Regolamento 1257/96 può comunque orientare l'interpretazione del diritto dell'UE, poiché esprime la volontà del legislatore.

26 Si veda la posizione dell'UE espressa in seno al Sesto comitato dell'Assemblea generale delle Nazioni unite, riportata in UN doc. A/C.6/66/SR.21, del 2 dicembre 2011, punto 56. V. anche M. GATTI, *La tutela dei diritti umani tra azione esterna dell'Unione europea e politiche interne degli Stati membri: medici, curate vos ipsos*, in OC, 2014, 9-10, www.osservatorioaic.it.

27 Un tale violazione è invece richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati, cfr. *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit., punti 55-56.

4. Un obbligo di proteggere in capo all'Unione?

Il diritto dell'UE sembra comportare, oltre agli obblighi di cooperazione interstatale, un'innovazione più radicale: l'attribuzione di un obbligo di protezione in capo alla stessa Unione.

A prima vista, l'UE potrebbe sembrare incapace di provvedere alla protezione delle persone nel 'suo' territorio. L'Unione ha infatti poteri limitati in questo ambito. Ai sensi dell'art. 122 TFUE, essa può fornire un'«assistenza finanziaria» a uno Stato membro colpito da calamità naturali o da «circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo», ma non sembrerebbe, a prima vista, poter contribuire direttamente a proteggere le persone. Nel campo della protezione civile in senso stretto, l'UE possiede solo una competenza di *coordinamento*: l'Unione «incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri» al fine di rafforzare l'efficacia dei sistemi di protezione dalle calamità (art. 196 TFUE)²⁸.

L'art. 222 TFUE potrebbe garantire un'azione più decisiva, dato che richiede all'Unione di assistere gli Stati membri colpiti da calamità mobilitando «tutti gli strumenti di cui dispone». D'altronde, tale clausola non garantisce all'UE degli strumenti specifici, né sul piano normativo né su quello operativo. Nemmeno la Decisione 2014/415, che regola l'attuazione da parte dell'Unione della Clausola di solidarietà, attribuisce all'UE alcun mezzo specifico, ma si limita a definire procedure (per la verità piuttosto vaghe) per il coordinamento di «meccanismi esistenti»²⁹. Si potrebbe dunque sostenere che l'Unione non abbia la capacità di assistere autonomamente la «sua» popolazione, e non possa quindi essere destinataria di alcun obbligo in tal senso. Ciò confermerebbe l'opinione diffusa secondo cui, sebbene l'UE non possa violare attivamente i diritti umani, non sarebbe tenuta a facilitare il loro godimento, mancando degli strumenti necessari a tal fine³⁰.

Taluni sviluppi della prassi suggeriscono però che l'Unione sia in realtà in grado di contribuire alla protezione della 'sua' popolazione. L'art. 122 TFUE è stato utilizzato come base giuridica per il Regolamento 2016/369, in base al quale il Consiglio può decidere, su proposta della Commissione, di finanziare interventi di assistenza, di soccorso e di protezione finalizzati a salvare e proteggere vite nel corso di catastrofi³¹. Tali interventi possono es-

28 V. anche art. 6 TFUE.

29 Decisione 2014/415, *cit.*, art. 1(3).

30 Cfr. I. DE JESÚS BUTLER, *The European Union and International Human Rights Law*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, www.europe.ohchr.org/documents/publications/eu_and_international_law.pdf, 2011, 17.

31 Regolamento del Consiglio 2016/369/UE, sulla fornitura di sostegno di emergenza

sere attuati direttamente dalla Commissione europea o – e sembra il caso più probabile – da altri soggetti, quali organizzazioni non governative, servizi specializzati degli Stati membri od organizzazioni internazionali. Ad esempio, l'Unione potrebbe finanziare la distribuzione di medicinali da parte di un'organizzazione non governativa in un'area colpita da calamità.

Ciò pare indicare che l'UE possa effettivamente contribuire, attraverso il finanziamento delle operazioni di altri soggetti, alla protezione delle persone colpite da calamità all'interno dell'Unione. D'altronde, il reale potenziale del Regolamento 2016/369 non è chiaro al momento. Sebbene esso riguardi le catastrofi in genere e abbia durata illimitata, è stato pensato per uno scopo preciso, cioè la gestione della crisi migratoria del 2015/2016. Non è dato sapere se in futuro verranno allocate risorse sufficienti a consentire all'Unione di finanziare interventi di assistenza in caso di altri eventi calamitosi³².

Un contributo più sicuro potrebbe essere fornito tramite un secondo canale, cioè la mobilitazione delle risorse operative degli Stati membri, prevista dal Meccanismo unionale di protezione civile. La Decisione 1313/2013 afferma che gli Stati membri possono condividere alcune delle loro risorse in un *pool* di mezzi di risposta preimpegnati per l'uso nell'ambito del Meccanismo, denominato «Capacità europea di risposta emergenziale» (nell'acronimo inglese, EERC), in cambio di un finanziamento da parte dell'UE.³³ Vari Stati membri hanno già impegnato risorse all'interno dell'EERC, come, ad esempio, aerei per l'evacuazione medica e squadre per la ricerca e il soccorso³⁴.

Le risorse contenute nell'EERC possono essere mobilitate in caso di calamità, tanto all'interno dell'Unione quanto al suo esterno. In linea di massima, gli Stati membri mantengono il potere di adottare «la decisione finale» sulla mobilitazione delle risorse che hanno condiviso nel *pool* e mantengono il comando e controllo sulle stesse³⁵. Ad una lettura superficiale, l'EERC potrebbe dunque apparire come un dettaglio organizzativo, privo di riflessi giuridici. Una lettura più attenta della Decisione 1313/2013, a sistema

all'interno dell'Unione GUUE 2016 L 70/1, art. 1-3.

32 Sembra invero che al momento si siano allocate solo le risorse per far fronte alla crisi migratoria, cfr. il Memo della Commissione: *Questions and Answers: An instrument for Emergency assistance within the Union*, al sito europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-483_en.htm, consultato il 21 giugno 2016.

33 Art. 11 della Decisione 1313/2013/UE, cit.

34 La Commissione europea segnala che dieci Stati hanno già offerto delle risorse, registrando 18 unità, si v. il sito ec.europa.eu/echo/what-we-do/civil-protection/european-emergency-response-capacity_en, consultato il 21 giugno 2016.

35 Cfr. articolo 11(7) e (8) della Decisione 1313/2013/UE, cit.

con la Decisione che la esegue (Decisione della Commissione 2014/762)³⁶, indica però che l'istituzione dell'EERC potrebbe avere delle conseguenze concrete. Sebbene gli Stati possano decidere volontariamente di conferire risorse all'EERC, e sebbene tali risorse rimangano sotto il loro controllo, è la Commissione europea a formulare, in seguito ad una richiesta di assistenza, un piano di mobilitazione, che può «invitare» gli Stati membri a mobilitare i mezzi di risposta registrati nell'EERC³⁷.

Tale «piano» non costituisce di per sé, com'è ovvio, un atto giuridico tipico, ma potrebbe avere effetti non trascurabili. È ipotizzabile che lo Stato che abbia registrato delle risorse nell'EERC, laddove «invitato», debba generalmente mobilitarle, in virtù del principio di leale cooperazione. Per espressa previsione della Decisione 1313/2013, le risorse dell'EERC sono, in linea di principio, «a disposizione delle operazioni di risposta nell'ambito del meccanismo unionale»³⁸. Gli Stati membri sono tenuti ad informare la Commissione europea «qualora emergenze nazionali, cause di forza maggiore o, in casi eccezionali, altri motivi gravi» impediscano loro di mettere a disposizione i mezzi di risposta registrati nel caso di una specifica catastrofe³⁹. Da ciò sembra possibile inferire che, laddove non ricorrano emergenze nazionali, cause di forza maggiore o altri motivi gravi, le risorse registrate nell'EERC siano sempre «disponibili» e che quindi l'Unione possa mobilitarle.

La prassi non consente, al momento, né di confermare né di smentire la lettura del Meccanismo di protezione civile sopra proposta. Sebbene vari Stati abbiano registrato risorse nell'EERC, esse sembrano essere state mobilitate soltanto in due casi, in occasione dell'invio di specialisti e risorse in Guinea e Sierra Leone durante l'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2015)⁴⁰. La limitatezza della prassi non è peraltro sorprendente, né significativa, poiché l'istituzione dell'EERC è iniziata nel 2014 e non è ancora completata.

Se si ammette che gli 'inviti' che la Commissione rivolge agli Stati in questo ambito abbiano una certa cogenza, si può ipotizzare che l'Unione sia, in certa misura, capace di contribuire alla risposta ai disastri nel suo territorio. Laddove uno Stato membro sia colpito da una calamità, esso potrà richiedere assistenza attraverso il Meccanismo di protezione civile. A quel

36 Decisione della Commissione 2014/762/UE, recante modalità d'esecuzione della decisione 1313/2013/UE, GUUE 2014 L 320/1.

37 Art. 35(6) della Decisione 2014/762, cit.

38 Art. 11(7) della Decisione 1313/2013, cit.

39 *Ibid.*

40 Si v. F. CASOLARI, *La reazione alla diffusione del virus Ebola cit.*, 201-202.

punto la Commissione potrà formulare un piano per la risposta al disastro, ‘invitando’ gli Stati membri a mobilitare le risorse registrate nell’EERC. Assumendo che tali Stati debbano, in linea di massima, rispondere positivamente all’invito della Commissione, si può concludere che l’Unione possa dare un contributo alla protezione delle persone colpite dalla calamità nell’UE.

Da questo sopra esposto si evince che l’Unione sembra disporre di una certa capacità di proteggere le persone colpite da disastri, attraverso la mobilitazione di risorse economiche (Regolamento 2016/369) e di mezzi operativi (l’EERC)⁴¹. Disponendo di una certa capacità di proteggere le persone colpite, seppure in modo indiretto, l’Unione potrebbe essere destinataria dell’obbligo di provvedere in tal senso. Tale obbligo discende, innanzitutto, dall’art. 222 TFUE, il quale impone, non soltanto agli Stati membri, ma anche alla stessa Unione, di «prestare assistenza a uno Stato membro» in caso di calamità, laddove questo invochi la Clausola di solidarietà. L’EERC e le risorse finanziarie di cui al Regolamento 2016/369 sono dunque due «strumenti» di cui l’UE dispone al fine di poter adempiere ai suoi obblighi di solidarietà.

Sembra poi di potersi affermare che l’Unione è tenuta a proteggere la ‘sua’ popolazione anche in virtù delle norme in materia di diritti umani, contenute tanto in fonti dell’ordinamento dell’Unione (inclusa la Carta dei diritti fondamentali) quanto in consuetudini internazionali⁴². Attraverso le loro contribuzioni al bilancio dell’Unione (e quindi ai fondi del Regolamento 2016/369), e tramite la messa a disposizione di mezzi nell’ambito dell’EERC, gli Stati membri trasferiscono all’Unione un potere di mobilitare risorse funzionali alla risposta alle calamità. Trasferendo un tale potere, gli Stati trasferiscono presumibilmente anche gli obblighi ad essi incombenti, ivi inclusi gli obblighi positivi in materia di diritti umani⁴³. Ammesso che gli Stati membri devono garantire il godimento dei diritti umani da parte delle persone colpite da disastri, è lecito supporre che anche l’Unione debba

41 Si può rilevare che l’Unione può *mobilitare* l’assistenza, ma normalmente non la *controlla*. Sul piano operativo, l’assistenza è infatti fornita dagli Stati membri (nel caso dell’EERC) o da altri soggetti (nel caso del Regolamento 2016/369).

42 Come noto, l’UE non è parte dei principali accordi internazionali sui diritti umani, ma si può presumere che essa sia vincolata dalle norme consuetudinarie in tale ambito, giacché esse sono generalmente ritenute vincolanti, non solo per gli Stati, ma anche per le organizzazioni internazionali. Si v. P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto delle organizzazioni internazionali* (a cura di A. del Vecchio), Napoli 2012, 329-330.

43 Cfr. T. AHMED, I. de JESÚS BUTLER, *The European Union and Human Rights: An International Law Perspective*, in *EJIL*, 2006, 800.

provvedere in tal senso.

L'obbligo di proteggere di cui sembra essere destinataria l'Unione è comunque sottoposto ad alcune condizioni, che sono in parte simili a quelle applicabili all'obbligo di mutua assistenza che vincola gli Stati membri *ex art. 222 TFUE*⁴⁴. In primo luogo, è necessario l'assenso dello Stato colpito. La Decisione 1313/2013 subordina esplicitamente la mobilitazione dell'EERC alla richiesta dello Stato vittima di calamità⁴⁵. Il Regolamento 2016/369, poi, prevede che l'UE fornisca sostegno «a supporto e integrazione» delle azioni dello Stato membro interessato. A tal fine, è assicurata una stretta «cooperazione» con tale Stato.⁴⁶ Difficilmente l'Unione potrebbe fornire «supporto» e «cooperazione» ad uno Stato membro che rifiutasse il suo intervento. In secondo luogo, il disastro dovrebbe essere tale da oltrepassare le capacità di risposta dello Stato colpito. Il Regolamento 2016/369 può essere usato solo in circostanze eccezionali in cui non risultino sufficienti gli altri strumenti «a disposizione degli Stati membri»⁴⁷; in particolare, si può presumere che debbano risultare insufficienti gli strumenti a disposizione dello Stato colpito. Difficilmente uno Stato membro potrebbe poi chiedere all'Unione di mobilitare l'EERC in caso di calamità che possa gestire autonomamente, giacché una tale richiesta, per le ragioni discusse in precedenza, sarebbe in mala fede⁴⁸.

Ci si può chiedere, infine, se l'invocazione esplicita della Clausola di solidarietà sia indispensabile al fine di fondare l'obbligo di proteggere in capo all'Unione, in analogia con quanto avviene per gli Stati membri⁴⁹. La questione non è di lana caprina, poiché l'attivazione della Clausola pone in luce l'incapacità dello Stato di gestire l'emergenza. È quindi presumibile che gli Stati membri facciano un uso sporadico dell'art. 222 TFUE – anche nei casi in cui le crisi oltrepassino le loro capacità di risposta – preferendo soluzioni più ‘morbide’, come la semplice attivazione del Meccanismo di protezione civile. Anche laddove la Clausola di solidarietà non fosse invocata, l'Unione sarebbe probabilmente obbligata ad assistere lo Stato membro richiedente che non sia in grado di far fronte alla calamità. A venire in rilievo non sarebbe l'obbligo di cui all'art. 222 TFUE, bensì l'obbligo di proteggere le persone che scaturisce dal diritto europeo e internazionale dei diritti umani. Come visto sopra, tanto le norme di diritto dell'Unione quanto quelle inter-

44 *v. supra*, par. 3.

45 Art. 15(1) della Decisione 1313/2013, *cit.*

46 Art. 1 del Regolamento 2016/369, *cit.*

47 Regolamento 2016/369, *cit.*, art. 1.

48 *V. supra*, par. 3. Cfr. Decisione 2014/415, *cit.*, art. 4(1).

49 *V. supra*, par. 3.

nazionali consuetudinarie imporrebbero all'Unione l'obbligo di proteggere la sua popolazione, ogni qual volta il suo intervento sia necessario (e possibile), ovvero sia quando le risorse di un suo Stato siano insufficienti e questo richieda – a qualunque titolo – l'assistenza dell'UE.

Quanto sopra esposto comporta che la responsabilità dell'Unione per la mancata fornitura dell'assistenza potrebbe essere invocata tanto dagli Stati membri quanto dagli individui, quantomeno all'interno dell'ordinamento dell'UE. Lo Stato che invochi (invano) la clausola di solidarietà potrebbe esperire un'azione in carenza nei confronti delle istituzioni europee competenti ad agire (la Commissione, nel caso dell'EERC, e la Commissione o il Consiglio, nel caso del Regolamento 2016/369). Gli individui colpiti dalla calamità, e il cui Stato necessiti assistenza e ne faccia richiesta (invocando o meno la Clausola di solidarietà), potrebbero proporre un ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione⁵⁰. In astratto, sarebbe possibile invocare la responsabilità dell'Unione anche davanti a un giudice internazionale, segnatamente la Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove l'UE aderisse finalmente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

5. Conclusione

La collaborazione internazionale riveste crescente importanza nella protezione delle persone dalle calamità, ma il diritto internazionale non sembra prevedere dei precisi obblighi in questo ambito. Questo contributo ha mostrato come il diritto dell'Unione europea colmi, in parte, tale lacuna nel territorio dell'Unione. Esso prevede infatti un obbligo di mutua assistenza in capo agli Stati membri dell'UE, e potrebbe contemplare anche un obbligo di richiedere aiuto in capo allo Stato colpito dal disastro. Sembra poi che la stessa Unione sia capace di, e sia quindi tenuta a, contribuire alla protezione delle persone colpite da calamità nel suo territorio.

Le innovazioni introdotte dal diritto UE si riflettono sull'atteggiarsi della responsabilità per la violazione dell'obbligo di proteggere le persone dalle calamità. La responsabilità principale in questa materia rimane, anche nell'UE, in capo allo Stato colpito. Allo stesso tempo, sembra sussistere una responsabilità 'eventuale' e 'sussidiaria', tanto degli altri Stati membri, quanto della stessa Unione. Tale responsabilità è 'eventuale', nella misura in cui potrebbe venire in rilievo soltanto laddove lo Stato colpito richiedesse

⁵⁰ v. Art. 340 TFUE; cfr. *inter alia*, Corte di giustizia, *Giordano c. Commissione*, C-611/12 P, EU:C:2014:2282, punti 35 e 44; *Commissione c. Schneider Electric*, C-440/07, EU:C:2009:459, punto 160.

assistenza. Essa è poi 'sussidiaria', perché potrebbe insorgere solo qualora lo Stato vittima della calamità non disponesse dei mezzi per affrontarla: né l'Unione né i suoi membri si surrogano allo Stato colpito dalla calamità nella titolarità del suo obbligo di proteggere.

L'eventuale responsabilità dell'Unione e dei suoi Stati membri potrebbe essere invocata da soggetti diversi. Solo gli Stati membri e l'Unione sembrano in grado di invocare la responsabilità di uno Stato che rifiuti di prestare assistenza ad un altro, giacché l'obbligo in tal senso è previsto da una norma indirizzata a questi soggetti, cioè la Clausola di solidarietà. Diversamente, gli individui potrebbero forse promuovere un'azione nei confronti dell'Unione, davanti al suo giudice e, forse, in futuro, davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'obbligo incombente in capo all'Unione, infatti, non deriva soltanto dalla Clausola di solidarietà, ma anche dalle norme europee e internazionali in materia di diritti umani.

La prassi non pare al momento smentire, né corroborare, queste conclusioni, in ragione della novità delle innovazioni qui presentate. Data la proattività delle istituzioni europee in questo ambito non è comunque da escludersi che ulteriori elementi per l'indagine si presentino nel prossimo futuro.

LORENZO GASBARRI

In difesa del Consiglio di sicurezza: violazioni dei diritti umani e lotta al terrorismo

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il duplice volto delle organizzazioni internazionali e la lotta al terrorismo – 3. Il volto funzionalista nella lotta al terrorismo – 4. Il volto costituzionale nella lotta al terrorismo – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel dibattito sugli effetti dell'azione di contrasto al terrorismo sulla tutela dei diritti umani esiste una prospettiva che raramente viene utilizzata. In questo contributo, chi scrive assume la posizione di difensore del Consiglio di Sicurezza, nel tentativo di dimostrare l'insussistenza della sua responsabilità giuridica.

La ragione per adottare questa prospettiva risiede nella volontà di far emergere quello che è stato chiamato «*le double visage de l'organisation internationale*»¹. Si ritiene che gli effetti della duplice natura del velo istituzionale delle organizzazioni internazionali emergano in tutta la loro evidenza contestando la responsabilità delle Nazioni Unite per la violazione di diritti umani². Si mostrerà come il Consiglio di Sicurezza possa difendersi cambiando la natura del proprio velo istituzionale a seconda della strategia difensiva che può essere utilizzata.

Il tema ha origine dal dibattito sulla natura delle organizzazioni internazio-

1 M. VIRALLY, *L'organisation mondiale*, Paris 1972, 30.

2 Sulla nozione di velo istituzionale delle organizzazioni internazionali, si veda C. BRÖLMANN, *The Institutional veil in Public International Law*, Oxford 2007.

nali e del diritto da loro prodotto che ha profonde radici nella dottrina italiana³. Il presente contributo non ha pretese di esaustività, quanto piuttosto provocare una rilettura di fenomeni contemporanei alla luce di tale dottrina. Dopo aver descritto il duplice volto delle organizzazioni internazionali nel contesto della lotta al terrorismo, il contributo proseguirà distinguendo in due parti i motivi che il Consiglio di Sicurezza può utilizzare per difendersi dall'accusa di limitare il godimento di alcuni diritti umani. Queste due parti descrivono le estreme conseguenze di quelle che verranno definite come teoria funzionalista e teoria costituzionale. Si vuole dimostrare come entrambe siano inefficaci a comprendere la natura delle organizzazioni internazionali, evidenziando come possono essere utilizzate per limitare la responsabilità delle Nazioni Unite.

2. Il duplice volto delle organizzazioni internazionali e la lotta al terrorismo

In dottrina si è più volte descritta l'esistenza di due concetti di organizzazione internazionale, presenti sin dalla prima apparizione del fenomeno⁴. Essi fanno riferimento alla natura funzionale o alla natura costituzionale degli enti creati in cooperazione tra gli Stati.

In primo luogo, la creazione delle organizzazioni internazionali risponde all'esigenza di delegare funzioni e attribuire poteri in vista della cooperazione tra gli attori che sono tradizionalmente considerati come i principali soggetti di diritto internazionale. L'organizzazione internazionale nasce come un ente a cui sono affidati dei compiti, fondata su un'idea funzionalista che vede gli Stati come veri e propri 'manager'⁵. Secondo questa concezione, gli Stati membri sono sempre presenti nell'attività compiuta dall'organizzazione, la quale agisce in una sorta di rappresentanza degli interessi dei suoi soggetti fondatori⁶. Infatti, il funzionalismo, ritenuto il paradigma dottrinale

3 Diversi punti di partenza possono essere adottati per indagare la questione. Il mio è stato M. DECLEVA, *Il diritto interno delle unioni internazionali*, Padova 1962.

4 J. KLABBERS, *Two Concepts of International Organization*, in *IOLR*, 2005, 277; ID., *Contending Approaches to International Organizations: Between Functionalism and Constitutionalism* in, *Research Handbook on the law of international organizations* (a cura di J. Klabbers, A. Wallendahl), Cheltenham 2011.

5 J. KLABBERS, *The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law*, in *EJIL*, 2015, 9.

6 E. LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, The Hague 2002.

predominante, si fonda su un rapporto definito ‘*principal-agent*’, nel quale gli Stati membri controllano l’operato dell’organizzazione imponendo limiti con l’attribuzione di specifiche competenze. Ad esempio, in tema di diritto dei trattati si è sempre cercato di conciliare la personalità giuridica indipendente dell’organizzazione con il suo fine statutario, sottolineando come sia la sua competenza a determinare la validità di un trattato⁷. Allo stesso tempo, le organizzazioni sono istituzioni di diritto internazionale, forum nei quali gli Stati membri discutono, prendono decisioni e quindi scompaiono dietro l’attività portata avanti solo dall’organizzazione. Secondo questa concezione, l’autonomia di cui gode contrasta con il funzionalismo su cui è fondata⁸. L’organizzazione tende dunque a divenire un ente costituzionale, capace di creare limiti interni alla propria azione. Il volto costituzionale delle organizzazioni internazionali si manifesta quando i limiti del funzionalismo divengono evidenti, come si evidenzia nel parere dalla Corte Internazionale di Giustizia sull’accordo di sede stipulato tra l’Organizzazione Mondiale della Sanità e l’Egitto⁹.

Tornando all’esempio in tema di diritto dei trattati, l’importanza della competenza a stipulare cede il passo alla capacità inerente alla qualità di soggetto di diritto internazionale¹⁰. La complessa relazione tra i due volti delle organizzazioni internazionali è manifesta nell’irrisolto problema dell’origine della capacità di stipulare trattati, derivante dall’attribuzione dei poteri da parte degli Stati membri oppure dal diritto internazionale generale¹¹.

La compresenza dei due volti delle organizzazioni internazionali è stata ampiamente dibattuta dalla dottrina. Durante gli anni 60 e 70, il dibattito ha preso spunto dalla giurisprudenza dell’allora Corte delle Comunità Europee¹², dividendosi tra sostenitori della creazione di un ordinamento

7 Sulla genesi dell’art. 6 della Convenzione di Vienna del 1986 si veda: J.P. DOBBERT, *Evolution of the Treaty-Making Capacity of International Organisations*, in *The Law and The Sea, in Essays in Honour of Jean Carroz*, Roma 1987, 21; G. HARTMANN, *The Capacity of International Organisations to Conclude Treaties*, in *Agreements of International Organisations and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (a cura di K. Zemanek), New York/Vienna 1971, 127.

8 J. KLABBERS, *The EJIL Foreword cit.*

9 CIG, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, parere consultivo del 20 dicembre 1980, par. 37, come commentato in J. KLABBERS, *The EJIL Foreword cit.*, 59.

10 H. CHIU, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties so Concluded*, The Hague 1966.

11 Sull’origine della capacità a concludere un trattato si veda il commento della Commissione del Diritto Internazionale, in YBILC, 1982, vol. II, Part Two, p. 24.

12 CGUE *van Gend & Loosv Nederlandse Administratie der Belastingen*, causa 26/62,

giuridico originario o derivato¹³. È particolarmente interessante evidenziare il parallelismo tra funzionalismo e carattere derivato dell'ordinamento giuridico delle organizzazioni da un lato¹⁴; costituzionalismo e ordinamento giuridico originario dall'altro¹⁵.

Il presente contributo si fonda su questa distinzione adottando la prospettiva del pluralismo giuridico¹⁶. Con tale nozione si intende l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici che interagiscono in assenza di una chiara relazione gerarchica¹⁷. Conseguentemente, il volto costituzionale delle organizzazioni internazionali non fa riferimento all'esistenza di una costituzione della comunità internazionale, quanto al particolare ordinamento creato da ogni organizzazione¹⁸.

In rapporto alla dottrina italiana è opportuno menzionare che il tema è

sentenza del 5 febbraio 1963; CGUE *Costa v. E.N.E.L.*, causa 6/64, sentenza del 15 luglio 1964.

13 P. CAHIER, *Le droit interne des organisations internationales*, in *RGDIP* 1963, 563. Il dibattito rimane di interesse contemporaneo, si veda S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di Giustizia*, in *RDI*, 2016, 68.

14 Si confronti, in generale, D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Parigi 1929; P.C. JESSUP, *Parliamentary Diplomacy – An Examination of the Legal Quality of the Rules of Procedure of Organs of the United Nations*, in *RCADI*, 1956, 204; C.W. JENKS, *The Proper Law of International Organizations*, New York 1962; P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Parigi 2009; M.N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2014; E. LAGRANGE, J. SOREL, *Droit des organisations internationales*, Parigi 2013; C.F. AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, Cambridge 2005.

15 Si confronti, in generale, L. FOCSANEANU, *Le droit interne de l'organisation des Nations Unies*, in *AFDI*, 1957, 315; A.P. SERENI, *Organizzazione internazionale. Sezione 2,2, Soggetti a carattere funzionale: le organizzazioni internazionali*, Milano 1960; J.A. BARBERIS, *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*, in *RCADI*, 1983, p. 145. P. CAHIER, *L'ordre juridique interne des organisations internationales*, in *Manuel sur les organisations internationales*, (a cura di R. J. Dupuy) Leiden 1998; H.G. SCHERMERS, *The Legal Basis of International Organization Action*, in *Manuel sur les organisations internationales cit.*; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles 1998, P. KLEIN, P. SANDS, *Bowett's law of international institutions*, Londra 2009; F. SEYERSTED, *Common Law of Intergovernmental Organizations*, Leiden 2008.

16 W. BURKE-WHITE, *International Legal Pluralism*, in *MJIL*, 2004, 963.

17 N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism*, Oxford 2010.

18 P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public*, in *RCADI*, 2002, 215; B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston 2009. J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009.

stato affrontato in relazione all'applicabilità o meno del principio di legalità alle organizzazioni internazionali¹⁹. Secondo la prospettiva qui adottata, la natura costituzionale delle organizzazioni implica la sostituzione del principio di legalità internazionale con un principio di legalità esclusivamente interno.

Recentemente, la stessa questione è stata descritta con l'immagine della trasparenza del velo giuridico istituzionale²⁰. Sebbene le organizzazioni internazionali abbiano sviluppato un proprio ordinamento interno, questo non è comparabile con l'impermeabilità degli ordinamenti statali. Le organizzazioni rimangono enti con una struttura parzialmente aperta, dentro la quale l'attività degli Stati membri è sempre visibile. I due volti sono riconoscibili anche nell'attività delle Nazioni Unite di contrasto al terrorismo internazionale, e il ruolo svolto dal Consiglio di Sicurezza a partire dalla risoluzione 1267 (1999) è, a tal riguardo, emblematico²¹.

In tema di responsabilità internazionale, già nel 1972 Virally scriveva «*Qu'y a-t-il de vrai dans cette double vision, superposant deux images apparemment antinomiques: le positif et le négatif sur la même feuille? Est-il correct de dire: l'O.N.U. n'a pas réussi à prévenir la guerre des six jours au Proche Orient? N'est-ce pas céder à la tentation du nominalisme? Ne serret-on pas la réalité politique de plus près en disant: les Etats qui exercent une influence au Proche-Orient, à commencer par les super-grands, n'ont pas été capables de prévenir la guerre au Proche-Orient, en utilisant les moyens d'action offerts par la Charte et la machinerie des Nations Unies?*». Questa serie di domande contengono una profonda intuizione: da un lato, le Nazioni Unite sono un autonomo soggetto di diritto, capace di incorrere nella responsabilità per il mancato adempimento dei propri obblighi; dall'altro, le Nazioni Unite sono un soggetto di diritto dipendente dagli Stati membri, i quali mantengono la responsabilità per l'adempimento dei propri obblighi. Nel dibattito contemporaneo, le stesse domande possono essere poste nel contesto della lotta al terrorismo.

L'attività di contrasto al terrorismo internazionale è una di quelle materie che necessitano il coordinamento globale che il Consiglio di Sicurezza può offrire. La discrezione nell'interpretazione delle funzioni affidate dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite è la cartina tornasole dei due volti dell'organizzazione. Da un lato le Nazioni Unite si presentano come uno strumento degli Stati membri, predisposto al fine di coordinare misure

19 L. PICCHIO FORLATI, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova 1974.

20 C. BRÖLMANN, *The Institutional veil cit.*

21 L. GINSBORG, *The United Nations Security Council's counter-terrorism Al-Qaida sanctions regime: Resolutions 1267 and the 1267 Committee*, *Research Handbook on International Law and Terrorism* (a cura di B. Saul), Cheltenham/Northampton MA 2014.

in vista del mantenimento della pace. Dall'altro lato, partendo dalla teoria dei poteri impliciti e dall'importanza della prassi, il ruolo dell'istituzione è evoluto al punto di essere considerato come legislatore globale²².

Adottando il volto funzionalista, il prossimo paragrafo inizierà la difesa delle Nazioni Unite sostenendo l'assenza di obblighi di tutela dei diritti umani, la mancanza di giurisdizione, la prevalenza degli obblighi che derivano dalla Carta ONU, e l'esclusiva responsabilità degli Stati membri che attuano le risoluzioni.

Adottando il volto costituzionale la difesa delle Nazioni Unite proseguirà sostenendo che gli individui non hanno personalità giuridica nel particolare ordinamento creato dall'organizzazione, che l'eventuale carattere *ultra vires* delle risoluzioni può trovare parametri di legalità esclusivamente interni, che è comunque applicabile la teoria del margine di apprezzamento e l'attività legislativa è comunque permessa dalle deroghe ai diritti umani in caso di emergenza.

In entrambi i casi, chi scrive non intende sostenere alcuna delle due teorie in gioco, quanto piuttosto evidenziare le conseguenze alle quali si espongono.

3. Il volto funzionalista nella lotta al terrorismo

3.1 Le Nazioni Unite non sono vincolate dall'obbligo di rispettare i diritti umani

Soltanto i soggetti vincolati al rispetto di un obbligo possono essere ritenuti responsabili per la sua violazione. Le Nazioni Unite, in qualità di ente strettamente funzionale, non sono vincolate al rispetto dei diritti umani²³. La tesi si fonda su una duplice argomentazione: l'assenza di obblighi internazionali e la natura della personalità giuridica dell'organizzazione. In sostanza, portando alle estreme conseguenze il volto funzionalista dell'organizzazione, le Nazioni Unite non sono e non possono essere vincolate al rispetto dei diritti umani.

In primo luogo, è opportuno rilevare l'assenza di uno strumento di diritto internazionale che obblighi le Nazioni Unite al rispetto dei diritti umani. Per quanto concerne il diritto convenzionale, le Nazioni Unite non sono parte di

22 A. BIANCHI, *Security Council's Anti-Terror Resolutions and Their Implementation by Member States: An Overview*, in JICJ, 2006, 1044 ss.

23 S. BESSON, *The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human rights: A Quiet (R)evolution?*, in SPP, 2015, 244.

alcuna convenzione sui diritti umani e il suo trattato istitutivo non pone un chiaro obbligo. Sono stati proposti differenti tentativi dottrinali per far derivare obblighi di tutela dalla Carta, generalmente fondati su un'interpretazione estensiva dell'art. 1 comma 1 e 3, e dell'art. 24 comma 2²⁴. In prospettiva funzionalista, l'obbligo di promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti umani da parte di propri Stati membri è cosa ben diversa dal vincolare l'organizzazione stessa²⁵. L'organizzazione è una piattaforma di coordinamento tra Stati che non consente il trasferimento di obblighi.

Per quanto concerne il diritto internazionale generale, la Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto che le organizzazioni, in qualità di soggetti di diritto internazionale, sono obbligate al rispetto delle norme consuetudinarie²⁶. La Corte ha qui adottato una prospettiva costituzionale, riconoscendo l'autonomia dell'organizzazione nei confronti degli Stati membri. Tuttavia, in prospettiva funzionalista, il trattato attributivo di funzioni deroga al diritto internazionale generale. Secondo quest'ottica, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sono diritto internazionale al pari di un trattato, e non si può escludere che, in ipotesi specifiche, possano derogare al diritto consuetudinario²⁷.

In secondo luogo, anche ammettendo la presenza di una fonte formale al rispetto dei diritti umani, le Nazioni Unite non hanno la capacità di sostenere tali obblighi. Già nel 1949 la Corte Internazionale di Giustizia aveva associato la presenza di personalità giuridica con il fine dell'organizzazione, limitata dunque alle competenze affidate dagli Stati fondatori²⁸. Le Nazioni Unite, in qualità di soggetto dedicato alla promozione e all'incoraggiamento del rispetto dei diritti umani da parte degli Stati membri, non hanno una capacità giuridica in grado di sostenerli. Infatti, i diritti umani costituiscono un concetto

24 Si veda, ad esempio I. JOHNSTONE, *The UN Security Council, Counterterrorism and Human Rights*, in *Counterterrorism: Democracy's Challenge* (a cura di A. Bianchi, A. Keller), Oxford and Portland 2008, 335-356; S. ZAPPALÀ, *Reviewing Security Council Measures in the Light of International Human Rights Principles*, in *Securing Human Rights?: Achievements and Challenges of the UN Security Council* (a cura di B. Fassbender), Oxford 2011.

25 A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano 2007, 137.

26 CIJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, parere consultivo del 20 dicembre 1980.

27 Si veda, in tal senso, la posizione sostenuta dal Fondo Monetario Internazionale nei commenti al progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali: *Comments and observations received from international organizations*, 2004, A/CN.4/545 del 25 giugno 2004, 26.

28 CIJ, *Reparation for injuries suffered in the services of the United Nation*, parere consultivo del 11 aprile 1949.

giuridico creato per gli Stati di difficile applicazione per altri soggetti. Anche considerando il contenuto dei diritti umani come diritto naturale, la forma, il modo in cui trovano applicazione, è fondato sul concetto di Stato²⁹.

In tema di lotta al terrorismo, il Consiglio di Sicurezza ha sempre utilizzato il volto funzionalista dell'organizzazione introducendo, a partire dalla risoluzione 1373(2001), il vincolo del rispetto dei diritti umani nell'attuazione degli obblighi che da esse derivano. È evidente come il Consiglio non si consideri esso stesso vincolato, ma cerchi di bilanciare le diverse competenze che gli sono affidate.

3.1 Le Nazioni Unite non hanno giurisdizione in relazione agli individui

Il sistema di protezione dei diritti umani richiede che i soggetti vincolati al loro rispetto siano capaci di possedere giurisdizione sopra gli individui³⁰. Questo è sicuramente il caso degli Stati, ma non sempre delle organizzazioni internazionali. Non si vuole adesso entrare nel dibattito sul carattere territoriale, personale o funzionale della giurisdizione, quanto evidenziare come non tutti i soggetti di diritto internazionale hanno la capacità di esercitare questa autorità sopra gli individui. Per quanto concerne le organizzazioni internazionali, solo un punto di vista costituzionale può riconoscere la sua esistenza. Non è un caso che l'unica organizzazione internazionale che possiede un chiaro vincolo al rispetto dei diritti umani sia l'Unione europea, nel cui ordinamento gli individui sono soggetti di diritto al pari degli Stati. Questo non è il caso delle Nazioni Unite, come perfettamente dimostrato dalla sua attività di contrasto al terrorismo. Anche nel caso delle sanzioni individuali, il Consiglio di Sicurezza non ha giurisdizione sopra gli individui, che rimangono soggetti esclusivamente all'autorità degli Stati membri.

L'incompatibilità tra possesso di giurisdizione e il volto funzionale dell'organizzazione impedisce anche l'applicazione del criterio fondato sulla *ultimate 'authority and control'* adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in *Behrami and Saramati*³¹. Infatti, in quel caso, l'autorità attribuita al Consiglio di Sicurezza era accertata nell'ambito della missione UNMIK, dove, non a caso, la risoluzione 1244(1999) aveva creato un

29 M.J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1998.

30 S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *JICJ*, 2012, 857 ss.

31 Corte europea dei diritti umani, *Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, ricorso n. 71412/01 e 78166/01, sentenza del 5 maggio 2007.

‘*constitutional framework*’ per l’amministrazione territoriale³². Soltanto in presenza di una natura costituzionale, nel caso di specie rappresentato dalla presenza dell’amministrazione territoriale, si crea quel necessario collegamento tra organizzazione internazionale e individuo.

In altre circostanze, la giurisdizione delle Nazioni Unite è sempre stata esclusa. In *Sayadi and Vinck v. Belgium*, il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha considerato la sola responsabilità del Belgio³³. In *Bosphorus*, la CEDU ha stabilito la giurisdizione esclusiva dell’Irlanda nell’attuazione di risoluzioni³⁴. In *Nada*, sempre la CEDU ha affermato che «Without prejudice to the binding nature of such resolutions, the Charter in principle leaves to UN member States a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. The Charter thus imposes on States an obligation of result, leaving them to choose the means by which they give effect to the resolutions»³⁵.

Gli obblighi che derivano dalla Carta prevalgono sull’obbligo di rispettare i diritti umani

L’assenza di un obbligo di rispettare i diritti umani è comprovato dal fatto che il Consiglio di Sicurezza ha il potere di vincolare i propri Stati membri anche in presenza di un conflitto tra norme. L’art. 103 recita «In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail».

La norma regola il rapporto tra il sistema giuridico delle Nazioni Unite e ordinamenti esterni, affermando la supremazia degli obblighi che derivano dalla Carta, incluse le risoluzioni del Consiglio³⁶. Il carattere fondamentale dell’art. 103 deriva dalla principale funzione affidata alle Nazioni Unite, il mantenimento della pace. Il divieto dell’uso della forza e il suo accentramento in capo al Consiglio di Sicurezza risulterebbero limitate se gli Stati membri mantenessero il potere di violare la Carta adducendo obblighi differenti. Seguendo questa tesi, il Consiglio di Sicurezza ha il potere di violare

32 CIG, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* parere consultivo del 22 luglio 2010, p. 403.

33 Human Rights Committee (Communication No. 1472/2006), CCPR/C/94/D/1472/2006.

34 Corte europea dei diritti umani (GC), *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

35 Corte europea dei diritti umani, *Nada v. Switzerland*, ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012, par. 176.

36 B. CONFORTI, *Consistency among Treaty Obligations in The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (a cura di E. Cannizzaro), Oxford 2011.

diritti umani attraverso i propri stati membri, avendo come limite alla propria azione solamente le funzioni che gli sono affidate.

Il potere dell'art. 103 è strettamente collegato all'idea delle organizzazioni internazionali come enti dedicati alla cooperazione, tendente al superamento degli egoismi nazionali. In una interpretazione letterale del funzionalismo, la possibilità che l'individuo debba difendersi da tali istituzioni è concettualmente esclusa. Al contrario, le organizzazioni sono tradizionalmente concepite come organi che proteggono gli individui dalle ingerenze degli Stati.

La Corte internazionale di giustizia ha adottato tale posizione nel caso *Lockerbie*, considerando che gli obblighi derivanti dalle risoluzioni 748(1992) e 883(1993) prevalgano sugli obblighi derivanti dalla Convenzione di Montreal del 1971³⁷.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riaffermato il principio in *Al Jedda*: «Article 103 of the United Nations Charter provides that the obligations of the Members of the United Nations under the Charter shall prevail in the event of a conflict with obligations under any other international agreement»³⁸. Sempre adottando il volto funzionalista dell'organizzazione, la Corte, riaffermando il principio espresso in *Nada*, ha considerato lo Stato responsabile, escludendo l'attribuzione della condotta alle Nazioni Unite: «the United Nations Security Council had neither effective control nor ultimate authority and control over the acts and omissions of troops within the Multinational Force and that the applicant's detention was not, therefore, attributable to the United Nations»³⁹.

Il Tribunale di prima istanza delle Comunità europee, nel 2005, ha considerato la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta sul diritto interno dell'Unione⁴⁰. Non considerando la natura costituzionale del proprio ordinamento, ha messo sullo stesso piano, sullo stesso ordinamento giuridico, gli obblighi derivanti da diverse organizzazioni e riconosciuto la prevalenza dell'art. 103, funzionale al mantenimento della pace.

Sostenendo il volto funzionalista, le Nazioni Unite non solo non hanno e non possono avere l'obbligo di rispettare diritti umani, ma il Consiglio di Sicurezza ha anche il potere di trasformare un fatto illecito in lecito.

37 CIG, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, sentenza del 14 aprile 1992, 126-127, par. 42-44.

38 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Jedda v. the United Kingdom*, ricorso n. 27021/08, decisione del 7 luglio 2011, par. 101.

39 Ivi, paragrafo 84.

40 Trib., *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, Causa T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005.

Solo gli Stati membri sono responsabili per l'attuazione delle risoluzioni

La natura funzionale dell'organizzazione ha limitato lo sviluppo di organi esecutivi con il potere di attuare le decisioni prese. Tutte le organizzazioni internazionali devono necessariamente fare affidamento sugli organi dei propri Stati membri per dare effettività alla propria azione⁴¹. Conseguentemente, anche ammettendo l'esistenza di obblighi, ogni possibile violazione dei diritti umani è attribuibile soltanto agli Stati membri a cui è attribuita la condotta⁴².

Anche le misure anti-terrorismo richiedono attuazione da parte degli Stati membri⁴³. Il nucleo principale degli obblighi derivanti dalle risoluzioni concerne l'adozione di leggi nazionali, e persino le procedure di *listing* e *de-listing* sono portate avanti principalmente dagli Stati⁴⁴. Solamente nel caso dell'Unione europea, sono stati avanzati criteri di attribuzione della condotta che considerano gli Stati membri come 'quasi-organi'⁴⁵. La Commissione del diritto internazionale ha escluso tale criterio di attribuzione, sostenendo che gli Stati membri sono autonomamente responsabili anche quando attuano decisioni prese da organizzazioni internazionali⁴⁶. È importante sottolineare come facendo affidamento sulla sua natura costituzionale, l'Unione europea è direttamente responsabile per la condotta dei propri Stati membri⁴⁷.

In uno dei primi casi di responsabilità delle organizzazioni internazionali, un Tribunale arbitrale composto sulla base di una clausola contenuta in un contratto stipulato tra la Società *Westland helicopters* e l'*Arab Organization for Industrialization* si è espresso sulla propria competenza a giudicare la

41 A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, in *EJIL*, 2006, 881 ss.

42 Si esclude l'ipotesi di responsabilità indiretta per una condotta diversa da quella che realizza l'illecito. Adottando una prospettiva strettamente funzionalista, l'attribuzione di responsabilità in connessione con l'illecito dello Stato membro genera un paradosso: la responsabilità indiretta dell'organizzazione deriva dalla condotta degli Stati membri che genera responsabilità indiretta dell'organizzazione che deriva dalla condotta degli Stati membri...

43 Ibidem.

44 A. BIANCHI, *Security Council's Anti-Terror Resolutions cit.*

45 F. HOFFMEISTER, *Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?*, in *EJIL*, 2010, 723 ss.

46 G. GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, 2004, A/CN.4/541, para. 10 ss.

47 L. GASBARRI, *Responsabilità di un'organizzazione internazionale in materie di sua competenza esclusiva: imputazione e obbligo di risultato secondo il Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare*, in *RDI*, 2015, 911 ss.

responsabilità dei quattro Stati membri dell'organizzazione⁴⁸. Da un lato, si manifesta l'esigenza di considerare l'organizzazione come un'entità differente dai propri Stati membri, dall'altra la circostanza per cui «The four States, in forming the AOI, did not intend wholly to disappear behind it, but rather to participate in the AOI as “members with liability”»⁴⁹.

Il Tribunale, constatando la propria competenza a giudicare la responsabilità degli Stati membri, ritiene che questi siano vincolati dagli obblighi assunti dall'organizzazione⁵⁰. Al fine di arrivare a tali conclusioni, il Tribunale compie un'analogia con una società in nome collettivo, in cui i soci mantengono una responsabilità quantomeno patrimoniale. In questo senso, l'organizzazione agisce in nome e per conto degli Stati membri. L'organizzazione è dunque percepita come una struttura aperta, sotto la quale traspaiono gli Stati membri. L'idea delle organizzazioni come società fra Stati è fondata sulla natura contrattuale del trattato istitutivo che porta alle estreme conseguenze la teoria funzionalista⁵¹.

Il volto costituzionale nella lotta al terrorismo

Gli individui non hanno personalità giuridica nell'ordinamento delle Nazioni Unite

Cambiando prospettiva, le Nazioni Unite possono difendersi dall'accusa di violare i diritti umani fondando le proprie argomentazioni su una natura giuridica che assimila la struttura di un'organizzazione a quella di uno Stato. Infatti, il volto costituzionale delle organizzazioni si fonda sul carattere originario del proprio ordinamento giuridico, non fondato sul diritto internazionale⁵².

La prima possibile difesa concerne la tesi che gli individui non hanno personalità giuridica all'interno dell'ordinamento delle Nazioni Unite. Se l'organizzazione si fonda su una propria costituzione, questa si differenzia dal diritto internazionale anche per quanto concerne i suoi soggetti. Solo gli Stati membri sono destinatari di diritti e di doveri all'interno delle Nazioni Unite. Il Consiglio di Sicurezza è un organo che non ha la struttura giuridica

48 *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization*, interim award del 5 Marzo 1984, *International Law Reports*, vol. 80, 1989, p. 612.

49 Ivi, p. 614.

50 Ivi, p. 615.

51 W. JENKS, *The Proper Law cit.*

52 Per una recente trattazione di tale teoria si veda S. VEZZANI, *Gli accordi delle Organizzazioni del Gruppo della Banca mondiale*, Torino 2011, p. 205 ss.

per poter considerare gli individui come soggetti al pari degli Stati. La sua architettura e il suo funzionamento non sono stati creati per accogliere istanze individuali⁵³.

Anche riconoscendo una personalità giuridica internazionale agli individui, questa è priva di effetti se consideriamo le Nazioni Unite come parte di un separato ordinamento. Solo gli Stati membri sono soggetti interni, e istanze individuali possono essere presentate solo attraverso questi. Nel caso delle risoluzioni anti terrorismo, questo appare evidente constatando che fino al 2009 solo gli Stati membri potevano domandare il *de-listing* per i propri cittadini o residenti. La creazione dell'Ombudsman ha parzialmente modificato tale situazione, garantendo la possibilità agli individui di chiedere personalmente la revisione del proprio caso. Tuttavia, il processo di *de-listing* rimane nella discrezione del Comitato istituito dalla risoluzione 1373(2001). Inoltre, appare evidente che il Consiglio di Sicurezza abbia progressivamente ampliato la tutela dei diritti umani nell'emanazione delle sanzioni individuali non tanto perché si riteneva vincolato da tali obblighi ma per ragioni di legittimità e opportunità politica.

In assenza di capacità giuridica, gli individui non possono lamentare violazioni dei propri diritti all'interno dell'ordinamento delle Nazioni Unite. La tesi non si discosta molto da quanto sostenuto dal servizio giudico delle Nazioni Unite nel caso dell'epidemia di colera ad Haiti. Com'è noto, esso ha rifiutato di risarcire le vittime tramite un meccanismo interno adducendo che «consideration of these claims would necessarily include a review of political and policy matters»⁵⁴.

Le risoluzioni emanate ultra vires hanno parametri di legalità esclusivamente interni

La validità dell'azione delle organizzazioni internazionali interferisce con il concetto di atto *ultra vires*.⁵⁵ La nozione di atto *ultra vires* si riferisce

53 La natura contrattuale dei diritti ed obblighi che l'organizzazione assume con i suoi funzionari esula da questa considerazione e dalla netta distinzione tra approccio funzionalista e costituzionale. Il cosiddetto diritto internazionale amministrativo è ad origine di una teoria che distingue tra funzionamento interno ed esterno dell'organizzazione. Si veda, B. KINGSBURY, *The Concept of Law in Global Administrative Law*, in *EJIL*, 2009, 23.

54 Lettera del Consigliere Giuridico delle Nazioni Unite in risposta alla richiesta di risarcimento, 21, febbraio 2013; F. MÉGRET, *La responsabilité des Nations Unies au temps du cholera*, in *RBDI*, 2013, 161 ss. Gli sviluppi recenti hanno portato alla dichiarazione del Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Secretary-General Apologizes for United Nations Role in Haiti Cholera Epidemic, Urges International Funding of New Response to Disease*, 1 dicembre 2016, SG/SM/18323-GA/11862.

55 E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, *Ultra Vires acts of international organizations*, in *Research*

ad atti o azioni di un'organizzazione adottati al di fuori delle sue competenze. L'invalidità *ultra vires* è dunque un concetto strettamente connesso con il funzionalismo dell'organizzazione internazionale⁵⁶. L'invalidità *ultra vires* è un concetto giuridico che combina competenza e invalidità, e potrebbe generare responsabilità per l'organizzazione.

Facendo affidamento sulla propria natura costituzionale, le Nazioni Unite possono ridimensionare il ruolo che tale nozione potrebbe svolgere nel porre limiti alla sua attività di antiterrorismo. Da un lato, la competenza ad emanare la regola è da ricercare nelle funzioni attribuite dagli Stati membri, dall'altro la capacità ad emanare la regola è da ricercare nei poteri, anche impliciti, che derivano dall'organizzazione stessa. Il concetto di regola *ultra vires* deriva dal volto funzionalista dell'organizzazione, che mal si concilia con la capacità originaria di emanare tutti gli atti necessari al suo funzionamento. Da qui deriva la difficoltà di accertare l'invalidità di una regola, soggetta a presunzioni di validità e alla competenza dell'organo di determinare la propria competenza⁵⁷.

La questione fondamentale è stabilire il parametro di riferimento su cui confrontare la validità dell'atto. Adottando il volto costituzionale, il Consiglio di Sicurezza può fare affidamento a parametri esclusivamente interni che difficilmente potranno portare a dichiarare l'invalidità dell'atto. Infatti, nei casi in cui la Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto la validità dell'atto, essa ha utilizzato parametri di legalità tutti interni all'ordinamento giuridico delle Nazioni Unite, non ricorrendo ad un'invalidità per violazione del diritto internazionale⁵⁸.

L'importanza di affidarsi al volto costituzionale è ben rappresentato nel caso della validità del regime delle sanzioni individuali. È stato già descritto come nel 2005 il Tribunale di Prima Istanza delle Comunità europee abbia affermato la validità del regime imposto dal Consiglio di Sicurezza facendo affidamento sulla natura funzionalista della propria organizzazione,

Handbook on the law of international organizations cit., p. 365.

56 J. KLABBERS, *The EJIL Foreword*, cit.

57 E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, *Ultra Vires acts cit.*

58 CPGI, *Employment of Women during the Night Case*, PCIJ Series A/B No. 50; CPGI, *the Competence of the ILO to Regulate Conditions of Labour in Agriculture Case*, PCIJ Series B No. 2; CPGI, *the Competence of the ILO to Regulate Agricultural Production Case*, PCIJ Series B No. 3; CPGI, *the Personal Work of Employers Case*, PCIJ Series B No. 13; CIG, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, parere consultivo del 20 Luglio 1962, par. 167; CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 Luglio 2004, p. 136.

e riferendosi a parametri di validità internazionali⁵⁹. Al contrario, nel 2008 la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'incompatibilità delle risoluzioni con i parametri costituzionali dell'ordinamento dell'Unione⁶⁰. Evidentemente, l'ordinamento interno garantisce una protezione maggiore dell'ordinamento internazionale.

Nel caso delle Nazioni Unite il quadro è rovesciato. Al pari dell'Unione europea, il Consiglio di Sicurezza potrebbe difendere la validità dei propri atti confrontandoli con parametri di validità esclusivamente interni, dove la tutela dei diritti umani è estremamente limitata, inferiore anche a quella salvaguardata del diritto internazionale generale⁶¹.

La tutela dei diritti umani è sottoposta al margine di apprezzamento del Consiglio di sicurezza

Come è stato discusso in precedenza, la presenza di standard interni di tutela dei diritti umani può essere confutata facendo affidamento sul volto funzionalista dell'organizzazione. Inoltre, anche ammettendo un limite derivante dal diritto internazionale generale, il Consiglio di Sicurezza ha il compito di bilanciare interessi individuali con interessi collettivi. In prospettiva costituzionale, tale potere non è differente da quello che gli Stati esercitano nel garantire diritti umani non assoluti.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato la teoria del margine di apprezzamento⁶². Con le dovute accortezze, e facendo riferimento alla prospettiva costituzionale, è possibile applicare tale nozione all'attività del Consiglio di Sicurezza. Com'è noto, al fine di affermare che la limitazione al godimento dei diritti umani rientra nel margine di apprezzamento lasciato allo Stato, essa deve essere prescritta dalla legge e proporzionale al suo scopo⁶³.

59 P. PALCHETTI, *Judicial Review of the International Validity of UN Security Council Resolutions by the European Court of Justice*, in *International Law as Law of the European Union* (a cura di E. Cannizzaro e altri), Leiden 2012.

60 CGUE, *Kadi and Al Barakat International Foundations*, causa C-402/05 P and C-415/05 P sentenza del 3 settembre 2008.

61 Il diritto internazionale può venire in rilievo tramite recepimento nel diritto interno dell'organizzazione, al pari di quanto accade negli ordinamenti statali. Il grado di apertura al diritto internazionale è comunque determinato da parametri interni.

62 S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the european convention on human rights*, Strasburgo 2000.

63 Corte europea dei diritti umani, *Handyside v. United Kingdom*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976; *The Sunday Times v. United Kingdom*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 April 1979; *Christine Goodwin v. United Kingdom*, ricorso n. 28957/95,

Sebbene non sia possibile replicare il significato di legge statale nel sistema giuridico internazionale, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza costituiscono una valida fonte di obblighi internazionali. Per quanto concerne la proporzionalità delle misure, il bilanciamento deve essere fatto tenendo presente gli interessi in gioco. Il Consiglio di Sicurezza deve bilanciare diritti individuali con il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Conseguentemente, prima di poter riconoscere una violazione, è necessario provare che la misura adottata sia al di fuori del margine di apprezzamento posseduto dal Consiglio di Sicurezza nel determinare la legalità del limite imposto al godimento dei diritti umani.

Deroghe al godimento dei diritti umani in caso di emergenza

L'ultima argomentazione che discende dalla concezione delle Nazioni Unite come ente costituzionale concerne l'applicabilità delle clausole di deroga ai diritti umani in caso di emergenza⁶⁴.

Il Comitato per i Diritti Umani ha affrontato il tema nel suo commento generale numero 29⁶⁵. L'art. 4 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici subordina la deroga ad alcuni diritti contenuti nella Convenzione a due requisiti: l'esistenza di una situazione di emergenza che minaccia la vita della nazione e la sua proclamazione. La disposizione ha trovato un'elaborazione nel cosiddetto '*Syracuse principle*'⁶⁶. Il documento finale prodotto dalla Conferenza del 1984 sulle deroghe al Patto ha evidenziato come tale strumento sia strettamente connesso con il concetto di Stato. Tuttavia, portando alle sue ultime conseguenze la nozione di organizzazione come ente costituzionale, è possibile compiere un'interessante analogia.

Il terrorismo rientra nelle emergenze che minacciano la vita della comunità internazionale, e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza possono essere definite come «*strictly required by the exigencies of the situation*». Conseguentemente, i diritti umani derogabili possono trovare una limitazione legittima.

Nel contesto della lotta al terrorismo, differenti Corti nazionali hanno più volte affermato la legalità di misure nazionali sostenendo la presenza

sentenza del 11 luglio 2002.

64 A. SIEHR, *Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the 'War Against International Terrorism'*, in *GYIL*, 2005, 545 ss.

65 Human Rights Committee, General Comment No. 29, 2001.

66 *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1984, E/CN.4/1985/4.

di una situazione di emergenza⁶⁷. Secondo la CEDU, gli Stati godono di un margine di apprezzamento anche nell'interpretazione dell'articolo 15 della Convenzione '*derogation in time of emergencies*'⁶⁸.

Per quanto concerne in particolare il diritto ad un equo processo, la CEDU ha riconosciuto la legittimità della deroga in un caso che concerneva un sospetto terrorista dell'IRA⁶⁹. In *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, la Corte ha affermato che «*it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities*».

Gli Stati membri delle Nazioni Unite possono invocare l'applicazione delle clausole di deroga anche quando attuano le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza⁷⁰. Analogamente, le Nazioni Unite, qualora considerate come un ente costituzionale al pari degli Stati, possono invocare la minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale al fine di limitare il godimento dei diritti umani derogabili.

5. Conclusioni

Questo breve contributo ha evidenziato le difficoltà nel ricostruire la responsabilità delle Nazioni Unite per la violazione dei diritti umani nel contesto della lotta al terrorismo. In particolare, chi scrive ha voluto evidenziare la complessa natura della struttura giuridica delle organizzazioni interna-

67 Camera dei Lords, *A (FC) and Others (FC) vs Secretary of State for the Home Department*, sentenza del 16 dicembre 2004, [2004]UKHL56, 118-119.

68 *The Cyprus case (Greece v. the United Kingdom)* (1958-59) 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 174-179; *The Greek Case (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece)*, Commission report of 5 November 1960, 12 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* (1969); Corte europea dei diritti umani, *Ireland v. the United Kingdom*, ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, ricorso n. 14553/89 and 14554/89, sentenza del 26 maggio 1993.

69 *Lawless v. Ireland*, Report della Commissione del 19 dicembre 1959, B (1960-61), sentenza del 1 luglio 1961.

70 A. BIANCHI, *Security Council's Anti-Terror Resolutions*, cit.

zionali, tale da bilanciare opposte linee argomentative. Concludendo, è interessante notare come ogni argomentazione utilizzata al fine di contestare la responsabilità possa essere confutata facendo affidamento sull'opposta concezione di organizzazione internazionale.

In primo luogo, La natura funzionalista trova sempre come contraltare la natura costituzionale.

Nel paragrafo 3.1, l'assenza di obblighi internazionali che vincolano le Nazioni Unite al rispetto dei diritti umani può essere confutata facendo riferimento alla creazione di un ordinamento proprio che, seppur lentamente, sta sviluppando limiti costituzionali all'attività del Consiglio di Sicurezza.

Nel paragrafo 3.2, l'assenza di giurisdizione sugli individui si riferisce soltanto ad un concetto di organizzazione internazionale strettamente funzionale agli interessi degli Stati membri. In *Nada*, la responsabilità degli Stati membri per l'attuazione delle risoluzioni è compatibile con l'esistenza di una giurisdizione funzionale attribuibile anche alle Nazioni Unite⁷¹.

Nel paragrafo 3.3, la supremazia degli obblighi che derivano dalla Carta esiste soltanto qualora vi sia un conflitto tra diritti umani e risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. In prospettiva costituzionale, l'art. 103 ha un'efficacia limitata agli effetti esterni dell'ordinamento delle Nazioni Unite. Tuttavia, esso non ha effetti in ordinamenti terzi, quali l'Unione europea o il Consiglio d'Europa.

Nel paragrafo 3.4, in prospettiva costituzionale gli Stati membri non sono i soli responsabili per la violazione di diritti umani. Da un lato, le Nazioni Unite potrebbero essere vincolate da un obbligo di risultato, che richiama la sua responsabilità anche nel caso in cui la condotta sia attribuita solo allo Stato membro⁷². Dall'altro, le Nazioni Unite potrebbero essere vincolate da un obbligo diverso, come quello di prevenzione nei confronti dei propri Stati membri⁷³.

In secondo luogo, cambiando prospettiva, la natura costituzionale trova come contraltare il carattere funzionale dell'organizzazione.

Nel paragrafo 4.1, l'assenza di personalità giuridica interna degli individui trova come contrapposto la loro personalità internazionale. È in particolare nella tutela dei diritti umani che gli individui hanno sviluppato un'autonomia personalità giuridica che si inserisce nel rapporto funzionale tra Stato e organizzazione internazionale.

71 *Nada v. Switzerland*, cit.

72 G. GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, 2004, A/CN.4/541, par. 11.

73 G. GAJA, *The Relations Between the European Union and its Member States from the Perspective of the ILC Articles on Responsibility of International Organizations*, SHARES Research Paper 25 (2013).

Nel paragrafo 4.2 i parametri interni su cui confrontare la validità delle risoluzioni possono trovare contraltari internazionali. Nel rapporto tra diritto internazionale e ordinamento interno dell'organizzazione, la prospettiva funzionalista considera sullo stesso piano, sullo stesso ordinamento, le diverse fonti di diritto. L'invalidità *ultra vires* potrebbe fondarsi anche sul mancato rispetto degli obblighi internazionali.

Nel paragrafo 4.3 è stato discusso come in prospettiva costituzionale le Nazioni Unite potrebbero godere di un margine di apprezzamento nel bilanciare la tutela dei diritti umani con il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. In prospettiva funzionalista, non è il Consiglio di Sicurezza con la propria limitata autonomia che ha il potere di bilanciare interessi diversi, quanto gli Stati membri che agiscono all'interno di questo.

Nel paragrafo 4.4, la proclamazione di uno stato di emergenza tale da consentire la deroga di alcuni diritti umani è strettamente connessa con un'analogia al potere degli Stati membri. Anche in questo caso, il volto funzionalista dell'organizzazione impedisce il ricorso indiscriminato a tale possibilità.

PARTE SECONDA

L'attribuzione delle condotte in contesti di interazione pubblico-privato e di cooperazione internazionale

Nuove tendenze in materia di attribuzione e responsabilità per l'illecito internazionale derivante da violazione dei diritti umani durante operazioni di contrasto alla violenza marittima da parte di privati

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Considerazioni preliminari sulla liceità, o illiceità, dell'imbarco di PMSC su navi commerciali. — 3. Criteri di attribuzione della responsabilità di soggetti privati nel diritto internazionale generale. — 4. Disciplina generale della giurisdizione degli Stati sui propri natanti. — 5. Applicazione dei criteri alla condotta delle PMSC. — 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La tutela dei natanti da fenomeni di violenza marittima è divenuta sempre più, nel corso degli ultimi quindici anni, un tema centrale nel diritto internazionale del mare. La recrudescenza del fenomeno piratesco a largo della Somalia e nell'Oceano indiano, così come il timore che il mare possa divenire la nuova fonte di attacchi terroristici, ha portato la comunità armatoriale a elaborare forme di autotutela alternative agli strumenti adottati tradizionalmente dagli Stati, quali il pattugliamento marittimo¹.

¹ Tale reazione risponde anche ad esigenze di economia degli Stati, incapaci di mantenere per lunghi periodi le attività di pattugliamento marittimo. Si veda, con riguardo ai costi troppo elevati delle operazioni di contrasto al generale fenomeno della violenza marittima, nonché in tema di vantaggi economici derivanti dall'impiego di personale armato a bordo di navi commerciali, R. JEFFREY, *An Efficient Solution in a Time of Economic Hardship: The Right to Keep and Bear Arms in Self-Defense Against Pirates*, in *JML&C*, 2010, 507.

Tali strumenti di autotutela hanno assunto due forme: da un lato, le cosiddette «misure di protezione passiva», ossia quelle misure che non richiedono alcuna attività umana, come la predisposizione di allarmi o di filo spinato lungo le paratie della nave; dall'altro, «misure di protezione attiva», caratterizzate dall'impiego di personale di sicurezza a bordo della nave. Tale personale, a seconda della legislazione nazionale, è stato inquadrato in forme di sicurezza di natura pubblicistica, attraverso i c.d. «nuclei militari di protezione» («NMP»), oppure attraverso forme di sicurezza privata, le cosiddette «compagnie di sicurezza marittima» (*private maritime security companies*, «PMSC»)².

L'uso di NMP non pone particolari problemi in termini di responsabilità internazionale, in quanto disciplinato nel quadro dell'ordinario criterio dell'attribuzione allo Stato delle condotte dei propri organi³. Più complesso è il ricorso alle PMSC. Una prima difficoltà è di natura definitoria, nell'assenza di una nozione di tali soggetti, se non come sotto-categoria delle c.d. «compagnie militari private»⁴. Pertanto, prendendo le mosse dalla definizione di tale entità militare privata fornita da uno dei più importanti strumenti di *soft law* in materia, il *Montreux Document*⁵, si potrà dire che le PMSC

2 Sulla distinzione tra misure attive e passive, si veda M. KASTEK et al., *Passive automatic anti-piracy defense system of ships*, SPIE Proceedings, 2013, disponibile all'indirizzo www.researchgate.net/publication/258521296_Passive_automatic_anti-piracy_defense_system_of_ships (visitato il 12 febbraio 2017).

3 Nel senso della responsabilità dello Stato per le condotte dei membri di un NMP, o VPD usando l'acronimo inglese (*vessel protection detachment*), si veda, tra gli altri, R. WOLFRUM, *Military Vessel Protection Detachments under National and International Law*, in *Contemporary Developments in International Law. Essays in Honour of Budislav Vukas* (a cura di R. Wolfrum, M. Seršić, T. Šošić), Leiden-Boston 2016, 360.

4 L'analisi della distinzione tra *contractors* e *private security companies* è purtroppo ultronea al presente scritto. In materia, si veda M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in *La codificazione della responsabilità Internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione* (a cura di M. Spinedi, A. Gianelli, M.L. Alaimo), Milano 2006, 67 ss., 68-69.

5 Croce rossa internazionale, *The Montreux Document On Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict*, Montreaux, 17 settembre 2008, disponibile all'indirizzo www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0996.htm (visitato il 12 febbraio 2017). Il documento, che è stato peraltro realizzato con l'ausilio di alcuni Stati particolarmente attivi nel settore dei *contractors*, come Stati Uniti e Regno Unito, si basa sui tre fondamentali assunti secondo cui: «1. *That certain well-established rules of international law apply to States in their relations with private military and security companies (PMSCs) and their operation during armed conflict, in particular under international humanitarian law and human rights law; [...]* 2. *That this document recalls existing legal obligations of States and PMSCs and their personnel (Part One), and provides States with good practices*

siano quelle compagnie private che forniscano alcuni servizi militari o di sicurezza ad altri soggetti, privati o pubblici, relativamente ad operazioni marittime⁶.

La natura privata delle PMSC rende più complessa la questione della responsabilità internazionale per le loro condotte contrarie a norme di diritto internazionale. Tale profilo è di rilevante interesse, come dimostra analogicamente l'esperienza relativa alle compagnie militari «di terra». Infatti, è tutt'altro che rara la circostanza in cui tali compagnie violino norme sui diritti umani mediante l'uso di forza letale che lo Stato di bandiera del natante su cui sono imbarcate ha sicuramente autorizzato. Questo profilo risulta ancora più interessante considerando che le PMSC operano in un contesto, quello marittimo, in cui il luogo in cui ha origine la potenziale lesione dei diritti umani e quello in cui essa ha i suoi effetti, essendo verosimilmente natanti battenti bandiere diverse, sono sottoposti alla giurisdizione di Stati diversi.

Considerando tali rilievi critici, lo scopo del presente studio è quello di analizzare l'ordinamento vigente e gli strumenti attualmente disponibili per sostenere l'esistenza di una possibile responsabilità dello Stato di bandiera di una nave privata per le condotte su di essa imbarcate. A tal fine, si fornirà inizialmente una breve considerazione relativa alla liceità dell'imbarco di PMSC. Seguirà una succinta panoramica delle ben note norme sull'attribuzione della responsabilità agli Stati, che rappresentano il naturale punto di partenza del presente studio, oltre a una breve analisi della disciplina dei poteri che gli Stati esercitano sui propri natanti. Verranno infine applicati i criteri enunciati al caso specifico della PMSC, facendo riferimento alla tutela dei diritti umani. Da ultimo, verranno tratte alcune conclusioni, alla luce dei pochi elementi di prassi disponibili.

2. Considerazioni preliminari sulla liceità, o illiceità, dell'imbarco di PMSC su navi commerciali

Prima di addentrarsi nello studio delle tendenze in tema di attribuzione della condotta e di responsabilità dello Stato per fatti propri PMSC, pare opportuno risolvere preliminarmente un quesito relativo alla liceità, o meno,

to promote compliance with international humanitarian law and human rights law during armed conflict (Part Two); [...] 3. That this document is not a legally binding instrument and does not affect existing obligations of States under customary international law or under international agreements to which they are parties, in particular their obligations under the Charter of the United Nations (especially its articles 2(4) and 51)» (ibidem, p. 9).

6 *Ibidem*, p. 9, par. 9(a).

dell'imbarco di personale di sicurezza armato su natanti commerciali.

Tale strumento di autotutela è stato infatti oggetto di ampie critiche tanto sotto il profilo dell'opportunità⁷, quanto sotto quello della sua potenziale contrarietà a talune norme di diritto del mare⁸. Nondimeno, si ritiene che la previsione della possibilità di imbarcare PMSC sui propri natanti non sia *ipso facto* contraria al diritto internazionale e, quindi, non sia *per se* illecita una legislazione che preveda tale strumento.

Tale conclusione sarebbe supportata da una diffusa prassi internazionale. Da un lato, l'Organizzazione marittima internazionale ha sostenuto, nella revisione delle proprie *Best Management Practice* del 2011, che: «*[t]he use, or not, of armed Private Maritime Security Contractors onboard merchant vessels is a matter for individual ship operators to decide following [...the] approval of respective Flag States*»⁹. Similmente, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha più volte elogiato «*the efforts of flag States for taking appropriate measures to permit vessels sailing under their flag [...] to embark vessel protection detachments and privately contracted armed security personnel*»¹⁰.

In considerazione di quanto citato, ed escludendo che l'Organizzazione marittima internazionale e il Consiglio di sicurezza si esprimano favorevolmente rispetto ad attività palesemente in contrasto con il diritto vigente, si ritiene di poter sostenere la non palese illiceità, se non la liceità, dell'uso di personale di sicurezza a bordo delle navi, pur nelle sue perduranti difficoltà normative. Pare quindi sostenibile che una legislazione nazionale che au-

7 È stato infatti sostenuto che «*[the] use of armed guards [is] likely to lead to significant increased risk of personal injury, fire, and explosion, risk of escalation of conflict, particularly as pirates will assume all vessels are armed and attack tempo will increase accordingly*» (*International Piracy on the High Seas: Hearing Before the Subcommittee on Coast Guard and Maritime Transport. Statement of Captain Phil Davies, Director, Oil Companies International Marine Forum*, 4 febbraio 2009, disponibile all'indirizzo www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hhrg47259/html/CHRG-111hhrg47259.htm (visitato il 12 febbraio 2017)).

8 Per un'analisi delle varie problematiche collegate all'imbarco di personale armato su navi civili, si vedano G. BEVILACQUA, *Counter Piracy Armed Services, the Italian System and the Search for Clarity on the Use of Force at Sea*, in *IYIL*, 2012, 39; G.M. FARNELLI, *Contrasto e repressione della violenza marittima nel diritto internazionale moderno*, Napoli 2015, 229, e dottrina ivi citata.

9 Organizzazione marittima internazionale, lettera circolare n. 1339 del 14 settembre 2011, *BMP4 – Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy*, 39, par. 8.15.

10 Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, risoluzione n. 2077 del 21 novembre 2012, *considerando* 10.

torizzi l'imbarco di personale armato su navi private non sia *ipso facto* in contrasto con alcun obbligo internazionale.

Anche laddove si volesse sostenere la contrarietà all'ordinamento internazionale dell'imbarco di PMSC, si ritiene comunque che una legislazione autorizzativa non costituirebbe *per se* una condotta internazionalmente illecita. Essa sarebbe piuttosto un atto preparatorio, nei termini indicati dalla Commissione di diritto internazionale e fatti propri dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Gabcikovo-Nagymaros*¹¹, secondo cui:

«[a] distinction should particularly be drawn between a State's conduct that "completes" a wrongful act (whether instantaneous or extended in time) and the State's conduct that precedes such conduct and does not qualify as a wrongful act. [...]. In particular, a legislative act whose provisions might open the way to the commission by a State of a wrongful act may not actually lead to such a result because it is not followed by the administrative or judicial action "ordered by the legislator"»¹².

In tal senso, la legislazione nazionale che prevedesse l'imbarco di PMSC, pur aprendo la strada all'eventuale commissione di atti in violazione del diritto internazionale, potrebbe essere al più considerata un atto preparatorio di tale condotta illecita, e non una condotta illecita in sé.

3. Criteri di attribuzione della responsabilità di soggetti privati nel diritto internazionale generale

Escluso quindi che la legislazione nazionale possa essere *ipso facto* una condotta illecita¹³, pare opportuno considerare come l'eventuale condotta

11 In quella sede, la Corte ha sostenuto che «[a] wrongful act or offence is frequently preceded by preparatory actions which are not to be confused with the act or offence itself. It is as well to distinguish between the actual commission of a wrongful act (whether instantaneous or continuous) and the conduct prior to that act which is of a preparatory character and which 'does not qualify as a wrongful act'» (Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, punto 79).

12 *Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session (3 May-23 July 1993)*, in *YILC*, 1993, vol. II, Part Two, p. 1 ss., p. 57, punto 14.

13 Risulta di maggiore complessità, ma purtroppo ultroneo a questo studio, l'argomento di come l'imbarco di PMSC su navi mercantili possa costituire una condotta in contrasto con specifici obblighi internazionali legati alla navigazione, come il diritto al passaggio inoffensivo. A riguardo, si rimanda all'analisi di C. SYMMONS, *Embarking Vessel Protection Detachments and Private Armed Guards on Board Commercial Vessels: International*

delle PMSC in contrasto con un obbligo internazionale dello Stato possa essere attribuita a questi.

Com'è noto, il diritto internazionale generale, codificato dal Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati della CDI¹⁴, indica come elementi costitutivi della responsabilità internazionale una condotta in contrasto con un obbligo internazionale e l'attribuzione della medesima condotta ad uno Stato. Se il primo elemento non crea particolari difficoltà, maggiore attenzione richiede il profilo dell'attribuzione delle condotte delle PMSC ad uno Stato. Infatti, il Progetto non attribuisce in via generale allo Stato la responsabilità delle condotte dei privati. A questo criterio generale fanno eccezione, da un lato, le tre ipotesi di responsabilità diretta nel caso in cui il privato stia esercitato i c.d. «*elements of governmental authority*» (art. 5), sia controllato o diretto dallo Stato (art. 8) o la sua condotta sia stata accettata *ex post* dallo Stato (art. 11); dall'altro, la possibilità che lo Stato sia indirettamente responsabile per non aver vigilato e prevenuto le azioni dei privati laddove sia sottoposto ad uno specifico obbligo di prevenzione o repressione di determinate condotte¹⁵.

Con riguardo alle ipotesi di responsabilità diretta, l'attribuzione allo Stato di condotte private dovrà necessariamente basarsi su un'analisi dei fatti specifici di una vertenza¹⁶. Tale approccio fattuale relativamente all'attribuzione di condotte di privati allo Stato è desumibile dalla giurisprudenza internazionale, tra cui vale la pena ricordare la decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo all'attività militare e paramilitare in e contro il Nicaragua¹⁷ e

Legal Consequences and Problems under the Law of the Sea, in *ML&LWR*, 2012, 21.

14 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (DARSIWA)*, in *YILC*, 2001, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

15 Com'è noto, tale ipotesi sorse nel caso dei c.d. «Ostaggi di Teheran» (Corte internazionale di giustizia, sentenza del 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*), in cui la Corte internazionale di giustizia dichiarò responsabile lo Stato iraniano per non aver prevenuto l'aggressione da parte di un gruppo di privati, i c.d. «Studenti islamici», all'ambasciata statunitense a Teheran. In generale, sulla responsabilità indiretta dello Stato nel caso di azioni di privati, o di responsabilità solidale per fatto di altro Stato ai sensi degli artt. 16-18 del Progetto di articoli, si veda J. FRY, *Coercion, Causation, and the Fictional Elements of Indirect State Responsibility*, in *VJTL*, 2007, 611.

16 Si veda in questo senso il commento all'art. 8 del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale (*DARSIWA*, 47).

17 La Corte ha sostenuto che «*there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf*» (Corte internazionale di giustizia, sentenza del 17 giugno 1986, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 62, par. 109).

quella del Tribunale penale per l'ex Yugoslavia nel caso *Tadić*¹⁸.

In base a tale approccio fattuale e, più in generale, all'alto standard di controllo richiesto, non si potrà presumere che lo Stato eserciti un controllo effettivo sui privati, ma sarà piuttosto necessario dimostrare che le singole condotte di questi ultimi erano effettivamente sottoposte al potere direttivo statale¹⁹.

Su un piano diverso si pone l'ipotesi di una responsabilità indiretta dello Stato per le condotte di individui, non a lui direttamente attribuibili. Com'è noto: «*a State may be responsible for the effects of the conduct of private parties, if it failed to take necessary measures to prevent those effects. [...] In this respect there is often a close link between the basis of attribution and the particular obligation said to have been breached*»²⁰.

Come si può evincere dal brano appena citato, tale forma di responsabilità è strettamente collegata alla norma che si assume sia stata violata da una condotta di privati. In sostanza, lo Stato potrà essere indirettamente responsabile solo quanto abbia specifici obblighi di prevenzione, come nel caso delle immunità diplomatiche²¹ o, come si vedrà²², in tema di diritti umani.

18 In tale sede, il Tribunale ha sostenuto che «*[t]he requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case*» (TPI per l'ex Yugoslavia, sentenza del 15 luglio 1999, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1, p. 48; corsivo nel testo).

19 Per un'analisi più puntuale di tale criterio e della giurisprudenza rilevante in materia, si vedano G. BARTOLINI, *Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato*, in *La codificazione della responsabilità internazionale cit.*, 25; V. TZEVELEKOS, *Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility*, in *MicJIL*, 2014, 129.

20 *DARSIWA*, 39, punto 4.

21 *Ibidem*. Si tenga inoltre conto che L'art. 22(2) della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche dispone che «*[t]he receiving State is under a special duty to take all appropriate steps to protect the premises of the mission against any intrusion or damage and to prevent any disturbance of the peace of the mission or impairment of its dignity*» (*Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Vienna, 18 aprile 1961; in vigore dal 24 giugno 1964; art. 22(2)).

22 *Infra*, Sezione 5.

4. Disciplina generale della giurisdizione degli Stati sui propri natanti

Come si è detto, la maggiore particolarità delle PMSC attiene al contesto in cui operano, ossia il mare, dove una condotta internazionalmente illecita può generarsi a bordo di una nave e avere conseguenze su una zona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato diverso, come una nave battente la bandiera di un altro Stato. Pertanto, al fine di considerare l'eventuale responsabilità dello Stato di bandiera della nave che imbarca PMSC, è necessario considerare se quello stesso Stato sia responsabile, secondo il diritto del mare, per le condotte dei natanti privati, ovvero sia tenuto ad un particolare controllo.

Com'è noto, il diritto internazionale del mare, codificato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 («UNCLOS»)²³, conosce vari criteri con riguardo alla giurisdizione degli Stati sui propri natanti, in base al più generale «approccio zonale»²⁴ che ne informa l'intera disciplina.

I due criteri e interessi fondamentali a cui l'intera Convenzione si informa sono quelli della tutela della sovranità dello Stato costiero, da un lato, e quello alla libertà di navigazione, dall'altro. In termini generali, tale disciplina può essere riassunta nella considerazione secondo cui maggiore è la vicinanza del natante alle coste di uno Stato, maggiori sono i poteri che quest'ultimo può esercitare sul natante stesso. In questo senso, il natante che si trovi nelle acque territoriali di uno Stato, indipendentemente dalla propria bandiera, è sottoposto in via generale alla giurisdizione dello Stato costiero, salva l'ipotesi di condotte penalmente rilevanti che abbiano esclusivamente influenza sulla «vita interna» della nave²⁵ o inidonee a «*disturb the peace of the country or the good order of the territorial sea*»²⁶.

Al di fuori delle acque territoriali di uno Stato vige, di converso, il generale principio della libertà dei mari, come codificato all'art. 87 UNCLOS. Tale norma risulta applicabile anche nell'ambito della zona economica esclusiva

23 *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 dicembre 1981; in vigore dal 16 novembre 1994 («UNCLOS»).

24 T. TREVES, *Law of the Sea*, in *EPIL*, 2011, par. 23-26.

25 UNCLOS, *cit.*, art. 27(1)(a).

26 *Ibidem*, art. 27(1)(b). L'articolo prosegue prevedendo che lo Stato costiero può esercitare giurisdizione sulla nave straniera «(c) *if the assistance of the local authorities has been requested by the master of the ship or by a diplomatic agent or consular officer of the flag State; or [...] (d) if such measures are necessary for the suppression of illicit traffic in narcotic drugs or psychotropic substances*» (*ibidem*).

(«ZEE»), e quindi anche alla zona contigua²⁷, in virtù dell'art. 58(1)²⁸.

Corollario della libertà di navigazione sono i poteri e doveri dello Stato di bandiera della nave ai sensi degli artt. 91, 92, 94 e 97 UNCLOS. Tali disposizioni sono di particolare interesse poiché, oltre che in alto mare, esse risultano applicabili anche a navi transittanti per la ZEE, in virtù dell'art. 58(2)²⁹, e pertanto per la zona contigua³⁰, nella misura in cui non entrano in conflitto con la *lex specialis* imposta dalla Parte V della Convenzione di Montego Bay per quanto attiene alla ZEE.

Sotto il profilo contenutistico, tali norme possono essere riassunte nel dovere, in capo allo Stato di bandiera, di esercitare un controllo almeno amministrativo e tecnico sulle navi battenti la propria bandiera, ovunque esse si trovino. Tale dovere di controllo ha come corollario la giurisdizione dello Stato sulle navi battenti la propria bandiera, secondo una «gradazione» che dipende dal punto del mare in cui la nave si trovi: pertanto, la giurisdizione dello Stato di bandiera sarà concorrente con quella dello Stato costiero nella zona contigua e nella zona economica esclusiva di quest'ultimo, in base ai diritti sovrani riconosciuti allo Stato costiero ex artt. 33 e 55-75 UNCLOS, ed esclusiva quando questa si trovi in alto mare.

27 La qualificazione della zona contigua come una parte della zona economica esclusiva deriva dal testo stesso della Convenzione, nella misura in cui entrambe le zone hanno come proprio margine il limite esterno delle acque territoriali di uno Stato. In questo senso si è implicitamente espresso da Nordquist, nella misura in cui ha sostenuto, nel proprio comment all'art. 33 UNCLOS, che «[t]he prevailing view was that the concept of the contiguous zone should be retained in the restructuring of the law of the sea, since it relates to certain specific powers and controls which are not included in the regime of coastal State rights and jurisdiction in the exclusive economic zone» (*United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (a cura di M. Nordquist), Volume I, Leiden-Boston 1985, 270, par. 33.4) e, più in generale, che «[t]he contiguous zone is not part of the territorial sea, and the high seas freedom of navigation is applicable in it» (*ibidem*, p. 267, par. 33.1). Tale interpretazione non è isolata in dottrina. Infatti, in un recente scritto, il Professor Wolfrum si è espresso nei seguenti termini: «vessels only passing through a contiguous zone remain under the jurisdiction of the flag State only» (*Military Vessel Protection cit.*, p. 367).

28 Prevede l'art. 58(1) che «[i]n the exclusive economic zone, all States, whether coastal or land-locked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention» (*ibidem*, art. 58(1)).

29 Dispone tale articolo che «Articles 88 to 115 and other pertinent rules of international law apply to the exclusive economic zone in so far as they are not incompatible with this Part» (*ibidem*, art. 58(2)).

30 *Supra*, nota 26.

Secondo l'interpretazione maggioritaria, basata su una lettura complessiva dell'intero art. 94 e in particolare dei commi 2-4, nel concetto di controllo che lo Stato di bandiera deve esercitare sulla propria nave relativamente ad «*administrative, technical and social matters*» ex art. 94(1) UNCLOS rientrerebbero solo le questioni attinenti, da un lato, all'adeguatezza tecnica alla navigazione della nave, dall'altro alla capacità di condurre la nave del suo equipaggio³¹. Lo Stato di bandiera non sarebbe quindi tenuto a controllare come materialmente la nave venga condotta, ma solo a valutare, in astratto, se questa sia idonea alla navigazione. Tali considerazioni ovviamente non si applicano ai natanti aventi natura pubblicistica previsti dall'art. 29, ossia le navi da guerra ed altre navi in uso governativo³², per le quali è previsto un criterio di responsabilità diretta ex art. 31³³.

Proprio per la mancanza di un esplicito riferimento alla responsabilità diretta dello Stato di bandiera per le condotte dei propri natanti, si deve presumere che esso non sarà generalmente responsabile del fatto che un natante privato battente la propria bandiera abbia tenuto una condotta in contrasto con norme di diritto internazionale, come l'esercizio di attività di pirateria, ovvero causi un incidente che coinvolga natanti battenti altre bandiere, come nel caso *Lotus*³⁴. Tali considerazioni valgono anche nel caso di gravissimi incidenti ambientali, come nel caso *Torrey Canyon*³⁵, o per gli atti di terro-

31 Si veda in questo senso *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary* (a cura di M. Nordquist, R. Grandy, S. Nandan, S. Rosenne), Volume III, Leiden-Boston 1995, 135 ss.

32 L'art. 29 dispone che «*'warship' means a ship belonging to the armed forces of a State bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed forces discipline*» (UNCLOS, cit., art. 29).

33 Molto chiaramente, l'art. 31 dispone che «*[t]he flag State shall bear international responsibility for any loss or damage to the coastal State resulting from the non-compliance by a warship or other government ship operated for non-commercial purposes [...] with the provisions of this Convention or other rules of international law*» (*ibidem*, art. 31).

34 Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza del 7 settembre 1927, *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*. Sul caso *Lotus* e sulla sua influenza sul diritto internazionale in generale, si veda P. PAZARTZIS, *Judicial Activism and Judicial Self-restraint: The PCIJ's Lotus Case*, in *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, (a cura di C.J. Tams, M. Fitzmaurice), Leiden 2013, 319.

35 Il caso della *Torrey Canyon* ha avuto ripercussioni nell'ambito del diritto del mare e della responsabilità degli Stati per i propri natanti. Sul punto, si vedano M. SPINEDI, *Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio della "Torrey Canyon"*, in *RDI*, 1967, 653; J.P. QUENDEUDEC, *Les incidences de l'affaire du Torrey Canyon sur le droit de*

rismo internazionale³⁶. Ciò, ovviamente, fatta salva l'ipotesi in cui lo Stato non abbia assunto specifici obblighi convenzionali di prevenzione in materia³⁷, nel qual caso sarà possibile individuare un'ipotesi di responsabilità indiretta per il mancato controllo in senso preventivo.

5. Applicazione dei criteri alla condotta delle PMSC

Considerato quanto sopra, si può ora valutare il caso specifico della responsabilità dello Stato di bandiera di una nave per le condotte lesive di diritti umani tenute da una PMSC.

Alla luce di quanto espresso con riguardo ai criteri di attribuzione della responsabilità, si ritiene verosimile escludere *a priori* tutte le ipotesi di responsabilità diretta dello Stato. Non pare infatti possibile che uno Stato eserciti un controllo diretto ed effettivo laddove la legislazione nazionale consenta, come in Italia³⁸ e nei Paesi Bassi³⁹, che la medesima attività di protezione possa essere lecitamente fornita, dietro pagamento, tramite militari in funzione di NMP. Similmente, si ritiene di poter escludere che le PMSC possano esercitare gli «*elements of governmental authority*» ai sensi dell'art. 5 del Progetto di articoli, operando, da un lato, sotto il solo controllo del

la mer, in *AFDI*, 1968, 701; E. DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures: à propos de l'affaire du "Torrey Canyon"*, Parigi 1968; G. LIBRANDO, *Influence of the "Torrey Canyon" Incident on the Liability and Compensation Regimes developed under the Auspices of the IMO*, in *Serving the Rule of International Maritime Law: Essays in Honour of Professor David Joseph Attard* (a cura di D.J. Attard, N.A. Martínez Gutiérrez), Londra 2010, 315; P. GRIGGS, "Torrey Canyon", 45 *Years on: Have We Solved All the Problems?*, in *Pollution at Sea: Law and Liability* (a cura di B. Soyer, A. Tettenborn), Londra 2012, 3.

36 Sulla generale problematica del terrorismo come illecito internazionale, si veda B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford 2006.

37 Per esempio, quelli derivanti, in materia ambientale, dall'art. 4 della Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973 as modified by the Protocol of 1978* («MARPOL»), Londra, 17 febbraio 1973; in vigore dal 2 ottobre 1983), o in materia di terrorismo internazionale, dall'art. 13 della Convenzione per la soppressione degli atti di violenza contro la sicurezza della navigazione (*Convention for the Suppression of Unlawful Acts of Violence Against the Safety of Maritime Navigation*, Roma, 10 marzo 1988; in vigore dall'1 marzo 1992).

38 Sulla legislazione italiana, si veda G.M. FARNELLI, *Vessel Protection Detachments and Maritime Security: An Evaluation of Four Years of Italian Practice*, in *MS&SLJ*, 2015, 16.

39 M. ZWANENBURG, *Military vessel protection detachments: the experience of the Netherlands*, in *ML&LWR*, 2012, 97.

cliente privato e totalmente al di fuori della «catena di comando» delle forze dell'ordine e della marina di uno Stato; dall'altro, esclusivamente in chiave di prevenzione della perdita del carico del natante privato e non come polizia dei mari⁴⁰, in quanto non autorizzate a ciò dal diritto internazionale generale⁴¹. Pare altrettanto improbabile che il medesimo Stato accetti la condotta di una PMSC *a posteriori* come previsto dall'art. 11.

Ciò detto, risulta necessario considerare la diversa ipotesi di responsabilità indiretta, ossia se lo Stato sia chiamato ad esercitare un controllo sul rispetto del diritto internazionale da parte di soggetti che operino sui propri natanti.

Come si è visto, in via generale, uno Stato non risponde dei fatti dei natanti privati. Nondimeno, lo Stato risponde se tenuto ad un dovere di vigilanza rispetto all'obbligo violato dai privati. È questo il caso delle attività svolte dai PMSC, che, prevedendo l'uso della forza, verosimilmente possono portare a violazioni dei diritti umani. Occorre in questo senso ricordare che ogni Stato è tenuto a garantire il rispetto dei diritti umani entro i confini della propria giurisdizione, non solo entro i propri confini territoriali. Tale norma è codificata, *inter alia*, nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici⁴², nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴³ e nella Carta interamericana dei diritti dell'uomo⁴⁴.

Il concetto di giurisdizione è stato oggetto di ampia giurisprudenza ed elaborazione dottrinale⁴⁵. Tale diffusa analisi si è orientata prevalentemente

40 Come rilevato da autorevole dottrina, infatti, non è agevole ricondurre a questo criterio le condotte di «individui o le società che sono adibiti a compiti di sicurezza. La loro attività [...] non implica di solito l'esercizio di 'prerogative del potere pubblico', nozione cui generalmente vengono fatti rientrare poteri di supremazia sugli altri soggetti» (M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato*, cit., p. 78). Sul concetto di «*elements of governmental authority*», si vedano, oltre ai lavori del Relatore Speciale Crawford (*First Report*, cit., 37-39, parr. 180-191) e della Commissione di diritto internazionale (*DARSIWA*, 42-43), il commento di D. MONTAZ, *Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities empowered to Exercise Elements of Governmental Authority*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 237.

41 Si ricordi che il diritto internazionale generale, come codificato dalla Convenzione di Montego Bay, riconosce alle sole navi da guerra e altre navi in uso governativo la possibilità di svolgere attività di polizia dei mari fuori dalle acque territoriali di uno Stato. Si veda a riguardo UNCLOS, cit., artt. 107, 110 e 111.

42 *International Covenant*, cit., art. 2.

43 *Convention for the Protection*, cit.; art. 1.

44 *American Convention*, cit.; art. 1.

45 Varie sono le pronunce in materia di extraterritorialità. Tra le più recenti, si ritengono di particolare interesse Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso

allo studio delle questioni legate all'applicazione extraterritoriale delle norme in materia di diritti umani⁴⁶, anche in considerazione della opinione della Corte internazionale di giustizia secondo cui i trattati in materia di diritti umani, e nello specifico il patto sui diritti civile e politici, «is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory»⁴⁷. In questo senso, gli organismi preposti alla tutela dei diritti umani hanno rapidamente abbandonato una nozione restrittiva del concetto di giurisdizione, legata al solo territorio dello Stato, per affermare la tesi secondo cui uno Stato è vincolato ai propri obblighi in materia di diritti umani in ogni situazione in cui esercita un controllo effettivo⁴⁸. Sebbene la misura di tale controllo effettivo rimanga di difficile definizione⁴⁹, in alcuni casi ec-

n. 55721/07, *Al-Skeini v. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n- 27021/08, *Al-Jedda v. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 settembre 2014, ricorso n. 29570/09, *Hassan v. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 novembre 2014, ricorso n. 47708/08, *Jaloud v. Paesi Bassi*. Per un'analisi puntuale dell'argomento, si veda, tra gli altri, P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino 2002.

46 Si vedano, tra gli altri, R. NIGRO, *Il caso Al-Skeini dinanzi alla House of Lords e la nozione di giurisdizione nella Convenzione europea diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2007, 1106; R. SAPIENZA, *L'applicazione extraterritoriale dello Human Rights Act: la decisione della Camera dei Lords nel caso Al-Skeini*, in *DUDI*, 2008, 151; D. RUSSO, *Nuove pronunce sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi previsti nei trattati sui diritti umani*, in *RDI*, 2008, 771.

47 Corte Internazionale di giustizia, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 111.

48 Si veda in questo senso, *inter alia*, il caso della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89, *Loizidou v. Turchia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa et al. v. Italia*; o, più recentemente Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jaloud v. Paesi Bassi*, *cit.* Si veda anche il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, secondo cui «a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party» (Comitato per i diritti umani, Commento generale n. 31 (*The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*) del 29 marzo 2004, par. 10). Si vedano inoltre gli studi di N. WENZEL, *Human Rights, Treaties, Extraterritorial Application and Effects*, in *EPIL*, maggio 2008; M. MILANOVIC, *The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford 2011.

49 Per un'analisi critica delle problematiche che tuttora l'applicazione extraterritoriale degli obblighi in materia di diritti umani solleva in relazione alla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano A. SARI, *Untangling Extra-Territorial Jurisdiction from International Responsibility in Jaloud v. Netherlands: Old Problem, New Solutions?*, in *ML&LWR*, 2014, 287; J.M. ROONEY, *The Relationship betwe-*

cezionali è stata accertata la responsabilità di uno Stato per illeciti in materia di diritti umani compiuti al di fuori del proprio territorio anche in assenza di un controllo effettivo, purché quello stesso Stato possa esercitare in quel contesto forza letale⁵⁰.

Tali considerazioni riguardano, apparentemente, esclusivamente le condotte dirette dello Stato attraverso i propri organi. Nondimeno, va considerato che la prassi internazionale in materia di diritti umani pare muoversi nel senso di richiedere agli Stati una particolare attività di vigilanza anche sulle attività dei privati. In questo senso il Comitato sui diritti umani ha sostenuto che gli obblighi derivanti dal Patto sui diritti civili e politici possono ritenersi pienamente soddisfatti solo quando un individuo sia protetto contro la violazione dei propri diritti umani non solo da parte di organi dello Stato, ma anche di soggetti privati⁵¹.

en Jurisdiction and Attribution after Jaloud v. Netherlands, in NIRL, 2015 365; L. RAIBLE, *The Extraterritoriality of the ECHR: Why Jaloud and Pisari Should be Read as Game Changers*, in EHRLR, 2016, 161.

50 In questo senso, si veda il caso valutato dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, decisione del 29 settembre 1999, ricorso n. OAS/Ser.L/V/II.104, *Armando Alejandro et al. v. Cuba*, in cui la Commissione, dovendo decidere di un caso concernente la violazione dei diritti umani dei passeggeri di due aerei civile abbattuti da un aereo militare cubano in spazio aereo internazionale, sostenne che che «[t]he fact that the events took place outside Cuban jurisdiction does not limit the Commission's competence *ratione loci*, because, as previously stated, when agents of a state, whether military or civilian, exercise power and authority over persons outside national territory, the state's obligation to respect human rights continues – in this case the rights enshrined in the American Declaration. The Commission finds conclusive evidence that agents of the Cuban State, although outside their territory, placed the civilian pilots of the “Brothers to the Rescue” organization under their authority» (*ibidem*, par. 25). Sulla prassi in materia, si veda più in generale A. PETRIG, R. GEISS, *Piracy and Armed Robbery at Sea. The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford 2011, 110-111.

51 Comitato per i diritti umani, Commento generale n. 31, *cit.*, par. 8. Si vedano nello stesso senso anche il Commento generale n. 28 (*Article 3 (The equality of rights between men and women)*) del 29 marzo 2000, par. 4, 20 e 31, e il Commento generale n. 35 (*Article 9 (Liberty and security of person)*) del 16 dicembre 2014, par. 8-9. Si vedano in materia gli studi di R. MACCORQUODALE, P. SIMONS, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, in *Non-State Actors and International Law* (a cura di A. Bianchi), Farnham 2009, 505; V. CHETAIL, *The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: the Way Forward*, in *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy* (a cura di D. Alland et al.), Leiden-Boston 2014, 105.

Tale aggravio della responsabilità pare applicabile *a fortiori* nel caso di compagnie militari private autorizzate all'uso della forza e quindi, *mutatis mutandis*, per le PMSC, poiché queste ultime rischiano di cagionare le più gravi violazioni dei diritti umani senza avere l'*accountability* propria degli Stati. Tale affermazione è sostenuta non solo dal testo delle più rilevanti convenzioni in materia di diritti umani⁵², ma anche dalla prassi dei Comitati delle Nazioni Unite e dalla giurisprudenza.

In questo senso, a livello universale, il Comitato dei diritti umani, dicendosi preoccupato per la progressiva esternalizzazione a privati da parte degli Stati di attività che prevedano l'uso della forza o l'imposizione di misure restrittive della libertà personale, ha espresso l'opinione secondo lo Stato parte «remains responsible in all circumstances for adherence to all articles of the Covenant»⁵³.

A livello regionale risultano invece interessanti alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte interamericana. Quanto alla prima, al di là della generale considerazione secondo cui il *corpus* dei diritti umani deve trovare applicazione in modo tale da evitare qualsiasi «*regrettable vacuum in the system*»⁵⁴ tale da giustificare persino l'applicazione extraterritoriale delle norme sui diritti umani, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che «*the State cannot absolve itself from responsibility by delega-*

52 Si consideri in questo senso l'art. 2(2) del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, che dispone che «each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps [...] to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant» (*International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 16 dicembre 1966; in vigore dal 23 marzo 1976, art. 2(2)). Similmente, l'art. 1 della Convenzione interamericana prevede che «*[t]he States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms*» (*American Convention on Human Rights*, San José, 22 novembre 1969; in vigore dal 18 luglio 1978, art. 1), mentre l'art. 2 dispone che «*[w]here the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt [...] such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms*» (*ibidem*, art. 2). Infine, l'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dispone che «*[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*» (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Roma, 4 novembre 1950; in vigore dal 3 settembre 1953; art. 1).

53 *Report of the Human Rights Committee during Its Fiftieth Session*, UN Doc. A/50/40, 3 ottobre 1995, par. 423.

54 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n. 25781/94, *Cyprus v. Turkey*, par. 78.

ting its obligations to private bodies or individuals»⁵⁵ e che

«[t]he exercise of State powers which affects Convention rights and freedoms raises an issue of State responsibility regardless of the form in which these powers happen to be exercised. This is, for instance, the case where the State delegates some of its powers to a body whose activities are regulated by private law»⁵⁶.

Quanto alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, dovendo interpretare l'obbligo di assicurare a tutti gli individui i diritti previsti dalla Convenzione stessa⁵⁷, questa ha sostenuto:

«174. The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations [...] 175. This duty to prevent includes all those means of a legal, political, administrative and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts, which as such, may lead to the punishment of those responsible and the obligation to indemnify the victims for damages. [...] Of course, while the State is obliged to prevent human rights abuses, the existence of a particular violation does not, in itself, prove the failure to take preventive measure»⁵⁸.

Le pronunce appena riportate dimostrano la diffusa opinione che ogni Stato abbia una specifica responsabilità in materia di tutela dei diritti umani, anche a fronte di condotte di privati, anche se una sua violazione di tali obblighi dovrà essere valutata caso per caso.

In questo senso fa propendere non solo una considerazione di logica sistemica in tema di diritti umani, ma anche gli strumenti di *soft law* esistenti. Così, il *Montreaux Document* prevede che sia lo Stato territoriale, sia lo Stato di origine, debbano vigilare sulle attività delle compagnie militari, da un lato, in relazione al rispetto del diritto umanitario⁵⁹ e, dall'altro, nel senso di garantire il rispetto dei propri obblighi in tema di diritti umani⁶⁰. Ciò risulta a maggior ragione chiaro in considerazione del fatto che le stesse PMSC

55 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 marzo 1993, ricorso n. 13134/87, *Costello-Roberts v. Regno Unito*, par. 27.

56 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 giugno 2014, ricorso n. 56030/07, *Fernández Martínez v. Spagna*, par. 7.

57 *Supra*, nota 45.

58 Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 luglio 1988, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*.

59 *The Montreaux Document cit.*, 12 ss., parr. 14.

60 *Ibidem*, 12 ss., parr. 10-12 e 15-17.

sarebbero, per altro, tenute al contemporaneo rispetto della normativa, anche in tema di diritti umani, sia dello Stato di origine, ossia la rilevante legislazione dello Stato in base alla cui legge siano state costituite⁶¹, che dello Stato territoriale⁶².

In questo senso, ovviamente, fa propendere quanto già riportato precedentemente circa il fatto che uno Stato non potrebbe liberarsi dei propri obblighi in materia di tutela dei diritti umani semplicemente esternalizzando a privati funzioni che gli sono proprie o che, potenzialmente, potrebbero ledere i diritti umani medesimi⁶³. In particolare, le violazioni dei diritti umani derivanti dall'uso della forza da parte di PMSC nei confronti di navi non battenti la bandiera dello stesso Stato, potranno configurare una responsabilità dello Stato di bandiera e/o dello Stato di origine secondo due linee argomentative: in primo luogo, in base alla giurisprudenza della Corte europea e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, è possibile sostenere che chi subisca l'esercizio di un potere coercitivo, e in particolare di forza letale, sia *ipso facto* sottoposto alla giurisdizione dello Stato che eserciti la medesima forza. Nell'ottica di garantire il minor numero possibile di lacune nell'ordinamento dei diritti umani e di evitare che lo Stato si liberi della propria responsabilità esternalizzando attività potenzialmente lesive dei medesimi diritti, si potrebbe quindi sostenere che le vittime dell'uso di forza letale siano sottoposte alla giurisdizione dello Stato che ha autorizzato soggetti non pubblici all'utilizzo della medesima forza letale.

Secondariamente, in base ad un'applicazione analogica del principio, appartenente al diverso ambito del diritto dell'ambiente, del *no harm*, si potrebbe sostenere che lo Stato abbia la responsabilità di evitare che il proprio territorio, quindi anche le proprie navi, vengano impiegate per cagionare violazioni dei diritti umani nel territorio di un altro Stato⁶⁴.

Sembra quindi potersi sostenere che, in base al diritto vigente, lo Stato mantenga una propria responsabilità, seppure indiretta, nell'ipotesi in cui sia una PMSC a violare i diritti umani, tanto di un cittadino dello Stato che di uno straniero. Tale responsabilità, che si applicherà anche laddove le PMSC operino al di fuori del territorio dello Stato di origine, atterrà non tanto al

61 *Ibidem*, 10, par. 9(e).

62 *Ibidem*, 12, par. 9.

63 *Supra*, testo in nota 48.

64 Sulla *no harm rule*, si veda A. TANZI, A. KOLLIPOULOS, *The No-Harm Rule*, in *The UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes* (a cura di A. Tanzi, O. McIntyre, A. Kolliopoulos, A. Rieu-Clarke, R. Kinna), Leiden-Boston 2015, 133. Sulla possibilità di dare applicazione alla *no harm rule* in altri ambiti del diritto internazionale, diversi da quello dell'ambiente, si veda J. BRUNNÉE, *Sic Utere Tuo Ut Alienum Non Laedas*, in *EPIL*, marzo 2010, par. 14.

fatto che un membro di tali unità violi i diritti umani di un altro individuo, quanto al fatto che lo Stato territoriale, *rectius* quello di bandiera della nave, non abbia posto in essere le misure adeguate atte a prevenire tale condotta.

6. Conclusioni

Tramite le considerazioni sinora svolte, si è cercato di dimostrare che l'ordinamento internazionale dispone già di norme e principi attraverso i quali determinare l'eventuale responsabilità degli Stati per le condotte delle PMSC, le cui condotte contrarie a norme di diritto internazionale possono avere effetti in un territorio diverso da quello in cui si sono generate.

In assenza di elementi di prassi specifica che possa corroborare, o escludere, la fondatezza degli argomenti sopra forniti, si possono solo trarre ulteriori considerazioni *a contrariis* da casi relativi ad altre situazioni. Nel caso relativo all'incidente dell'*Enrica Lexie*, l'India ha negato l'esistenza dell'immunità funzionale dei militari italiani, *de facto* equiparandoli a soggetti privati nell'esercizio di funzioni di tutela del natante⁶⁵. Cionondimeno, nel corso del procedimento di fronte all'Alta Corte del Kerala, il rappresentante del Governo indiano ha accolto positivamente il pagamento *ex gratia* dell'Italia di una somma a titolo di risarcimento per i famigliari delle vittime, pur dovendosi confrontare con la contrarietà dei giudici interni⁶⁶. Del

65 Si vedano in questo senso le dichiarazioni dell'Agente indiano, Neeru Chadha, e dai legali di parte indiana, il Professor Alain Pellet e l'Avv. Rodman Bundy, secondo cui i due militari italiani sarebbero stati semplicemente «*two individuals*», tanto durante l'udienza per la richiesta delle misure provvisorie di fronte al Tribunale internazionale del diritto del mare (Tribunale internazionale del diritto del mare, verbale dell'udienza del 10 agosto 2015, ore 15.00, 3, 32, 33 e 43, disponibile all'indirizzo www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.24_prov_meas/ITLOS_PV15_C24_2_E_checked.pdf (visitato il 12 febbraio 2017), quanto durante all'udienza relativa alla richiesta italiana di misure provvisorie di fronte al tribunale *ad hoc ex* Allegato VII UNCLOS (Corte permanente di arbitrato, verbale dell'udienza del 30 marzo 2016, p. 151, disponibile all'indirizzo www.pcacases.com/web/sendAttach/1673 (visitato il 12 febbraio 2017).

66 Sul risarcimento, si veda *Italy in compensation deal with India fishermen families*, in *BBC News*, 24 aprile 2012, disponibile all'indirizzo www.bbc.com/news/world-asia-india-17825300 (visitato il 12 febbraio 2017). Sulla contrarietà dell'Alta Corte del Kerala, si veda N. RONZITTI, *La difesa contro i pirati e l'imbarco di personale militare armato sui mercantili: il caso della "Enrica Lexie" e la controversia Italia-India*, in *RDI*, 2013, 1073, specialmente 1081-1082. Si noti che anche durante la discussione di fronte al Tribunale del diritto del mare, i legali di parte indiana hanno sostenuto la natura risarcitoria della somma pagata dall'Italia, implicitamente ritenendo che l'atto dei due militari, privati nella narrativa indiana del ruolo di organi dello Stato e quindi equiparati a privati, fosse attribuibile

resto, tale evoluzione sembra in linea con una diffusa maggiore attenzione circa la tutela dei diritti umani anche rispetto a condotte di privati, nonché un'auspicabile sviluppo dell'ordinamento nel suo insieme.

In conclusione e per completezza, si ritiene comunque opportuno segnalare che non sembra si voglia percorrere la strada della responsabilità internazionale dello Stato di bandiera con riguardo a condotte illecite delle PMSC, ma tali da non violare i diritti umani. È questo il caso, per esempio, dei cinque *contractors* di *AdvanFort* arrestati in India nel 2014, e di quelli trattenuti dalla polizia nigeriana⁶⁷, in entrambi i casi per detenzione di armamenti che configurerebbero una violazione della norma sul passaggio inoffensivo.

all'Italia. Si veda Tribunale internazionale del diritto del mare, verbale dell'udienza del 10 agosto 2015, *cit.*, 13 e 42.

67 Si veda *Nigeria: Navy now arresting armed guards, Marine Police*, 24 giugno 2014, disponibile all'indirizzo www.neptunemaritimesecurity.com/nigeria-navy-now-arresting-armed-guards-marine-police/ (visitato il 12 febbraio 2017).

FEDERICA VIOLI

L'attribuzione della condotta dei c.d. 'sovereign investors'. Rilievi critici

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le soluzioni del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. – 2.1. Il modello strutturale: *State actor*. – 2.2. Il modello funzionale: l'esercizio della 'governmental authority' (*non-State actor*). – 2.3. Il modello del controllo (*non-State actor*). – 3. Deviazioni dalla struttura indicata nel Progetto. – 3.1. 'Piercing the veil', ovvero il perforamento dell'opacità aziendale. – 3.2. La nozione di 'public body' e l'allontanamento dalla dicotomia prevista nel Progetto. – 4. La rilevanza dello standard di *due diligence* nella valutazione della condotta delle *State-controlled Entities*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

È ben noto che la distinzione fra pubblico e privato sta subendo una trasformazione significativa su diversi livelli. Se, da un lato, l'attività dei privati incide sempre di più sulla sfera pubblica, dall'altro, le funzioni degli Stati appaiono sempre più ibride. Il ricorso frequente da parte degli Stati a strumenti di natura privatistica sta generando una sovrapposizione interessante che pone una serie di sfide alle categorie tipiche del diritto internazionale¹.

1 In questo senso, al di là delle questioni prettamente legate all'attribuzione dell'illecito, che si vedranno oltre, una serie perplessità sorgono, ad esempio, in merito alla potenziale estensione dell'immunità statale agli atti posti in essere dalle *State-controlled Entities*. È evidente che la tradizionale suddivisione sulla base della natura o del fine degli atti viene messa in crisi dall'attività di questi soggetti ibridi. Sul punto G. ADINOLFI, *SWFs and State Immunity: Overcoming the Contradiction*, in *Research Handbook on Sovereign Wealth*

Secondo l'ultimo studio UNCTAD sulle *State-controlled Entities*² (di qui in poi SCEs), la quota destinata dai fondi sovrani agli investimenti diretti esteri si aggira intorno ai dieci miliardi di dollari, mentre il cespite straniero detenuto complessivamente dalle imprese pubbliche ammonta a circa due mila miliardi di dollari³. Sebbene non si tratti di soggetti del tutto nuovi, la crescita esponenziale ed il ruolo sempre più significativo che le SCEs stanno progressivamente assumendo nell'economia globale incitano ad un'approfondita analisi delle attività da questi svolte.

La loro natura ibrida ha, infatti, sollevato una serie di perplessità in merito al corretto inquadramento giuridico di questi soggetti. Le difficoltà si riflettono in sede descrittiva. Sia per le imprese pubbliche, sia per i fondi sovrani mancano, infatti, delle definizioni soddisfacenti. Volendo, tuttavia, ricorrere ad una prima categorizzazione, può farsi riferimento a quanto suggerito dall'OCSE⁴. Le imprese pubbliche, in particolare, possono essere definite

Funds and International (a cura di F. Bassan), Cheltenham 2015, 223 ss.; L. CATÁ BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State Owned Enterprises and the Chinese Experience*, in *TLCP*, 2010, 118. Ancora, l'ibridazione pubblico/privata pone la questione del possibile ricorso delle *State-controlled Entities* allo strumento dell'arbitrato Stato-investitore nella qualità di ricorrenti, e la correlata eventuale trasformazione in una controversia Stato-Stato. Si vedano S. YEASHOU CHEN, *Positioning Sovereign Wealth Funds as Claimants in Investor-State Arbitration*, in *CAAJ*, 2013, 299 ss.; M. FELDMAN, *State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*, in *ICSID Review*, 2016, 24 ss. Simili perplessità sono riconnesse, fra le altre ragioni, alla possibilità che l'attività economica di questi soggetti in Stati terzi rappresenti un mezzo alterato per proiettare la sovranità dello Stato d'origine al di fuori dei confini territoriali. Su tali profili si veda fra gli altri A. ROZANOV, *Who Holds the Wealth of Nations*, in *CBJ*, 2005, 52 ss.

2 UNCTAD, *World Investment Report 2011*, (Geneva: UNCTAD, 2011). Il capitale straniero totale detenuto dai fondi sovrani di investimento ammonta a circa sei mila miliardi di dollari. Le previsioni prevedono un'ulteriore crescita del doppio di questo valore per la fine del 2017.

3 Le imprese pubbliche e i fondi sovrani presentano delle caratteristiche strutturali e funzionali ben diverse. In particolare le prime sono generalmente destinate alla produzione e distribuzione di beni e servizi. I secondi, invece, operano sul mercato finanziario con un portafoglio generalmente molto diversificato. Sembra utile, tuttavia, ai fini di questo studio, valutarne complessivamente l'attività, considerate le problematiche simili che essi sollevano rispetto alla corretta individuazione ed attribuzione delle loro condotte. Ci si riferirà, quindi, indistintamente ad entrambi i soggetti come 'sovereign investors' o 'State-controlled Entities': 'Ci si riferirà, quindi, indistintamente ad entrambi i soggetti come 'sovereign investors' o 'State-controlled Entities'.

4 La definizione fornita invece da UNCTAD non pare soddisfacente; questa prende in considerazione quale elemento qualificante il solo '*controlling interest*' (a partire da una quota

come «*commercial enterprises under central government ownership and federal ownership and with the State enjoying significant control, through full majority or significant minority ownership*»⁵. Si tratta della definizione più convincente ed onnicomprensiva; rimangono, tuttavia, una serie di dubbi in merito a cosa si intenda per «*significant minority*».

La descrizione dei fondi sovrani pare ancora più incerta: secondo l'*International Working Group on Sovereign Wealth Funds* i fondi sovrani sono «*special purpose investment funds or arrangements, owned by the general government. Created by the general government for macroeconomic purposes, SWFs hold, manage, or administer assets to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. The SWFs are commonly established out of balance of payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatizations, fiscal surpluses, and/or receipts resulting from commodity exports*»⁶.

In entrambi i casi è facile notare come si tratti di categorie del tutto eterogenee di investitori, sia in merito ai differenti obiettivi che essi perseguono, sia rispetto alla molteplicità delle forme giuridiche e delle attività che essi esercitano, comportando inevitabilmente un certo grado di ambiguità⁷. L'investimento sovrano si colloca, infatti, in una zona d'intersezione fra pubblico e privato. Da un lato, l'attività delle SCEs può essere intesa come uno strumento attraverso il quale lo Stato investe la propria riserva economica per fini pubblici. Nel caso in cui se ne accolga tale funzione, esse possono considerarsi legittima espressione della sovranità dello Stato; le loro operazioni si fondano, quindi, sui requisiti normativi e sugli obiettivi di *public policy* dello Stato investitore, il loro utilizzo rimane dunque strettamente legato al programma politico di tali Stati. Nel caso in cui, invece, l'attività economica dello Stato tramite l'operato delle SCEs si traduca nel solo interesse di massimizzazione del valore d'investimento o di profitto della società stessa, senza un evidente riscontro in termini di finalità generali perseguite, queste possono essere intese quali veicoli d'investimento privato, seppur a partecipazione pubblica.

L'interazione pubblico-privata insita nell'attività degli investitori sovrani

del 10%), senza attribuire alcuna rilevanza alle quote di minoranza qualificata. UNCTAD, World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, reperibile su unctad.org/en/PublicationChapters/wir2014ch1_en.pdf, ultimo accesso 3 febbraio 2017.

5 OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises 2005, p. 11.

6 International Working Group on Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices, "Santiago Principles", 2008.

7 Vedi sul punto L. CATA-BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crisis cit.*, 1; estensivamente, *The Law of Sovereign Wealth Funds cit.*

consente di riflettere sull'attribuibilità delle loro condotte allo Stato d'origine. La difficoltà è evidentemente quella di capire se essi debbano essere trattati alla stregua di *State actors* o *non-State actors*. Come accennato, non può trattarsi di un'assimilazione organica immediata; d'altro canto, essa non può essere neanche esclusa a priori. La possibilità che il comportamento degli investitori sovrani attragga la responsabilità dello Stato andrà, quindi, vagliata caso per caso.

Sembra allora interessante condurre un'analisi separata delle tre ipotesi principali di attribuibilità previste dal Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (di qui in poi Progetto)⁸, al fine di verificare come ed a quali condizioni sia possibile riconnettere la condotta dei *sovereign investors* ai loro Stati d'origine.

Procedere ad un esame del genere pare utile in particolare in questo momento storico. In seguito alla crisi del 2008, la commistione fra 'entità governative' di fatto e di diritto e le relazioni sempre più intense fra Stati e soggetti privati si sono rese particolarmente evidenti; questo ha generato una diversità di vedute fra gli Stati in merito all'accertamento della responsabilità internazionale. Esemplificative a tal riguardo sono le problematiche sollevate in fase di negoziazione del TPP in merito alle *State-owned Enterprises* e le *State-owned Commercial Banks*⁹.

Sebbene il presente lavoro si limiti all'analisi del solo elemento soggettivo dell'illecito, è utile segnalare che l'attività delle SCEs è divenuta progressivamente rilevante rispetto a diverse aree del diritto internazionale. Se le implicazioni rispetto alle norme in materia di diritto internazionale dell'economia¹⁰ paiono evidenti, le attività di questi enti hanno serie ripercussioni, seppure in maniera apparentemente indiretta, sulla tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Si pensi, ad esempio, a *State-owned Entities* che gestiscono la distribuzione della rete idrica o, ancora, a fondi sovrani che investono parte dei propri capitali in attività pregiudizievoli per l'ambiente¹¹.

8 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Adopted by the International Law Commission at its 53rd session, on 3 August 2001, U.N. Doc. A/56/83 (2001).

9 J. LEE, *State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law, The Danger of Blurring the Chinese Wall between 'State Organ' and 'Non-State Organ' as Designed in the ILC Draft Articles*, in *JWT*, 2015, 117.

10 Si veda *infra*, rispetto alla nozione di 'public body' ed alle conseguenze in materia di sovvenzioni e misure compensative.

11 Si pensi, ad esempio, agli investimenti in larga scala sulla terra, settore nel quale i fondi sovrani di investimento sono particolarmente attivi, fra gli altri la Kuwait Investment Authority e la Qatar's Investment Authority.

2. Le soluzioni del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati

Il progetto si fonda essenzialmente su una dicotomia soggettiva fra *State actors* e *non-State actors*. Com'è noto, nel caso in cui venga accertato che l'ente è un organo dello Stato, l'attribuzione della condotta sarà automatica (art. 4). Diversamente, sarà necessario procedere ad un'analisi del rapporto intercorrente fra Stato ed ente, che soddisfi i criteri previsti dagli artt. 5 e 8.

2.1 Il modello strutturale: State actor

Il concetto di organo di Stato non è definito in termini sostanziali all'art. 4.

Il paragrafo 2 chiarisce che la nozione di organo *include* qualsiasi persona o ente che rivesta tale posizione secondo il diritto interno dello Stato. Tuttavia, la mera istituzione legislativa di un ente, senza esplicita attribuzione della qualifica di organo, non lo rende automaticamente tale. La mera affiliazione non è, infatti, sufficiente a tal fine. L'elemento dirimente è che il soggetto agisca per conto dello Stato in quanto parte della compagine statale.

Ai nostri fini, questo aspetto è estremamente rilevante: le imprese pubbliche sono spesso istituite tramite strumenti legislativi e parte delle azioni sono di proprietà dello Stato. Tuttavia, oltre ad avere personalità giuridica distinta, esse rimangono al di fuori della struttura organizzativa. In questo senso, allora, sarà anche necessario che all'impresa venga accordato esplicitamente lo *status* di organo.

In assenza di attribuzione esplicita tramite istituzione legislativa, un ente potrà in ogni caso considerarsi organo nella misura in cui esso sia 'completamente dipendente' dallo Stato o equiparato ad esso. Tale, ad esempio, sembra essere il caso di un ingente numero di fondi sovrani dei Paesi del Medio Oriente¹², che non possiedono personalità giuridica distinta dallo Stato.

A tal proposito, vale la pena soffermarsi brevemente sulla dibattuta e ben nota distinzione fra organo *de jure* ed organo *de facto*.

Sebbene parte della dottrina abbia frequentemente definito la nozione di organo di fatto ai sensi dell'art. 8 del progetto¹³, una lettura diversa, – fon-

12 In particolare Kuwait ed Emirati Arabi Uniti. Gli accordi bilaterali di investimento ratificati da questi Stati prevedono, infatti, che il termine '*investor*' debba includere il governo e i suoi bracci finanziari, che non possiedono personalità giuridica distinta dal primo.

13 Cfr., fra gli altri, L. CONDORELLI, C. KRESS, *The Rules of Attribution: General Considerations*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 221 ss; K. HOBÉR, *State Responsibility and Attribution in The Oxford Handbook of International Investment Law* (a cura di P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer), Oxford 2008, 552 ss; J. GRIEBEL, M. PLÜCKEN, *New Developments Regarding the Rules of*

data piuttosto sull'art. 4 –, sembra ammissibile ed è stata recentemente avalata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia c. Serbia*, in cui la Corte ha fatto ricorso proprio al concetto di 'complete dependence', già richiamato, peraltro, nel celeberrimo caso *Nicaragua c. Stati Uniti*¹⁴.

Come detto, l'articolo 4 (2) è chiaro nello specificare che la nozione *include* le qualificazioni di diritto interno; tale criterio non esaurisce, tuttavia, il concetto di organo di Stato¹⁵. La formulazione lascia, infatti, intendere che la natura organica di un ente può dedursi da elementi fattuali¹⁶.

Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia, in *LJIL*, 2008, 601 ss.; C. KRESS, *L'organe de facto en droit international public réflexions sur l'imputation a l'Etat de l'acte d'un particulier a la lumière des développements récents*, in *RGDIP*, 2001, 93 ss.; A. DE HOOGH, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility; The Tadic' Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, in *BYIL*, 2001, 255 ss.; L. CONDORELLI, *L'imputation a l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *RCADI* 1984, 189 ss.

14 Corte internazionale di giustizia, sentenza del 17 giugno 1986, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, par. 109 e 110; Corte internazionale di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2007, *Case concerning the application of the convention on prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia e Montenegro)* par. 392-393. La Corte ha chiarito che si tratta di un'ipotesi circoscritta e residuale, che richiede un controllo di una particolare intensità per considerarsi soddisfatta. Pur senza elaborare espressamente nel caso concreto, allo stesso criterio sembra ispirarsi la Corte europea dei diritti dell'uomo, vedi fra gli altri decisione del 16 Luglio 2014, ricorso n 60642/08 *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia (Ljubljanska Banka case)*, relativo al diniego opposto da parte di due istituti bancari, rispettivamente serbo e sloveno, a due cittadini bosniaci di accedere ai propri risparmi, depositati presso le filiali site in Bosnia-Herzegovina. La Corte ha ritenuto che la Serbia e la Slovenia fossero responsabili per l'attività dei due istituti bancari, entrambi controllati dallo Stato, in quanto «*a State may be responsible for debts of a State-owned company, even if the company is a separate legal entity, provided that it does not enjoy sufficient institutional and operational independence from the State to absolve the latter from its responsibility under the Convention (...). The State thus disposed of Ljubljanska Banka Ljubljana's assets as it saw fit (compare Khachatryan, cited above, § 51). The Grand Chamber therefore agrees with and endorses the Chamber's finding that there are sufficient grounds to deem Slovenia responsible for Ljubljanska Banka Ljubljana's debt. (...) Like Slovenia in respect of Ljubljanska Banka Ljubljana, Serbia thus disposed of Investbanka's assets as it considered it necessary. The Grand Chamber therefore agrees with and endorses the Chamber's finding that there are sufficient grounds to deem Serbia responsible for Investbanka's debt (...)*», par. 115-118.

15 Sulla nozione di organo, vedi P. PALCHETTI, *De Facto Organs of a State*, in *EPIL*, 2014.

16 Così D. MOMTAZ, *Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority*, in *The Law of International Responsibility*

La ragione è evidente: lo Stato potrebbe ben aggirare la propria responsabilità internazionale, evitando di conferire lo *status* di organo ad un determinato ente, pur facente, di fatto, parte della struttura statale ed agendo per conto dello Stato. Bisognerà, in questo caso, valutare come esso funzioni all'interno dell'organizzazione, al fine di poter stabilire se esso costituisce ed opera come parte integrante della compagine statale.

La differenza rispetto al criterio di cui all'art. 8, che pure individua nel legame fattuale il fondamento dell'attribuibilità, risiede essenzialmente nel tipo di controllo che viene esercitato dallo Stato: se nel caso dell'art. 4 (2) a rilevare è il controllo che lo Stato esercita sul soggetto, ai sensi dell'art. 8 è il controllo sulla singola condotta che si rivela dirimente ai fini della responsabilità.

È evidente che l'inquadramento della fattispecie nell'una o nell'altra norma ha una serie di ricadute sia sull'onere della prova, sia sul processo di attribuzione. Nel caso dell'art. 8, dimostrare il controllo diretto ed effettivo su ciascuna singola condotta sarà chiaramente più arduo; nel caso dell'ipotesi di cui all'art. 4(2), una volta stabilita la 'completa dipendenza' del soggetto, sarà sufficiente dimostrare che quel determinato ente abbia agito nella sua 'capacità' di organo, per attribuire la sua condotta allo Stato.

Il commentario¹⁷ non offre specifiche indicazioni rispetto a quali siano gli elementi da prendere in considerazione per potere ricostruire questo legame organico di fatto fra ente e Stato. Fra gli altri, andrà verificato come l'ente si relaziona (istituzionalmente) con altri organi e quali sono, se vi sono, le norme che regolano la sua attività e ne fondano la competenza.

È fondamentale non confondere questo tipo di analisi con la soluzione adottata dall'art. 5. Lo scopo nel caso dell'art. 4 è quello di poter ricostruire lo *status* di un ente all'interno della struttura statale, non le sue funzioni. Si tratta di un aspetto fondamentale: come già segnalato, una volta stabilito che si tratta di un organo statale, *de jure* o *de facto*, questo ne attrarrà la responsabilità indipendentemente dalla funzione che esercita. L'art. 4 (1) è molto generico ed onnicomprensivo rispetto alle funzioni esercitate dagli organi ('*any other functions*')¹⁸, al contrario della previsione di cui all'art. 5, che ri-

cit., 243 ss; P. PALCHETTI, *De Facto Organs cit.*; ID., *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano 2007, 181 ss; M. MILANOVIC, *State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Pluecken*, in *LJIL*, 2009, 307 ss. Secondo L. CONDORELLI, *L'imputation cit.*, 224, si tratterebbe di un'espansione della nozione.

17 *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part two, p. 40 ss.

18 Il commentario è chiaro nell'indicare che ai fini dell'attribuzione della condotta di un organo, nessun valore avrà la distinzione fra *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, *ibid.*, p. 41, in part. punto (6).

connette l'attribuibilità all'esercizio di prerogative dell'autorità di governo. È evidente che nel secondo caso la condotta è funzionalmente qualificata, al contrario dell'ipotesi di cui all'art. 4.

Secondo parte della dottrina, un'analisi delle funzioni svolte dall'ente potrebbe tuttavia essere utile, seppure nel solco di un'indagine di tipo strutturale, tesa ad individuare un legame organico di fatto¹⁹. L'esercizio di un certo tipo di funzioni potrebbe, infatti, incidere sulla valutazione del controllo che lo Stato esercita sul soggetto, nel senso di richiedere, ad esempio, un grado più attenuato ai fini dell'onere della prova, quando l'ente svolge funzioni che solitamente prevedono un certo grado di indipendenza. Urge, tuttavia, ribadire che, pur con ibridazioni di tipo funzionale, l'analisi resta strutturale ed è esclusivamente orientata ad accertare l'integrazione dell'ente a livello organizzativo e la relazione che esso intrattiene con lo Stato. Questo aspetto assume grande rilevanza alla luce della natura estremamente eterogenea delle funzioni delle SCEs. Nel caso in cui sia possibile stabilire a priori il loro *status* di organo di Stato (*de jure* o *de facto*), la natura delle funzioni da esse poste in essere non avrà, infatti, alcun valore ai fini dell'accertamento della responsabilità.

2.2 Il modello funzionale: l'esercizio della 'governmental authority' (non-State actor)

Come accennato, l'art. 5 descrive un'ipotesi in cui la condotta è funzionalmente qualificata. La norma è idonea a coprire quei casi in cui enti diversi dagli organi di Stato siano abilitati dal diritto interno ad esercitare prerogative dell'autorità di governo. È evidente che una prescrizione di questo genere si apre ad infinite possibilità soggettive. L'intento dichiarato nel commentario al Progetto è quello di includere, in particolare, enti para-statali che esercitano funzioni di governo e società di Stato privatizzate che continuano ad esercitare funzioni pubbliche o di regolamentazione.

La difficoltà applicativa più seria nell'ipotesi in esame riguarda la corretta portata della nozione 'autorità di governo'. Com'è stato possibile osservare, le funzioni statali sono in continua espansione. Gli Stati si sono introdotti a pieno titolo negli scambi commerciali e di investimento; tramite le SCEs, questi agiscono nel mercato di beni e capitali e spiegano funzioni che non ricadono necessariamente nella categoria 'convenzionale' delle prerogative statali. Naturalmente si tratta di un riflesso dell'evoluzione della natura stessa dei rapporti politico-economici su scala globale, che costringe lo Stato ad adeguare le proprie funzioni. Questo sembrerebbe, peraltro, essere in linea con quanto previsto nel commentario: il significato di '*governmental*' an-

19 P. PALCHETTI, *L'organo cit.*, 184.

drebbe vagliato alla luce delle tradizioni, della società e della storia nelle quali si inserisce l'ente (il c.d. *circumstance test*). Sempre ai sensi del commentario, andrebbero, inoltre, valutati «*the way they [the powers] are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to government for their exercise*»²⁰. Si tratta, quindi, di un'analisi di tipo contestuale. Le altre indicazioni che provengono dal commentario non sembrano apportare ulteriori chiarimenti in questo senso.

Secondo un approccio più recente, la valutazione andrebbe effettuata ricostruendo in maniera oggettiva uno standard comparativo da usare come punto di riferimento, per stabilire se una determinata condotta può considerarsi come '*governmental*' in un contesto contemporaneo²¹. Proprio in virtù di quanto visto all'inizio, tuttavia, non sembra possibile ricostruire un consenso in ordine a cosa si intenda per prerogative di governo in base a quelle che vengono generalmente considerate tali dalla maggior parte degli Stati. Tra l'altro, la distinzione fra funzioni statali e non-statali (di per sé piuttosto fluida) è estremamente variabile tra i diversi ordinamenti²².

Considerato che la linea di confine fra funzioni prettamente privatistiche e funzioni pubbliche si sta assottigliando progressivamente, riuscire a distinguere fra le due sulla mera base della natura dell'attività è quasi impraticabile.

Del resto, la distinzione operata sulla base della natura delle funzioni ai fini della responsabilità internazionale riecheggia la distinzione fra *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* utilizzata ai fini dell'immunità statale dalla giurisdizione civile²³. Come già segnalato, il ricorso ad altre regole del diritto internazionale per ricostruire l'attribuibilità ai fini dell'illecito potrebbe essere fuorviante²⁴. In primo luogo perché, come già segnalato²⁵, l'attribuzione riguarda una condotta patologica, l'illecito, che poco ha a che vedere con la natura propria dell'atto posto in essere.

In secondo luogo, perché l'esercizio di prerogative di potere pubblico potrebbe implicare il ricorso ad attività che possono essere egualmente intraprese da privati. Se tale aspetto può risultare meno rilevante, o, al più,

20 *Report*, cit., p. 43, in part. punto (6).

21 Vedi in particolare R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, p. 200. Fra le funzioni prettamente statali, si annovererebbero l'attività legislativa e di polizia, o, ancora la funzione di indirizzo politico.

22 Si pensi all'esempio cinese, dello stesso avviso P. PALCHETTI, *L'organo cit.*, 185.

23 J. LEE, *State Responsibility cit.*, 117.

24 L. CONDORELLI, *L'imputation cit.*, 226.

25 Vedi *infra*, in materia di contratti.

meno evidente, per le imprese pubbliche o imprese private a partecipazione pubblica, questo ragionamento è tanto più valido per i fondi sovrani di investimento.

Sebbene, infatti, questi non esercitino funzioni di regolamentazione né abbiano, come visto, quale fine proprio il perseguimento di una *public policy*, vi sono almeno due elementi che potrebbero ragionevolmente fare gravitare le attività dei fondi sovrani di investimento nell'orbita delle prerogative di '*governmental authority*': a) le risorse amministrate dai fondi sono per intero di provenienza pubblica, e b) il fine del c.d. '*parent State*' che istituisce il fondo sovrano è quello di accrescere il ricavo complessivo delle risorse coinvolte, che si riverserà integralmente nella spesa pubblica²⁶. Sebbene, quindi, le attività dei fondi possano avere natura privatistica in quanto tali, — come l'acquisto di azioni o di strumenti finanziari —, queste si inquadrano comunque nella più ampia gestione delle risorse pubbliche. In questo senso, ad esempio, è stato sostenuto dalle Corti inglesi che «*management of a State economy and revenue must constitute a sovereign activity*»²⁷.

E questo è tanto più importante, se si considera che l'attribuzione della condotta allo Stato è ammissibile solo nel caso in cui l'ente abbia agito in quella specifica capacità, ossia nell'esercizio delle prerogative di '*governmental authority*' ad esso attribuite. In proposito, sembra utile rileggere il noto caso *Maffezzini v. Spain*²⁸. Sebbene, infatti, la controversia viene richiamata da numerosi autori come esempio tipico di applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 5 del Progetto, sembrerebbe che il Tribunale abbia condotto un'analisi limitata esclusivamente a stabilire se le condotte rimproverate alla

26 Sul punto G. ADINOLFI, *SWFs and State Immunity cit.*, 223.

27 *AIG Capital Partners, Inc., et al. v. The Republic of Kazakhstan*, High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court, Case N. 2004/536, Judgement 20 October 2005 citato in G. ADINOLFI, *SWFs and State Immunity cit.*, 242.

28 *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. Arb/97/7, Award, 13 November 2000. Il caso è relativo all'attribuibilità delle attività di SODIGA, una semi-controllata, allo Stato spagnolo. Secondo il Tribunale, «*the Tribunal must again rely on the functional test, that is, it must establish whether specific acts or omissions are essentially commercial rather than governmental in nature or, conversely, whether their nature is essentially governmental rather than commercial. Commercial acts cannot be attributed to the Spanish State, while governmental acts should be so attributed. But at the time of transition, there was in fact a combination of both, some to be regarded as functions essentially governmental in nature and others essentially commercial in character. As mentioned above, this is the dividing line between those acts or omissions that can be attributed to the Spanish State and those that cannot. The Tribunal must accordingly categorize the various acts or omissions giving rise to the instant dispute*», par. 52-57.

società semi-controllata coinvolta fossero o meno «*commercial in nature*»²⁹ ed abbia, in definitiva, deciso di attribuire allo Stato spagnolo esclusivamente quelle condotte di natura prettamente 'pubblicistica'. L'analisi non sembra, quindi, avere valutato se le condotte di SODIGA, la società di Stato spagnola, rientrassero o meno nelle funzioni della più complessiva 'governmental authority', che era stata delegata alla società; al contrario, il Tribunale ha fondato la propria decisione alla luce della natura dei singoli atti posti in essere.

In altri termini, quello che si vuole qui sostenere è che le attività rilevanti ai fini dell'attribuibilità *ex art. 5*, non sono legate tanto alla natura dell'atto, quanto all'esercizio di quelle specifiche prerogative di governo. Queste ultime potrebbero ben ricomprendere anche atti di natura 'privatistica', che rientrano, tuttavia, pienamente nell'esercizio di delega di potere operata dallo Stato.

Sembra utile, da ultimo, segnalare che non è necessario che lo Stato abbia un controllo completo sull'esercizio dell'attività delegata all'ente. Spesso, infatti, gli enti abilitati ad esercitare funzioni pubbliche godono di un certo margine di discrezionalità nell'espletamento dell'attività delegata; tale circostanza non esclude automaticamente l'esercizio di una 'governmental authority'; il controllo rappresenta, invece, un elemento dirimente per l'ipotesi successiva.

2.3 Il modello del controllo (non-State actor)

Nel caso in cui non sia possibile attribuire la condotta illecita delle SCEs allo Stato, perché né l'analisi strutturale, né quella funzionale hanno condotto al risultato sperato, è possibile, in ultima istanza, ricorrere all'ipotesi di cui all'art. 8 che, come noto, si fonda sul requisito del controllo *de facto*.

Come già accennato, la personalità giuridica di una società di Stato o di un fondo sovrano è (generalmente) diversa da quella dei suoi soci³⁰; il 'controlling interest' utilizzato sopra a fini descrittivi³¹, non è sufficiente a fondare il 'test' di direzione e controllo, necessario ai fini dell'attribuzione ai sensi dell'art. 8. Lo Stato deve, infatti, esercitare un controllo diretto ed effettivo su ciascuna singola attività posta in essere dalla società, che si ritiene

29 *Ibidem*, «*This type of activity does not ordinarily go beyond the commercial assistance that many financial and commercial entities provide to their prospective customers*». par. 62.

30 Vedi però quanto indicato *supra* in merito ad alcuni fondi sovrani, che non godono di personalità distinta dallo Stato.

31 Che può, invece, rappresentare un elemento utile ai fini dell'analisi strutturale sulla quale vedi *supra*.

integrare la condotta illecita. È evidente, allora, che la mera partecipazione statale nella compagine azionaria non implica *tout – court* la responsabilità statale per una eventuale violazione commessa.

È vero che il collegamento formale fra lo Stato e le *State-controlled Entities* è in apparenza particolarmente intenso: lo Stato, può, ad esempio, influenzare la composizione del Consiglio di amministrazione o la gestione d'impresa, o, ancora, la società o il fondo potrebbero essere soggetti ad un obbligo di rendiconto ad istituzioni statali, come il Parlamento o la Corte dei Conti.

Tuttavia la connessione formale, sebbene manifesta, non equivale al collegamento fattuale richiesto ai sensi dell'art. 8. Perché tali elementi vengano in rilievo, è necessario che lo Stato eserciti direttamente ed effettivamente il proprio controllo *attraverso* di essi.

Andrà quindi, di volta in volta, vagliata l'ingerenza dello Stato, rispetto alla singola condotta: questo potrebbe essere in una posizione societaria di maggioranza che gli consente di eleggere il CdA in maniera del tutto autonoma, indipendentemente dalle preferenze degli altri soci e, di conseguenza, istruire il consiglio di amministrazione in ordine alle attività da intraprendere.

Si tratta di un esame non semplice: in altri termini, la partecipazione nella compagine azionaria deve rivelarsi lo strumento attraverso il quale lo Stato è in grado di controllare la condotta dell'ente³². Ed è probabilmente per la stessa ragione che la questione, ossia la valutazione del modo in cui la proprietà incide sulla responsabilità dello Stato è stata largamente evitata in giurisprudenza³³.

3. Deviazioni dalle soluzioni indicate nel Progetto

Dalla prassi giurisprudenziale risulta, tuttavia, che vi sia una certa tendenza a discostarsi dalle norme in materia di attribuzione viste sopra, sebbene queste vengano formalmente richiamate. Questa tendenza pare operare in due direzioni.

32 Così UN Human Rights Committee, 2 aprile 1982, *Hertzberg et al. v. Finland*, Communication No. R.14/61 e Iran- United States Claims Tribunal, 15 giugno 1990, N. 89-7126, *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*.

33 Vedi ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 13 agosto 1981, ricorso n. 7601/76 e 7806/77 *Young, James and Webster v the United Kingdom*. Nel caso di specie, la Corte ha preferito fondare la propria decisione su altri motivi, piuttosto che verificare se lo Stato potesse ritenersi direttamente responsabile per la condotta della British Rail Board, di cui deteneva il controllo azionario.

3.1 *'piercing the veil'*, ovvero il perforamento dell'opacità aziendale

L'utilizzo della dottrina del *'piercing the veil'* ai fini dell'attribuzione dell'illecito è stato richiamato dalla Corte internazionale di giustizia nel celeberrimo caso *Barcelona Traction*. Pur ammettendo che il perforamento dell'opacità aziendale ha natura eccezionale nel diritto interno³⁴, la Corte ha ritenuto che esso possa avere simile rilevanza ai sensi del diritto internazionale, senza specificare, tuttavia, quale fosse il tipo di condotta che possa giustificare il ricorso³⁵. Né le pronunce successive hanno chiarito quali siano i requisiti che consentano di dare applicazione a questo principio ai sensi del diritto internazionale³⁶.

La differenza di fondo con le norme previste dal Progetto consiste nella diversa 'condotta' che si intende attribuire. Nel caso del perforamento dell'opacità aziendale è l'attività dell'ente in quanto tale, – solitamente un'attività contrattuale –, ad essere attribuita *tout court* allo Stato. Nel caso, invece, degli artt. 4, 5, e 8 ad essere attribuita è una condotta illecita, ossia una violazione di una norma di diritto internazionale.

È evidente che si tratta di due piani ben separati. Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, tendono a sovrapporre questi due livelli, ricorrendo alle norme del Progetto per verificare se un ente sia autorizzato o meno a concludere accordi o contratti in nome e per conto dello Stato³⁷, confondendo le norme in materia di rappresentanza e giurisdizione con le norme in materia di attribuzione dell'illecito³⁸.

34 Si tratta, com'è noto, di una pratica che intende riconnettere l'attività di un'entità formalmente e giuridicamente autonoma ad un altro soggetto, in questo caso lo Stato, che ne sarebbe sostanzialmente l'autore. Rispetto alle questioni trattate nel presente contributo, vedi M. FEIT, *Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, in *BJIL*, 2010, 142 ss.

35 Corte internazionale di Giustizia, sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, par. 56 ss.

36 Ed è stata recentemente riaffermata, vedi *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 aprile 2004.

37 Vedi in particolare *Noble Ventures v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 12 ottobre 2015. In particolare, par. 68 «*The question of attribution is of relevance in the present case in two respects. First, there is the question whether the acts of SOF and later APAPS which are alleged to have constituted violations of the BIT can be attributed to the Respondent. And secondly, as already indicated above, there is the more specific question as to whether one can regard the Respondent as having entered into the SPA (as well as other contractual agreements which have allegedly been breached), breach of which could consequently, by reason of the umbrella clause, be regarded as a violation of the BIT*».

38 Sembra interessante segnalare che la Corte europea dei diritti dell'uomo utilizza i medesimi criteri sia ai fini dell'attribuzione, sia, «mutatis mutandis», ai fini della giurisdizione

Anche il commentario è molto chiaro nello specificare che le norme elaborate ai sensi del Progetto sono formulate per lo specifico fine di attribuire una condotta illecita³⁹; esse non possono, quindi, essere applicate, *mutatis mutandis*, per collegare un contratto concluso da un'entità autonoma, – e regolato dal diritto interno –, allo Stato e valutare, tramite questa operazione, se sia quest'ultimo da considerarsi parte all'accordo. Una simile valutazione dovrebbe essere, infatti, demandata al diritto interno.

Il problema si presenta, tuttavia, ed in maniera particolarmente rilevante, in materia di investimenti, specialmente nel caso in cui i trattati bilaterali d'investimento (di qui in poi BIT) contengano una clausola ad ombrello e questa abbia una formulazione di questo tipo: «*Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party*»⁴⁰.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità dello Stato, la questione interessante è qualificare soggettivamente il termine 'it'. Se è chiaro che il BIT si riferisce allo Stato (ed evidentemente ai suoi organi), la ricostruzione si rende più complessa quando ad avere contratto le obbligazioni di cui alla clausola ad ombrello siano SCEs, dotate di uno *status* formalmente autonomo. Si tratta, dunque, di capire se è possibile (e con che limiti) ricorrere alle norme in materia di illecito per attribuire la conclusione di negozi *jure privatorum* allo Stato parte del BIT. Come detto, infatti, in via di principio la conclusione (ed evidentemente la violazione) di un contratto non può essere ricondotta allo Stato tramite il ricorso agli articoli 4, 5 e 8: essi regolano la sola attribuzione di una condotta illecita ai sensi del diritto internazionale.

La difficoltà, nel caso di specie, è generata dal fatto che la clausola ad ombrello impone un dovere allo Stato di rispettare gli obblighi contratti con l'investitore. Di conseguenza, la violazione di tali obblighi genera automa-

ex art. 34 della Convenzione, vedi fra gli altri decisione del 15 gennaio 2008, ricorsi n. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 e 3046/06, *R. Kačapor and Others v. Serbia*; decisione del 9 aprile 2013, ricorso n. 24922/12, *Zastava It Turs v. Serbia*, e, da ultimo, la decisione del 12 maggio 2015, ricorso n. 29003/07, *Ljubljanska Banka D.D. c. Croatia*.

39 In questo senso, la CDI ha chiarito nel commentario che «(t)he question of attribution of conduct to the State for the purposes of responsibility is to be distinguished from other international law processes by which particular organs are authorized to enter into commitments on behalf of the State». *Report*, cit., p. 39, in part. punto (5).

40 Gli effetti delle clausole ad ombrello derivano principalmente dalla loro formulazione. Va chiarito, tuttavia, che la valutazione normativa dell'inadempimento contrattuale non altera la legge applicabile al contratto, che rimane quella scelta dalle parti e contribuisce, con la clausola ad ombrello, a definire eventualmente l'illecito internazionale. Sul punto, fra gli altri, J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *AI*, 2008, 93 ss; K. HOBÉR, *State Responsibility cit.*, 532 ss.

ticamente la violazione del BIT, che, evidentemente, implica un illecito internazionale⁴¹. L'effetto che generalmente viene riconnesso alle *umbrella clauses* è, infatti, quello di trasformare la violazione di un contratto di investimento fra Stato ospite ed investitore in una violazione del BIT ad esso sotteso⁴².

Si forma, quindi, un circolo vizioso: l'impossibilità di 'attribuire' allo Stato il contratto concluso da un ente formalmente autonomo ricorrendo alle norme in materia di illecito impedisce, contestualmente, di accertare ed attribuire la violazione del trattato. Aderendo formalmente a questo argomento, in presenza di un contratto concluso da una SCE, la clausola ad ombrello non potrebbe esplicare alcun effetto, generando quella lacuna soggettiva che il Progetto di articoli tende proprio ad evitare. Lo Stato potrebbe, infatti, aggirare la propria responsabilità internazionale, delegando enti controllati o privati a concludere contratti con gli investitori.

La giurisprudenza arbitrale è particolarmente divisa sul punto; non sembra quindi potersi dare una risposta definitiva in un senso o nell'altro⁴³.

A parere di chi scrive, potrebbe seguirsi un percorso rigoroso che consente di aggirare il dato formalistico, ma garantisce contestualmente l'attribuzione dell'illecito. Nello stabilire la propria giurisdizione, il tribunale arbitrale potrebbe *prima facie* verificare sommariamente l'esistenza della violazione del contratto, che sarebbe comunque regolata dalla legge ad esso applicabile. Una volta accertata la violazione, si potrebbe procedere ad esaminare se l'inadempimento contrattuale riscontrato implica la violazione della clausola ad ombrello: come detto, non tutte le violazioni contrattuali producono questo effetto. Nel caso in cui anche questa seconda valutazione conduce ad una presunzione di violazione del BIT, avrà senso chiedersi se la condotta dell'ente può essere attribuita allo Stato ospite ai sensi delle norme

41 Sembra utile chiarire che la qualificazione della lesione quale illecito internazionale non deriva, infatti, dalla violazione del contenuto prescrittivo di una norma internazionale sostanziale, ma dalla violazione della più generica *umbrella clause*, che, pur non disciplinando concretamente alcun aspetto del contratto di investimento, presenta un proprio contenuto normativo. Quest'ultimo può venire in rilievo solo se vi è una contemporanea lesione del contratto.

42 Così J. CRAWFORD, *Treaty and Contract cit.*; S. SCHILL, *Contracting with Foreigner: International Investment Law Implications*, in *Droit comparé des Contrats Publics* (a cura di R. Noguellou, U. Stelkens), Brüssel 2010; C. SCHREUER, *Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*, in *JWIT*, 2004, 231 ss.

43 M. FEIT, *Responsibility of State cit.*, 161 ss. Nel senso che non è possibile ricorrere alle norme in materia di attribuzione dell'illecito vedi fra tutti *Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/03/3, 22 aprile 2005; di segno opposto *Noble Ventures, cit.*, e *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, ad hoc Arbitration Brussels, 19 agosto 2005.

in materia di illecito internazionale. Si tratterebbe, quindi, di invertire l'analisi, ricostruendo prima l'elemento oggettivo dell'illecito, per procedere poi alla valutazione dell'elemento soggettivo, solo nel caso in cui il primo esame abbia prodotto un risultato positivo.

3.2 la nozione di 'public body' e l'allontanamento dalla dicotomia prevista nel Progetto

La seconda interessante deviazione che può riscontrarsi nella prassi giurisprudenziale, ancorché più frequentemente nelle controversie in materia di diritto internazionale del commercio, riguarda essenzialmente l'allontanamento dall'approccio dicotomico fra *State actor* e *non-State actor* presente nel Progetto di articoli. In particolare, le valutazioni tipiche che si conducono per l'accertamento delle ipotesi di cui agli artt. 5 e 8 sono state estese (e confuse), in certi casi, ai fini dell'analisi di situazioni rientranti nell'art. 4, sebbene queste, come visto, abbiano natura ben distinta. Sembra utile specificare che, se è pur vero che un sistema può dotarsi di norme speciali sulla responsabilità degli Stati, nei casi che si vedranno, gli articoli della CDI sono stati (formalmente, ma) pedissequamente, richiamati, in quanto norme consuetudinarie in materia di illecito.

In dottrina⁴⁴ è stato segnalato come siano tre, in particolare, gli elementi che confluiscono spesso nell'accertamento dell'attribuibilità ai fini dell'individuazione di un organo di Stato che, evidentemente, non vi pertengono: 1) la proprietà statale di azioni delle SCEs; 2) i rilevanti contesti sociali e culturali; 3) le funzioni esercitate dall'ente. Come visto sopra, si tratta di elementi non utili a verificare l'esistenza di un organo di Stato, ai sensi dell'art. 4.

Emblematico, in questo senso, sembra il Report dell'Appellate Body nella controversia *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*⁴⁵. Il punto discusso, in particolare, riguardava il corretto inquadramento di una società di Stato cinese e di una banca interamente detenuta dallo stesso Stato, che il Dipartimento del Commercio Statunitense aveva qualificato come 'public body'. L'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (di qui in poi SCM), prevede all'art. 1.1 (a)(1) che «*For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member*». Ora, la divisione fra 'government' e 'public body' potrebbe far propendere per l'ipotesi che il trattato operi una distinzione fra le due nozio-

44 Estensivamente J. LEE, *State Responsibility* cit.; R. DING, *Public Body or Not: Chinese State-Owned Enterprise*, in *JWT*, 2014, 167 ss.

45 US-AD & CVD, Appellate Body Report, WT/DS379/R, 22 ottobre 2010.

ni⁴⁶, senza elaborare, tuttavia, sugli elementi utili per definire l'uno e l'altro. Potrebbe sostenersi quindi, che nel caso di specie la confusione derivi dalla lettera del testo del trattato che trova applicazione nella controversia.

In realtà, sempre all'art. 1.1 (a) (1), si precisa che entrambi «(are) *referred to in this Agreement as 'government'* ». E, ancora, all'art. 1.1. (a)(1)(IV) si precisa che un sussidio si ritiene esistente quando «(iv) *a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments*». Sembra potersi quindi affermare, che l'accordo riconosca, in realtà, la distinzione già presente nell'architettura del Progetto di articoli, distinguendo fra *State actor (government and public body)* e *non-State actor (entrusted or directed private body)*. Tra l'altro, in altre circostanze⁴⁷, era stato già chiarito dall'Organo di Appello che le due nozioni di 'government' e 'public body' si equivalgono ai fini del trattato in oggetto.

Ciononostante, in *US-AD/CVD* l'Organo di Appello ha deciso, al contrario, di mantenere una distinzione fra 'government' e 'public bodies', in contrapposizione con il significato collettivo attribuito ai due termini dalla lettera del trattato. Nella definizione che ne ha fornito, l'Organo ha specificato che con la seconda nozione doveva invece intendersi '*an entity that possesses, exercises or is vested with governmental authority*'.

Una simile descrizione, più che allinearsi con la struttura del Progetto, lascia intendere che l'inverarsi di una qualsiasi delle tre circostanze — *possesses, exercises or is vested with* — determinerebbe l'esistenza di un *public body*. Questa definizione confonde, in realtà, piani ben distinti⁴⁸, accomunando gli *State-actor*, che sono tali 'di diritto' o 'di fatto', ai *non-State actor*, che mantengono con lo Stato una relazione di fatto (art. 8) o di delega (art 5). Una simile ricostruzione impone il ricorso ad analisi concettualmente del

46 Ed in effetti, sembra che una simile interpretazione sia stata avallata dall'appello cinese, in cui veniva esplicitamente richiesto all'Organo di Appello di interpretare il termine *public body* ai sensi dell'art. 5 del Progetto, piuttosto che all'art. 4. Sul punto estensivamente I. VAN DAMME, *The Appellate Body's use of the Articles on State Responsibility in US-Anti-dumping and Countervailing Duties (China)*, in *Sovereignty, Statehood and State Responsibility, Essays in Honour of James Crawford* (a cura di C. Chinkin, F. Baetens), Cambridge 2015, 363 ss.

47 Vedi, in particolare, Canada-Dairy Appellate Body Report WT/DS103/AB/R, 27 Ottobre 1999.

48 In questo senso vedi anche *Hamester v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 giugno 2010 e *Sergei Paushok v. Mongolia*, UNCITRAL, Awards on Jurisdiction and Liability, 28 aprile 2011.

tutto eterogenee per dimostrare l'attribuibilità della condotta e, soprattutto, non pertinenti rispetto all'identificazione di uno *State actor*. Non si capisce, fra l'altro, quale ruolo resterebbe ai *private bodies* incaricati ai sensi dell'art 1.1. (a) (1) (IV), considerato che tutte le ipotesi sembrano assorbite nella definizione di '*governmental entities*'. Secondo l'Organo di Appello, '*public bodies*' sarebbero quei soggetti che, oltre ad essere autorizzati ad esercitare prerogative di autorità statale, possono, a loro volta, incaricare dei privati a svolgere determinate funzioni pubbliche⁴⁹, aggravando l'onere della prova, al di fuori di quanto richiesto ai sensi dell'art. 5.

Non stupisce, allora, che l'Organo di appello si esprima in questi termini:

*«The above analysis, however, indicates that control of an entity by a government, in itself, is not sufficient to establish that an entity is a public body. We, therefore, disagree with the Panel's interpretation. The Panel did not, however, consider whether any criteria other than those relied upon by the parties could potentially be relevant to the enquiry, or whether any indicia other than State ownership are relevant to government control. Nor did the Panel sufficiently analyze the interpretative elements that served as the basis for its finding that State ownership or control is in itself sufficient to establish that an entity constitutes a public body.»*⁵⁰

Per ricostruire la natura di '*public body*' dei due enti in esame, la società e la banca controllate dallo Stato cinese, l'Organo d'Appello si è perciò impegnato in un'intensa analisi relativa in particolare alle circostanze socio-culturali ed alle funzioni dei due soggetti⁵¹, che potessero dimostrare il controllo dello Stato sulla attività di questi ultimi. Il rischio insito in questo ragionamento è che riuscire provare che un determinato ente sia un organo di Stato (*public body*, secondo la lettera del trattato) diventa molto più problematico laddove si richieda di dimostrare tutti quei requisiti di cui agli artt. 5 e 8 del Progetto, che non sarebbero, tuttavia, necessari ai fini di un accertamento ai sensi dell'art. 4; tale circostanza presenta, fra l'altro, evidenti ricadute applicative sul trattato in oggetto, in quanto impedisce di applicare le norme richiamate in materia di sovvenzioni, nel caso in cui questo intensificato onere della prova non riesca ad essere soddisfatto.

49 Secondo l'Organo di Appello, le società controllate non rientrerebbero nella definizione di *private bodies* accolta dallo stesso, che limita tale categoria alle imprese puramente private, US-AD & CVD, Appellate Body Report, WT/DS379/R, 22 ottobre 2010, par. 294.

50 *Ibid.*, par. 310.

51 *Ibid.* rispettivamente parr. 317-319 e par. 290.

4. La rilevanza dello standard di due diligence nella valutazione della condotta delle SCEs.

Come visto sinora, la ricognizione dei requisiti necessari per attribuire la condotta illecita delle *State-controlled Entities* allo Stato potrebbe non condurre ad alcun risultato. Rimane, tuttavia, la possibilità che lo Stato si trovi a dover rispondere per avere mancato ai suoi obblighi di diligenza, perché non è stato in grado di prevenire o perseguire le attività illecite degli enti in esame.

Nell'ipotesi di soggetti che presentano una particolare affiliazione statale, lo standard di *due diligence* può risultare particolarmente rilevante: l'incremento esponenziale del ruolo degli attori privati che agiscono nella sfera pubblica influenza, inevitabilmente, la portata di simili obblighi rispetto al livello di 'controllo' richiesto *ex ante* ed *ex post* da parte degli Stati.

Si tratta, com'è noto, di uno standard (primario) di natura trasversale⁵²; il contenuto sostanziale degli obblighi di diligenza varia, tuttavia, fra le diverse aree del diritto internazionale. Se nel caso del diritto internazionale dell'ambiente, lo standard di *due diligence* ha avuto modo di raffinarsi significativamente, sviluppandosi in norme ben precise, lo stesso non sembra potersi sostenere per altre aree del diritto internazionale, quali i diritti umani⁵³ o la protezione degli investimenti esteri, nelle quali non si riscontra lo stesso grado di compiutezza. L'individuazione degli specifici obblighi di diligenza, dipenderà, quindi, dal caso concreto e dalla natura della violazione dell'ente.

Nel caso delle *State-controlled Entities*, vi sono, tuttavia, dei parametri di natura soggettiva che sembrano incidere sul grado di diligenza richiesto allo Stato, indipendentemente dall'ambito sostanziale della violazione.

Se la proprietà dell'ente o di una parte consistente delle quote azionarie non sono sufficienti *per se* ad attribuire la condotta allo Stato, vi sono, tuttavia, dei fattori immediatamente riconnessi alla proprietà, che, pur non raggiungendo la soglia di controllo necessaria ai fini dell'art. 8, possono comunque comportare un obbligo di prevenzione a carico dello Stato. Elementi

52 Sebbene la nozione di *due diligence* abbia natura generale, non è chiaro se a livello sostanziale si tratti di un unico standard o se esso si riempia di significati diversi e più ampi per le diverse aree in cui esso trova applicazione. Sul punto ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report, 7 marzo 2014, reperibile online su http://www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1045.

53 *Ibid.*, p. 13. Rispetto a questo ambito si ritiene, ad esempio, che il risultato che ci si può ragionevolmente attendere dagli sforzi di prevenzione e protezione di uno Stato dipende dal grado di risorse che esso può mettere a disposizione a questo fine. Sul punto ampiamente R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violations des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *RCADI* 2008, 465 ss.

quali l'accessibilità alle informazioni o l'influenza decisionale⁵⁴ sull'attività stessa degli enti pongono lo Stato in una condizione di privilegio. Simili fattori lasciano, infatti, presumere che lo Stato sia più facilmente a conoscenza di possibili rischi legati all'attività delle SCEs e sia, di conseguenza, nella posizione di adottare le misure necessarie per evitare conseguenze pregiudizievoli⁵⁵.

In questo senso, può sostenersi che la conoscenza diretta dell'attività dell'ente rende più semplice valutare, ad esempio, l'acquiescenza dello Stato⁵⁶ o persino il supporto di un certo tipo di condotta. In altri termini, lo Stato si trova in una posizione qualificata in confronto a quanto normalmente si verifica rispetto alla vigilanza (non qualificata) che può esercitare sull'attività di imprese puramente private; di conseguenza, l'obbligo di diligenza che ne discende sembrerebbe essere più stringente. Sarà quindi più

54 La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconnesso gli obblighi di diligenza al livello di informazione e controllo che lo Stato può avere sul rischio di pregiudizio. Vedi in questo senso, rispetto all'esplosione di gas metano in una discarica, *Öneryildiz v Turkey*, decisione del 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, in cui la Corte ha specificato che «*It follows that the Turkish authorities at several levels knew or ought to have known that there was a real and immediate risk to a number of persons living near the Ümraniye municipal rubbish tip. They consequently had a positive obligation ... to take such preventive operational measures as were necessary and sufficient to protect those individuals (...) especially as they themselves had set up the site and authorised its operation, which gave rise to the risk in question*».

55 Vedi fra gli altri, *Hopu and Bessert v. France*. Communication No. 549/1993. 30 June 1994. CCPR/C/51/D/549/1993. Il Comitato ha fondato la propria opinione sulla rilevanza della proprietà statale di parte delle compagnie coinvolte nel caso. Secondo il Comitato, questo elemento incide sulla portata dell'obbligo di monitorare e regolare l'attività della SOE e, di conseguenza, sull'accertamento del '*failure to protect*'. Va detto, tuttavia, che il Comitato non ha voluto soffermarsi espressamente sulla base della responsabilità dello Stato, se per la condotta della società o per aver mancato ad obblighi di diligenza («*(...) regardless of the basis for responsibility, the Committee expects States Parties to act to prevent corporate abuse*»). Simile confusione si ritrova in *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, Human Rights Committee, 25 marzo 2003. Sembra comunque che la proprietà abbia inciso, in entrambi i casi, sulla violazione degli obblighi di prevenzione.

56 In materia di sparizioni forzate vedi Corte interamericana dei diritti umani, *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, 12 luglio 1988, secondo la Corte «*What is decisive is whether a violation of the rights recognised by the Convention has occurred with the support or the acquiescence of the government, or whether the State has allowed the act to take place without taking measures to prevent it or punish those responsible*». Per una netta ricognizione della violazione degli obblighi di prevenzione e persecuzione degli illeciti commessi da una SCE vedi *Ogoni c. Nigeria*, rispetto alle condotte della *Nigerian National Petroleum Company*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 155/96, 30 ottobre 2001.

semplice stabilire la violazione dello standard di *due diligence* quando ad essere coinvolte sono SCEs.

5. Conclusioni

Le difficoltà di attribuzione della condotta delle SCEs sono aggravate dalla crescente stretta interazione, specialmente in campo economico, tra il settore pubblico ed il settore privato. Nelle circostanze brevemente descritte, in cui l'accavallamento è così evidente, non è chiaro se i soggetti privati esercitino funzioni pubbliche o se soggetti statali o para-statali esercitino funzioni private e quali siano le conseguenze che derivano da tale sovrapposizione. Tale incertezza conduce evidentemente all'intensificazione delle controversie tra gli Stati, testimoniata dall'aumento delle dispute in seno all'OMC in materia di Società di Stato e dagli sviluppi nei negoziati TPP. Diventa sempre più difficile distinguere, con chiarezza, il ruolo proprio dello Stato, quello delle SCEs e, ancora, quello del settore privato. Ai fini dell'accertamento della responsabilità, sembra, quindi, utile tentare di aderire il più possibile alla struttura del Progetto. Il ricorso alle soluzioni indicate dalla CDI contribuisce ad evitare le incertezze e le derive cui, come brevemente visto sopra, un allontanamento dalla dicotomia soggettiva originaria conduce. Questo consente, inoltre, di assicurarsi che le regole in materia di attribuzione non siano applicate *mutatis mutandis* al di fuori della ricognizione dell'illecito.

Responsabilità degli Stati per condotta delle organizzazioni internazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità di uno Stato in connessione con la condotta di un'organizzazione internazionale. – 2.1. Aiuto o assistenza. – 2.2. Direzione e controllo. – 2.3 Coercizione. – 2.4 Elusione degli obblighi internazionali. – 3. Condotta illecita di un'organizzazione internazionale e responsabilità degli Stati membri: osservazioni *de iure condendo*.

1. Introduzione

Il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali elaborato dalla Commissione di diritto internazionale e approvato in seconda lettura nel 2011 (d'ora in poi 'Progetto') non contiene esclusivamente norme secondarie destinate a tali enti¹. La Commissione, infatti, ha dovuto colmare il vuoto lasciato aperto nel 2001, quando, con l'adozione del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali, si decideva di non disciplinare il tema della responsabilità statale per la condotta di un'organizzazione internazionale, che poteva sorgere sia per il coinvolgimento dello Stato negli illeciti di quest'ultima, sia più semplicemente in virtù dello status di membro. La clausola di salvaguardia di cui all'art. 57 veniva allora giustificata per l'esistenza di controverse ragioni di merito circa i rapporti tra organizzazioni internazionali e Stati membri che

1 Sulla distinzione tra norme primarie e norme secondarie v. G. GAJA, *Primary and Secondary Rules in the International Law on State Responsibility*, in *RDI*, 2014, 981.

ne rendevano poco opportuna la trattazione in quella sede²; controversie che sembrano solo apparentemente superate dai lavori della Commissione portati a compimento dieci anni dopo.

La Parte V del Progetto prevede, infatti, ipotesi di «Responsabilità dello Stato in connessione con la condotta di un'organizzazione internazionale» (art. 58-63)³, ipotesi che sollevano, per ammissione della stessa Commissione⁴, le questioni forse più dibattute in materia di responsabilità delle organizzazioni internazionali. Sembrano qui scontrarsi due interessi contrapposti: da un lato, l'esigenza di rispettare la distinzione tra la soggettività dell'organizzazione e quella degli Stati membri, facendo in modo che ciascuno risponda esclusivamente per i propri obblighi internazionali; dall'altro, la necessità di guardare oltre il 'velo istituzionale' qualora esso sia utilizzato dagli Stati per nascondere atti illeciti commessi per mezzo dell'organizzazione di cui essi siano membri. Dal modo in cui questi interessi vengono bilanciati dipendono, in ultima analisi e in maniera sostanziale, le possibilità di riparazione offerte alla vittima dell'illecito, essendo notoriamente più agevole l'accertamento della violazione di una norma internazionale nel caso in cui a risponderne sia chiamato uno Stato⁵. Tuttavia, il bilanciamento operato dalla Commissione – così come in precedenza dall'*Institut de droit international*⁶ – è certamente molto prudente perché, in mancanza di chiare indicazioni provenienti dalla prassi, il Progetto propende verso una lettura rigorosamente formalistica dei rapporti tra organizzazione e Stati membri, prevedendo ipotesi di responsabilità di questi ultimi solo in circostanze ec-

2 Si veda il commentario all'art. 57 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, in *YILC*, 2001, vol. II, Part Two, p. 142, par. 4.

3 Si tratta di disposizioni analoghe a quelle degli artt. 14-19, che a loro volta costituiscono una parziale riformulazione delle norme originariamente contenute negli artt. 16-19 del Progetto del 2001.

4 *Report of the Working Group on the Responsibility of International Organizations*, in *YILC*, 2002, vol. II, Part Two, p. 95, par. 478.

5 Ciò in virtù dell'immunità di cui godono le organizzazioni dinanzi alle corti nazionali e per la mancanza di un foro internazionale che abbia giurisdizione sulle controversie in cui sia parte un'organizzazione, ostacoli solo parzialmente superabili attraverso il ricorso, ove possibile, all'arbitrato internazionale o a meccanismi di soluzione delle controversie interni all'organizzazione. N. BLOKKER, *International Organizations: the Untouchables?*, in *IOLR*, 2013, 259; K. WELLENS, *Remedies against International Organisations*, Cambridge 2002. Si veda anche S. VEZZANI, *Le règlement par voie d'arbitrage des différends portant sur la responsabilité des organisations internationales*, in *Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations* (a cura di D. Sarooshi), Leiden 2014, 367.

6 *The Legal Consequences for Member States of the Non-fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties*, in *AIDI*, 1996, vol. 2, 444.

cezionali. Le disposizioni previste dalla Parte V del Progetto richiedono, infatti, che lo Stato adotti consapevolmente una condotta che sia sufficiente a distinguere la sua posizione rispetto a quella di qualsiasi altro Stato terzo o membro dell'organizzazione, tipizzando così, obblighi primari in capo agli Stati, anziché norme secondarie indirizzate alle organizzazioni⁷.

2. Responsabilità di uno Stato in connessione con la condotta di un'organizzazione internazionale

Secondo quanto stabilito dal principio generale di cui all'art. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, uno Stato può incorrere in un illecito quando la condotta ad esso attribuibile sia assunta in violazione di un obbligo internazionale incombente su quest'ultimo. Tuttavia, possono aversi casi in cui uno Stato sia ritenuto responsabile qualora la condotta illecita sia attribuibile ad un altro soggetto che non si configuri come suo organo, agente o rappresentante. Il fondamento della responsabilità va ricercato, in queste circostanze, nella connessione di fatto o di diritto che può a vario titolo instaurarsi tra il soggetto agente e quello responsabile, la quale sembrerebbe dar luogo ad una presunta dissociazione tra l'attribuzione della condotta e l'attribuzione della responsabilità⁸. In realtà, ciascuna delle ipotesi di 'responsabilità indiretta'⁹ dello Stato per illecito di un'organizzazione internazionale, così come codificata dalla Commissione, presenta degli aspetti tipici, che di seguito si metteranno brevemente in evidenza.

2.1 Aiuto o assistenza

La parte V del Progetto si apre con la previsione delle tre ipotesi classiche di responsabilità per connessione, che la Commissione di diritto internazio-

7 In questo senso: P.J. KUIJPER, *Introduction to the Symposium on Responsibility of International Organizations and of (Member) States: Attributed or Direct Responsibility or Both?*, in *IOLR*, 2010, 22; J. D'ASPREMONT, *The Articles on the Responsibility of International Organizations: Magnifying the Fissures in the Law of International Responsibility*, in *IOLR*, 2012, 9 ss. V. anche G. GAJA, *Primary and Secondary cit.*, 988-989.

8 J.D. FRY, *Attribution of Responsibility*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art* (a cura di A. Nollkaemper, I. Plakokefalos), Cambridge 2014, 98.

9 Secondo la terminologia usata da R. AGO, *Eighth report on State responsibility*, in *YILC*, 1979, vol. II, Part One, p. 4 ss. V. anche M.L. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Milano 1990, 7-45.

nale ha mutuato – adottando gli accorgimenti strettamente necessari – dal proprio precedente lavoro sulla responsabilità degli Stati. In tema di aiuto o assistenza, direzione e controllo e coercizione nella commissione di un illecito, il Progetto di articoli del 2011 riprende, infatti, quasi pedissequamente gli artt. 16, 17 e 18 del Progetto del 2001. Si tratta di una scelta che è apprezzabile sul piano sistematico, perché tende alla ricostruzione di un regime di responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali per quanto possibile uniforme, ma che, tuttavia, non trova fondamento nella prassi.

L'art. 58 contempla l'eventualità che uno Stato aiuti o assista un'organizzazione internazionale nella commissione di un illecito, ammettendone la responsabilità in presenza di due condizioni: a) esso deve essere a conoscenza delle circostanze dell'illecito dell'organizzazione; b) la stessa condotta dovrebbe risultare illecita se fosse commessa dallo Stato.

La norma sembra chiaramente imporre un obbligo primario nei confronti dello Stato, identificabile nel divieto di aiutare o assistere un'organizzazione internazionale nella commissione di un illecito¹⁰. Difatti, lo Stato non è responsabile, in maniera concorrente o sussidiaria, per l'illecito commesso dall'organizzazione, ma risponde esclusivamente per l'aiuto o l'assistenza forniti: l'ipotesi in esame va dunque tenuta distinta da quella della corresponsabilità per il medesimo atto illecito¹¹. Il fatto che la norma violata dall'organizzazione debba essere applicabile anche allo Stato che fornisce assistenza (art. 58, par. 1, lett. b), potrebbe privare tale distinzione di carattere pratico. Tuttavia, data la differenza sostanziale tra le due condotte, lo Stato risponde delle conseguenze dell'illecito 'principale' esclusivamente nei limiti in cui esse siano diretta conseguenza del proprio aiuto¹². Lo Stato, quindi, ha un mero ruolo di supporto nella condotta illecita dell'organizzazione, ma il suo apporto, benché non decisivo, deve comunque contribuire in maniera 'significativa' alla commissione dell'atto illecito¹³: esso, infatti, non può essere ritenuto responsabile qualora il suo sostegno si sia rivelato del tutto ininfluenza nella determinazione dell'illecito principale¹⁴.

Affinché possa sorgere responsabilità dello Stato è in ogni caso richie-

10 P.J. KUIJPER, *Introduction cit.*, 23.

11 In questo senso depongono sia il testo dell'art. 58, par. 1 («A State which aids or assists an international organization [...] is internationally responsible *for doing so* [...]»); corsivo aggiunto), sia il commentario all'art. 16 del Progetto del 2001, da intendersi implicitamente richiamato: *YILC cit.*, 2001, p. 66, par. 1; *Report of the International Law Commission, Sixty-third Session*, 2011, p. 158, par. 1 e p. 159, par. 3.

12 *Report of the International Law Commission cit.*, p. 67, par. 10.

13 *Ibid.*, p. 66, par. 5.

14 *Ibid.*, par. 4.

sto che questo sia a conoscenza del fatto che l'aiuto fornito sia utilizzato dall'organizzazione in maniera contraria ad uno o più obblighi internazionali su di essa gravanti (art. 58, par. 1, lett. *a*). Così, ad esempio, uno Stato che fornisca supporto logistico-strategico alla NATO per azioni militari che si rivelino in contrasto con norme consuetudinarie di diritto umanitario dovrebbe essere consapevole che il proprio aiuto sia utilizzato in maniera illecita dall'organizzazione. In tal modo si introduce nel regime generale di responsabilità internazionale degli Stati, che si contraddistingue per la sua oggettivizzazione, un elemento soggettivo, o meglio psicologico, richiedendosi allo Stato di agire scientemente al fine di agevolare la commissione dell'illecito¹⁵. Il requisito della consapevolezza circa le circostanze dell'illecito è comune alle tre ipotesi classiche di responsabilità per connessione, ed era del resto già prevista dal Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001¹⁶. Tuttavia, la necessità di provare che lo Stato abbia agito consapevolmente al fine di far commettere un illecito introduce un elemento d'incertezza nell'accertamento della responsabilità, che appare giustificabile nell'ipotesi dell'assistenza, ma non necessario nei casi di controllo e di coercizione. Mentre l'intenzione è, infatti, indispensabile per distinguere una condotta illecita da qualsiasi altro aiuto che uno Stato potrebbe in buona fede fornire ad un'organizzazione internazionale (come un finanziamento o la concessione di parte del territorio per operazioni militari), controllare o costringere un'organizzazione ad assumere una condotta contraria ad obblighi internazionali sembra, invece, presupporre l'esistenza della consapevolezza da parte dello Stato¹⁷. L'intenzione, in questi casi, dovrebbe quindi ritenersi implicita.

L'aiuto o il supporto possono essere forniti sia da uno Stato terzo all'organizzazione, sia da uno Stato membro. In quest'ultimo caso, diventa essenziale, però, demarcare un confine tra il supporto ad una condotta illecita dell'organizzazione, vietato dall'art. 58, e le attività che lo Stato potrebbe lecitamente intraprendere in virtù del suo status di membro. La Commissione, infatti, ha previsto che l'atto di uno Stato membro che sia conforme alle regole dell'organizzazione non comporta, di per sé, responsabilità per aiuto o assistenza (art. 58, par. 2)¹⁸. Potrebbero esserci, tuttavia, dei casi in cui va-

15 Ibid., par. 5. J. D'ASPREMONT, *The Articles on the Responsibility cit.*, 10; J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge 2013, 405 ss.

16 Artt. 16-18.

17 J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 121-123.

18 Per 'regole dell'organizzazione' la Commissione intende l'accordo istitutivo, le decisioni, le risoluzioni e ogni altro atto adottato dall'organizzazione internazionale in conformità ad essi o alla prassi consolidata (art. 2, lett. *b*). I limiti entro i quali le regole delle organizzazioni internazionali costituiscono parte del diritto internazionale, così come le

lutare la liceità della condotta statale sulla base di diritti, obblighi o facoltà derivanti dall'appartenenza all'organizzazione sia in concreto difficile. Si pensi, ad esempio, al voto favorevole espresso nell'ambito dell'organizzazione per far approvare un'operazione militare che sia chiaramente in contrasto col diritto internazionale generale, o al finanziamento delle relative spese. Si pensi, ancora, al voto espresso in seno al Consiglio da uno Stato membro dell'Unione europea per l'approvazione di un accordo commerciale che sia in palese violazione delle norme dell'OMC. Secondo il Relatore speciale Gaja, in ipotesi limite occorre far riferimento al contesto in cui esse si sviluppano, come al numero dei membri dell'organizzazione o al tipo di coinvolgimento da parte dello Stato¹⁹, lasciando comunque aperta la possibilità che questo sia ritenuto responsabile per un illecito commesso nella sua qualità di membro ai sensi del Progetto sulla responsabilità degli Stati²⁰.

2.2 *Direzione e controllo*

Similmente a quanto disposto in tema di aiuto o assistenza, il Progetto prevede, all'art. 59, che lo Stato che diriga e controlli un'organizzazione internazionale nella commissione di un atto illecito è responsabile, per tale atto, se è a conoscenza delle circostanze dello stesso e la condotta sarebbe comunque illecita qualora fosse posta in essere dallo Stato.

Il grado di connessione tra lo Stato e l'illecito dell'organizzazione internazionale è in questo caso più intenso. Difatti, stando al commentario dell'art. 17 del Progetto del 2001, sul quale è modellato l'art. 59, per 'controllo' deve intendersi una situazione di dominio sulla condotta illecita che vada oltre la mera vigilanza, influenza o interesse, mentre la 'direzione' deve avere carattere operativo, non essendo sufficiente la semplice istigazione o proposta ad agire in un determinato modo²¹.

Sebbene si identifichi questa fattispecie come un caso di responsabili-

implicazioni in tema di responsabilità, sono oggetto di dibattito: C. AHLBORN, *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, in *IOLR*, 2011, 397. Si veda anche: International Law Association, *Committee on Accountability of International Organizations, First Report, Taipei Conference*, 1998, 593 ss.; M. BENZING, *International Organizations and Institutions, Secondary Law*, in *EPIL*, 2007.

19 *Report of the International Law Commission*, cit., p. 159, par. 4.

20 «An act by a State member of an international organization done in accordance with the rules of the organization does not *as such* engage the international responsibility of that State under the terms of this article» (art. 58, par. 2; corsivo aggiunto). *Ibid.*, p. 159, par. 5.

21 Lo stesso commentario precisa che devono essere esercitati entrambi affinché possa sorgere responsabilità: *YILC*, 2001, cit., p. 69, par. 7.

tà derivata²², il riferimento alla nozione di controllo esercitato dallo Stato sull'organizzazione internazionale pare più correttamente attribuire al primo la condotta materialmente posta in essere da quest'ultima²³. Si tratterebbe, dunque, di un'autentica norma di attribuzione della condotta e non (soltanto) della responsabilità, che sarebbe quindi diretta. L'art. 59 è, in altri termini, una norma generale di attribuzione dell'illecito, analogamente a quanto predisposto dall'art. 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati nel caso di controllo da questi esercitato su individui o gruppi di persone, o dall'art. 7 del Progetto del 2011, in tema di controllo di un'organizzazione internazionale su un organo o un agente di uno Stato o di un'altra organizzazione internazionale messo a sua disposizione. Non si spiegherebbe altrimenti perché dovrebbero derivare conseguenze diverse nel caso in cui il controllo sia esercitato su individui e quando esso sia diretto nei confronti di un'organizzazione internazionale²⁴. Sembra, piuttosto, che il criterio del controllo vada qualificato come principio generale di attribuzione della condotta e debba operare anche nel caso in cui esso sia esercitato nei confronti di quest'ultima, qualora il rapporto di dominanza, sebbene non raggiunga il grado di completa dipendenza, tale da trasformare l'organizzazione in un organo *de facto* dello Stato, sia comunque sufficiente ad instaurare un collegamento diretto, obiettivo ed effettivo tra la condotta dello Stato e l'illecito dell'organizzazione.

La distinzione tra le conseguenze derivanti dall'aiuto o assistenza e dalla direzione e controllo è, quindi, netta. Mentre nel primo caso lo Stato è ritenuto responsabile di un illecito proprio, ma entro i limiti in cui esso incide sull'illecito principale dell'organizzazione, nella seconda circostanza esso risponde della condotta dell'organizzazione internazionale controllata per la sua interezza. Tuttavia, l'organizzazione non è esonerata dalla responsabilità per gli atti illeciti compiuti: la direzione e il controllo subiti da un altro soggetto non integrano, di per sé, una causa di esclusione dell'illeceità²⁵. Ne deriva che, in linea di principio, e nonostante il silenzio del Progetto sul punto, il regime di responsabilità applicabile è di tipo concorrente tra Stato e organizzazione internazionale, potendo la parte lesa rivolgersi alternativamente ad entrambi per ottenere la riparazione dell'illecito.

Come per l'art. 58, prassi in materia di direzione e controllo di un'orga-

22 Ibid., p. 68, par. 1.

23 A. REINISCH, *Aid or Assistance and Direction and Control between States and International Organizations in the Commission of Internationally Wrongful Acts*, in *IOLR*, 2010, 76-77.

24 Come fa anche notare J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 118-119.

25 *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, cit., p. 69, par. 9; J. CRAWFORD, *State Responsibility cit.*, p. 417. Di diverso avviso R. AGO, *Eight Report cit.*, 25-26.

nizzazione internazionale nella commissione di un illecito sembra assente. In ogni caso, è più facile ipotizzare che lo Stato che assuma la direzione e il controllo dell'organizzazione sia un membro della stessa, in ragione del ruolo predominante che alcuni di essi possono rivestire, soprattutto all'interno di organizzazioni di piccole dimensioni. Una tale eventualità sembra essere stata prospettata dalla Westland Helicopters in riferimento all'Organizzazione araba per l'industrializzazione nel tentativo di affermare la diretta vincolatività per gli Stati membri degli obblighi assunti dall'Organizzazione con terzi. Tuttavia, secondo il Tribunale federale svizzero, il predominio che gli Stati membri possono esercitare su un'organizzazione non può minarne l'indipendenza, né trasferire automaticamente in capo ad essi gli obblighi assunti dall'organizzazione²⁶.

Sul punto il Progetto prevede, similmente all'ipotesi di assistenza, che se l'atto dello Stato membro è conforme alle regole dell'organizzazione non può sorgere responsabilità per la condotta di quest'ultima (art. 59, par. 2). Allo stesso modo, però, questo criterio non può fornire una risposta esauritiva in ogni situazione che potrebbe in concreto emergere nei rapporti tra Stato membro e organizzazione internazionale, come, ad esempio, l'eventuale controllo del primo sui processi decisionali della seconda²⁷. A tal proposito è stato sostenuto che quando il controllo assume un livello di pervasività elevato e non è conseguenza di diritti derivanti allo Stato membro in virtù del suo status all'interno dell'organizzazione (si pensi al diritto di veto in seno al Consiglio di sicurezza), ma ha, anzi, la finalità di aggirare l'ordinario iter decisionale, ci si troverebbe dinanzi ad un esempio di 'abuso della personalità' dell'organizzazione internazionale, in grado di fondare la responsabilità concorrente tra Stato e organizzazione²⁸. Si potrebbe anche pensare che, in ipotesi estreme di controllo sistematico da parte degli Stati membri sul processo decisionale dell'organizzazione, questa potrebbe persino perdere la propria soggettività, non essendo più in grado di esprimere una volontà distinta dai propri membri, con la conseguente responsabilità esclusiva di questi ultimi per la condotta dell'organizzazione²⁹.

26 Tribunale federale svizzero, sentenza del 19 luglio 1988, *Arab Organization for Industrialization et a. c. Westland Helicopters Ltd. et a.*, in *International Law Reports*, 80, p. 658.

27 P. PALCHETTI, *Sulla responsabilità di uno Stato per il voto espresso in seno ad un'organizzazione internazionale*, in *TDI*, 2012, 352.

28 J. D'ASPREMONT, *Abuse of Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States*, in *IOLR*, 2007, 91.

29 È ciò che è stato sostenuto, a proposito della NATO, da T. GAZZINI, *NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992–1999)*, in *EJIL*, 2001, 424-425.

2.3 Coercizione

Secondo l'art. 60 del Progetto, se uno Stato costringe un'organizzazione internazionale a commettere un illecito, questi ne risulterà responsabile qualora la coercizione sia l'unica causa della condotta illecita e lo Stato abbia agito con la consapevolezza delle circostanze di fatto esistenti.

Si tratta dell'ipotesi in cui il dominio dello Stato sulla gestione della condotta dell'organizzazione internazionale risulta assoluto. La coercizione assume, infatti, lo stesso carattere della forza maggiore, rendendo impossibile, per l'organizzazione che la subisce, adottare un comportamento diverso da quello voluto dallo Stato. Invero, secondo la Commissione, non è sufficiente che l'adempimento dell'obbligo internazionale sia reso semplicemente più difficile o gravoso, essendo invece necessario che la sua violazione sia l'unica conseguenza possibile della costrizione³⁰. Di conseguenza, per l'organizzazione, la coercizione opera come una causa di esclusione dell'illiceità, essendo una specificazione della più ampia categoria della forza maggiore di cui all'art. 23 del Progetto.

Si tratta, in ogni caso, di un'ipotesi espressa in termini particolarmente rigorosi. Non solo, infatti, la costrizione non deve lasciare alternative praticabili all'organizzazione che commette l'illecito, ma essa deve avere ad oggetto l'esatta condotta che contravvenga l'obbligo gravante sull'organizzazione stessa, instaurandosi tra la coercizione e l'atto illecito un rapporto di causalità diretta. Inoltre – come negli altri casi già analizzati – lo Stato deve essere a conoscenza delle circostanze di fatto che potrebbero determinare l'illiceità della condotta di quest'ultima.

Al verificarsi di queste condizioni, lo Stato incorre in una duplice responsabilità. Nei confronti dei terzi lesi dalla condotta dell'organizzazione lo Stato risulta l'unico responsabile dell'illecito, poiché l'organizzazione ha agito in uno stato di forza maggiore³¹. Lo Stato, però, potrebbe essere responsabile anche nei confronti dell'organizzazione per l'atto stesso della costrizione. In realtà, se la Commissione ammette espressamente una responsabilità per costrizione di uno Stato nei confronti di un altro Stato³², è invece molto più prudente nel caso in cui ad essere costretta sia un'organizzazione internazionale. Il Relatore speciale precisa, infatti, che in questa eventualità l'atto di coercizione, di per sé, potrebbe anche non risultare illecito e che tale illiceità non può automaticamente presumersi³³.

30 *YILC*, 2001, cit., p. 69, par. 2.

31 *Ibid.*, p. 70, par. 4.

32 *Ibid.*, p. 69, par. 1.

33 *Report of the International Law Commission cit.*, p. 107, par. 3 e p. 161, par. 3. La prudenza potrebbe essere dettata dal collegamento esistente tra la coercizione (spesso attuata

Diversamente dalle ipotesi di aiuto o assistenza e di direzione e controllo, nel caso della coercizione la condotta posta in essere dall'organizzazione non deve necessariamente violare un obbligo incombente anche sullo Stato al fine di far sorgere la responsabilità di quest'ultimo. Ciò, se da un lato pare giustificato dall'oggettivo disvalore che assume la coercizione nei rapporti internazionali, mette in luce un'ambiguità nella ricostruzione dell'illecito sotteso all'art. 60. Potrebbe in concreto mancare, infatti, una condotta anti-giuridica: se l'organizzazione ha agito per forza maggiore, non è ravvisabile un'illiceità nella costrizione in sé e lo Stato non è titolare dell'obbligo primario violato, allora l'art. 60 sembrerebbe attribuire una responsabilità che non si fonda su un atto illecito³⁴.

In teoria, la coercizione può essere esercitata sia da uno Stato terzo, sia da uno Stato membro dell'organizzazione. In concreto, però, è proprio nei rapporti tra organizzazione e Stati membri che essa sembrerebbe trovare terreno fertile, in virtù dell'utilizzo degli strumenti di pressione economica e politica che questi, soprattutto se particolarmente influenti, possono avere a disposizione grazie alla loro appartenenza all'organizzazione. Uno strumento di notevole pressione potrebbe ad esempio rivelarsi la minaccia di non contribuire alle spese dell'organizzazione qualora questa non dovesse conformarsi alla volontà dello Stato. Il rifiuto degli Stati Uniti (e di Israele) di versare le proprie quote al bilancio dell'UNESCO, pari al 22% del budget dell'organizzazione, a seguito dell'ammissione della Palestina nel 2011 ne è un esempio (sebbene non sufficiente ad integrare una responsabilità ai termini dell'art. 60, non avendo avuto seguito in un atto illecito dell'organizzazione). Tra gli Stati terzi in grado di esercitare una costrizione effettiva vi sarebbero, invece, solo quelli in cui l'organizzazione internazionale ha la propria sede e che siano quindi in grado di esercitare una minaccia concreta sulla stessa; al di fuori di queste circostanze si tratterebbe solo di un'astratta possibilità³⁵.

Infine, la disposizione in esame non contiene alcun riferimento alle norme dell'organizzazione come parametro di valutazione della condotta dello Stato membro, poiché appare molto improbabile che esse possano espressamente giustificare un atto di coercizione³⁶.

con la minaccia della forza) e il divieto d'ingerenza negli affari interni, tradizionalmente volto a tutelare la sovranità degli Stati, e che non sembra pertanto applicabile per analogia alle organizzazioni internazionali.

34 Cfr., in riferimento all'art. 18 ARS, J.D. FRY, *Coercion, Causation, and the Fictional Elements of Indirect State Responsibility*, in *VJTL*, 2007, 630 ss.

35 P.J. KUIJPER, *Introduction cit.*, 25.

36 *Report of the International Law Commission cit.*, p. 161, par. 3.

2.4 Elusione degli obblighi internazionali

La distinta soggettività delle organizzazioni internazionali rispetto a quella degli Stati membri potrebbe essere utilizzata da questi ultimi per aggirare degli obblighi su di essi incombenti. Gli Stati, infatti, potrebbero eludere norme internazionali attraverso l'attribuzione di competenze ad un'organizzazione nelle materie in cui essi si siano precedentemente vincolati ad una certa condotta. Com'è noto, si tratta di un profilo della responsabilità che è stato affrontato soprattutto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha spesso ricevuto ricorsi fondati sulle violazioni delle garanzie offerte dalla CEDU commesse dagli Stati contraenti e in virtù di una condotta che appariva più o meno necessitata dall'appartenenza di questi ad un'organizzazione internazionale. Sin dalla sentenza *Waite e Kennedy*, infatti, la Grande Camera ha avuto modo di affermare che è contrario all'oggetto e allo scopo della Convenzione l'esonero da ogni tipo di responsabilità ai termini della CEDU concesso agli Stati in relazione ad una materia che sia stata attribuita ad un'organizzazione internazionale di cui gli stessi risultino membri³⁷. Questa considerazione ha poi fornito la base su cui la Corte ha costruito la propria giurisprudenza sull'ormai nota teoria della protezione equivalente dal caso *Bosphorus* in poi³⁸.

È evidente che tali pronunce hanno avuto un'influenza di prim'ordine nell'elaborazione dell'art. 61 del Progetto³⁹. Questa disposizione prevede che uno Stato membro di un'organizzazione internazionale sia ritenuto responsabile se, traendo vantaggio dal fatto che questa abbia competenza in relazione ad una materia oggetto di un proprio obbligo internazionale, esso elude tale obbligo facendo commettere all'organizzazione un atto che, qua-

37 Corte europea dei diritti umani, *Waite e Kennedy c. Germania*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 67.

38 Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005, par. 155. Conclusioni in parte analoghe erano già state raggiunte in Commissione europea dei diritti umani, *M. & Co. c. Germania*, ricorso n. 13258/87, decisione del 9 febbraio 1990, p. 52. Per una più diffusa analisi del tema sia consentito il rimando a M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *OC*, 2015, disponibile su www.osservatorioaic.it/la-dottrina-della-protezione-equivalente-nei-rapporti-tra-cedu-e-nazioni-unite-alla-luce-della-prassi-pi-recente-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo.html (visitato il 19 febbraio 2017).

39 G. GAJA, *Fourth report on responsibility of international organizations*, UN Doc. A/CN.4/564 del 28 febbraio, 12 e 20 aprile 2006, p. 117 ss. Si tratta, tra l'altro, di uno dei rari casi in cui la Commissione ha fatto riferimento alla prassi nel commentario alle disposizioni della Parte V del Progetto: *Report of the International Law Commission cit.*, p. 161 ss.

lora commesso dallo Stato, sarebbe risultato illecito. Come chiarito dal commentario⁴⁰, affinché sorga responsabilità dello Stato occorre che siano quindi soddisfatti tre requisiti: deve esserci un trasferimento di competenza in una materia in cui lo Stato abbia assunto obblighi internazionali; deve essere possibile apprezzare un 'collegamento significativo' tra la sua condotta e quella dell'organizzazione, nel senso che quest'ultima deve essere causata dalla prima; infine, la condotta dell'organizzazione, se fosse stata assunta dallo Stato, avrebbe costituito una violazione dell'obbligo eluso.

Tra queste condizioni, l'esistenza di un rapporto di causalità tra le due condotte appare certamente problematica. Difatti, per poter perseguire gli Stati membri che si celano dietro il velo istituzionale, in un chiaro esempio di 'abuso della personalità' dell'organizzazione, è necessario che la condotta statale sia assunta con l'intenzione di non conformarsi ad un obbligo internazionale. In assenza di una chiara indicazione da parte del Progetto, tale condotta potrebbe risultare sia nell'attribuzione di competenza all'organizzazione, ovvero nella sua istituzione, sia nella partecipazione alle procedure di voto per l'approvazione delle 'decisioni operative' dell'organizzazione⁴¹. Ne deriverebbe, pertanto, un generale divieto per gli Stati membri di utilizzare la distinta personalità dell'organizzazione al fine di commettere una violazione dei propri obblighi internazionali. Resta, però, indispensabile riscontrare una volontà elusiva dello Stato, poiché, come precisa il Relatore speciale Gaja, l'intenzione è implicita nell'atto stesso dell'elusione e non potrebbe sorgere responsabilità dello Stato per le conseguenze involontarie della condotta di quest'ultimo⁴².

A tal proposito, tuttavia, ci si potrebbe chiedere se sia sufficiente a configurare una responsabilità statale anche la mera negligenza, ossia l'omessa adozione di misure idonee a prevenire la violazione dell'obbligo. In realtà, sulla base della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo richiamata dalla Commissione⁴³ sembrerebbe potersi ricostruire, almeno in tema di diritti umani, un obbligo di *due diligence* per gli Stati membri di un'organizzazione internazionale affinché questi assicurino il rispetto dei propri obblighi nei confronti dei terzi da parte dell'organizzazione nell'esercizio

40 Ibid., p. 163, par. 6-8.

41 J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 126-127. Per P.J. KUIPERS, *Introduction cit.*, 28-29, affinché vi sia elusione ai termini dell'art. 61 AROI, occorre che l'organizzazione agisca nelle sue capacità operative e non semplicemente adottando decisioni vincolanti per gli Stati membri: ciò renderebbe il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo mal posto.

42 *Report of the International Law Commission*, cit., p. 161, par. 2.

43 Ibid., 161-163.

delle competenze ad essa trasferite⁴⁴. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, in questi casi la tutela dei terzi imporrebbe allo Stato di 'vegliare'⁴⁵ sull'organizzazione stessa affinché sia comunque assicurato l'obbligo da essi precedentemente assunto. Più in particolare, tale obbligo potrebbe essere violato nell'atto stesso del trasferimento di competenze all'organizzazione, e prescindendo da qualsiasi ulteriore misura nazionale di esecuzione, qualora gli Stati membri non abbiano dotato quest'ultima di meccanismi idonei di tutela sostanziale e processuale dei diritti fondamentali, creando così 'lacune strutturali' nel sistema di garanzie interno all'organizzazione internazionale⁴⁶. Nel caso, invece, di 'decisioni particolari' adottate dall'organizzazione, la responsabilità degli Stati resterebbe condizionata all'esistenza di un atto nazionale di esecuzione o, più in generale, di una specifica condotta commissiva o omissiva delle autorità statali⁴⁷. Occorre comunque notare come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo tenda ad estendere notevolmente i margini di intervento statali sulle azioni dell'organizzazione che si assumono lesive dei diritti umani, ampliando, di conseguenza, la possibilità di accertare una responsabilità degli Stati membri⁴⁸.

Similmente, il Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali ha in più occasioni affermato che la partecipazione degli Stati alle organizzazioni internazionali deve svolgersi in conformità ai diritti umani e che

44 Così C. RYNGAERT, H. BUCHANAN, *Member State Responsibility for the Acts of International Organizations*, in *ULR*, 2011, 144; P. KLEIN, *The Attribution of Acts to International Organizations*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 310 ss.; P. SANDS, P. KLEIN, *Bowett's Law of International Institutions*, Londra 2009, 530.

45 Corte europea dei diritti umani, *Gasparini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03, sentenza del 12 maggio 2009, p. 6.

46 Ibid., p. 7. E. REBASTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati per trasferimento di poteri ad un'organizzazione internazionale: la decisione nel caso Gasparini*, in *RDI*, 2010, 65.

47 Corte europea dei diritti umani, *Gasparini*, cit., p. 7; *Boivin c. Francia e Belgio e altri 32 Stati membri del Consiglio d'Europa*, ricorso n. 73250/01, decisione del 9 settembre 2008, p. 7. Si veda anche, da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klausecker c. Germania*, ricorso n. 415/07, decisione del 6 gennaio 2015, par. 92-107.

48 Corte europea dei diritti umani, decisione del 20 gennaio 2009, ricorso n. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Paesi Bassi*, in cui la Corte ha ritenuto il rinvio operato da un giudice nazionale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sufficiente per poter valutare un'eventuale responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 6 CEDU per l'impossibilità del ricorrente di presentare memorie scritte in risposta alle conclusioni dell'Avvocato generale nel corso del procedimento pregiudiziale.

questi devono essere presi in dovuta considerazione nell'esercizio delle loro prerogative come membri dell'organizzazione⁴⁹.

Sebbene un obbligo di vigilanza sia stato previsto a livello convenzionale anche in ambiti diversi da quelli della tutela dei diritti umani, come dall'art. 139 (3) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁵⁰, l'esistenza nel diritto consuetudinario di un obbligo generale di *due diligence* così come descritto appare dubbia⁵¹. Da qui la prudenza della Commissione di diritto internazionale nell'elaborazione dell'art. 61 del Progetto.

Quanto agli atti attraverso cui gli Stati possono trarre vantaggio dalla loro appartenenza all'organizzazione, questi possono in concreto consistere anche nell'assistenza, nel controllo o nella costrizione dell'ente. Lo stesso Relatore speciale fa notare la possibilità di una sovrapposizione tra le ipotesi di cui agli artt. 58-60 e quella dell'art. 61, che determinerebbe una pluralità di basi giuridiche per l'attribuzione della responsabilità allo Stato⁵². A ben vedere, però, la condotta elusiva degli Stati trova la sua ragion d'essere nella possibilità di far compiere ad un soggetto, terzo rispetto all'obbligo che si intende aggirare, un atto che non risulti formalmente in violazione di una norma internazionale. La specificità dell'elusione, come ricostruita nel Progetto, risulta, infatti, nella possibilità che l'atto compiuto dall'organizzazione, a differenza di casi già esaminati, non integri un illecito per quest'ultima (art. 61, par. 2).

3. Condotta illecita di un'organizzazione internazionale e responsabilità degli Stati membri: osservazioni de iure condendo

Come già accennato, tutti i casi di responsabilità dello Stato in connessione con la condotta di un'organizzazione internazionale presuppongono

49 *Inter alia*, Comitato ONU per i diritti economici, sociali e culturali, General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9), UN Doc. E/C.12/GC/19 del 4 febbraio 2008; *Guidelines on Treaty-Specific Documents to be Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/2008/2 del 24 marzo 2009, Annex, par. 3 (c). Si veda A. S. BARROS, *Member States and the International Legal (Dis)order: Accounting for the Notion of Responsible Governance*, in *IOLR*, 2015, 333.

50 «*States Parties that are members of international organizations shall take appropriate measures to ensure the implementation of this article with respect to such organizations*».

51 J. D'ASPREMONT, *Abuse of Legal Personality* cit., 99; P. KLEIN, *The Attribution* cit., 312.; C. RYNGAERT, *The European Court of Human Rights' Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations*, in *ICLQ*, 2011, 997.

52 *Report of the International Law Commission*, cit., 163, par. 10.

un'attività da parte dello Stato volta a qualificare la sua posizione rispetto ai terzi e a legittimare, quindi, un diritto di riparazione dei soggetti lesi. In linea di principio, l'autonoma personalità dell'organizzazione internazionale osterebbe, invece, al configurarsi di una responsabilità in capo agli Stati membri per fatti attribuibili esclusivamente all'organizzazione stessa. Detto altrimenti, la mera appartenenza ad un'organizzazione internazionale non comporterebbe, di per sé, responsabilità degli Stati per illeciti propri dell'organizzazione. In questo senso si esprime chiaramente il Relatore speciale Gaja nel commentario al Progetto⁵³, nonché la risoluzione adottata sul tema dall'*Institut de droit international* nel 1995⁵⁴.

Tuttavia, il Progetto, all'art. 62, ammette due casi in cui l'illecito dell'organizzazione internazionale fa eccezionalmente sorgere responsabilità dei membri. In particolare, esso contempla l'ipotesi in cui lo Stato abbia accettato la responsabilità nei confronti della parte lesa dall'illecito dell'organizzazione oppure abbia indotto la stessa a fare affidamento sulla propria responsabilità.

Quanto all'accettazione, si tratta di un'ipotesi affine a quella già prevista dall'art. 11 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e pare possa farsi rientrare fra i criteri generali di attribuzione dell'illecito⁵⁵. Essa è intesa dalla Commissione in maniera piuttosto ampia, potendo essere espressa o implicita e manifestarsi sia prima che dopo il perfezionarsi della condotta illecita dell'organizzazione⁵⁶. È importante, però, che l'accettazione produca effetti giuridici nei confronti dei soggetti lesi dall'illecito e che sia, quindi, manifestata nei loro confronti⁵⁷. In altri termini, deve trattarsi di una manifestazione di volontà che non sia diretta a regolare i rapporti interni tra Stati membri e organizzazione circa la ripartizione delle conseguenze dell'illecito, ma che sia invece indirizzata a soggetti terzi. Così, ad esempio, non creano obblighi internazionali per gli Stati membri gli accordi conclusi dall'UE ex art. 216 TFUE⁵⁸ e i cd. accordi sullo stato delle forze (*status of forces*

53 Ibid., p. 164, par. 2.

54 «[...] there is no rule of international law whereby States members are, due solely to their membership, liable, concurrently or subsidiarily, for the obligation of an international organization of which they are members» (Art. 6, lett. a), in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1996, vol. 2, 449.

55 J. CRAWFORD, *State Responsibility* cit., 428.

56 *Report of the International Law Commission*, cit., 165, par. 6. L'art. 11 del Progetto del 2001 richiede, invece, che l'accettazione sia manifestata *ex post facto*.

57 Ibid, par. 7.

58 Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1994:305, par. 25

agreements)⁵⁹. Ciò premesso, nulla esclude che gli Stati possano accettare la propria responsabilità per la condotta dell'organizzazione nell'atto istitutivo della stessa⁶⁰ o attraverso specifiche disposizioni convenzionali⁶¹.

Lo Stato membro può, inoltre, generare con la propria condotta una ragionevole aspettativa nei terzi circa la possibilità di farsi carico delle conseguenze dell'illecito commesso dall'organizzazione. In questo caso l'attribuzione della responsabilità viene ricondotta al principio dell'*estoppel*⁶². Il commentario, tuttavia, non offre una chiara indicazione dei fattori che possono creare un legittimo affidamento dei soggetti lesi. Secondo il Relatore speciale, esso può sorgere in base alle circostanze di fatto esistenti e anche in mancanza di una chiara indicazione da parte dello Stato a impegnarsi nei confronti dei terzi, non essendo l'affidamento assimilabile ad un'accettazione implicita della responsabilità⁶³. A tal proposito, può farsi l'esempio di un'organizzazione che abbia un numero molto esiguo di membri o del costante supporto finanziario da questi offerto all'organizzazione internazionale⁶⁴.

Ad ogni modo, la responsabilità che può eventualmente sorgere in capo allo Stato membro non esclude quella dell'organizzazione, che continua a rispondere per la propria condotta illecita nei confronti dei soggetti lesi⁶⁵. Il regime di responsabilità che si instaura, secondo l'art. 62, par. 2 è, infatti, da presumersi sussidiario, nel senso che, in assenza di chiare indicazioni che facciano deporre per una responsabilità di tipo solidale nel caso concreto, la parte lesa dall'illecito dell'organizzazione potrà rivolgersi allo Stato membro solo dopo aver inutilmente tentato di far valere la responsabilità di quest'ultima⁶⁶.

59 J.M. CORTÉS MARTÍN, *The Responsibility of Members Due to Wrongful Acts of International Organizations*, in *CJIL*, 2013, 711.

60 *Report of the International Law Commission*, cit., p. 165, par. 7.

61 Come, ad esempio, l'art. XXII, par. 3 della Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni cagionati da oggetti spaziali del 1972.

62 C. RYNGAERT, H. BUCHANAN, *Member State Responsibility* cit., 144; A. STUMER, *Liability of Member States for Acts of International Organization: Reconsidering the Policy Objections*, in *HILJ*, 2007, 563. Sulla dottrina dell'*estoppel* si veda, in generale, J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford 2012, 420 ss.

63 *Report of the International Law Commission*, cit., p. 166, par. 10.

64 Tribunale arbitrale della Camera di commercio internazionale, decisione del 21 luglio 1991, *Westland Helicopters c. AOI*, par. 56.

65 *Report of the International Law Commission*, cit., p. 166, par. 13.

66 Un chiaro esempio di responsabilità degli Stati membri in solido con quella dell'organizzazione internazionale è quella prevista della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (art. 139, par. 2 e art. 6, par. 2, Allegato IX).

Al di là delle indicazioni contenute nel Progetto è estremamente difficile tracciare un regime consuetudinario di responsabilità dello Stato in virtù della mera appartenenza ad un'organizzazione internazionale. Gli unici riferimenti giurisprudenziali sono costituiti dalle decisioni relative al fallimento del Consiglio internazionale dello stagno e al caso *Westland*, peraltro interpretabili in maniera non univoca⁶⁷. Quanto alla prassi convenzionale, invece, ad alcuni accordi istitutivi che prevedono espressamente l'irresponsabilità dei membri dell'organizzazione per fatti ascrivibili esclusivamente alla stessa⁶⁸, si contrappongono pochi altri che instaurano un regime di responsabilità solidale o sussidiaria⁶⁹. In ogni caso, i trattati istitutivi, così come le altre regole dell'organizzazione, vanno intesi come *res inter alios acta* e non sono, pertanto, opponibili ai terzi (non membri) lesi da un eventuale illecito dell'organizzazione internazionale⁷⁰.

La dottrina, sebbene non in maniera unanime⁷¹, propende per l'esclusione della responsabilità degli Stati membri, facendo essenzialmente leva sulla distinta personalità dell'organizzazione internazionale, nonché su considerazioni di *policy*⁷². Si ritiene, infatti, che qualora l'appartenenza ad un'organizzazione dovesse essere fonte di responsabilità per gli Stati membri, questi potrebbero intervenire massicciamente nella vita dell'ente, privando quest'ultimo di una propria *volonté distincte* e compromettendo, in prospet-

67 R. SADURSKA, C.M. CHINKIN, *The Collapse of the International Tin Council: a Case of State Responsibility?*, in *VJIL*, 1990, 845.

68 Disposizioni del genere si rinvencono soprattutto negli accordi istitutivi di istituti finanziari internazionali, come quello dell'IFAD (art. 3, sez. 3), della BIRS (art. II, sez. 6) o della BERS (art. 5, par. 7).

69 Trattato sui principi che governano le attività degli Stati nell'esplorazione e utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, inclusi la Luna e gli altri corpi celesti del 1967, art. VI; Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali del 1972, art. XXII, par. 3; Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, art. 139, par. 2 e art. 6, par. 2, Allegato IX.

70 Per questo motivo non è condivisibile la posizione a tal proposito assunta dall'*Institut de droit international* nella già citata risoluzione del 1995, secondo cui la questione della responsabilità dei membri di un'organizzazione internazionale è anzitutto determinata in riferimento alle regole dell'organizzazione stessa (Art. 5, lett. a), in *AIDI*, 1996, vol. 2, 448).

71 Si vedano, in particolare, le posizioni espresse da S. YEE, *The Responsibility of States Members of an International Organization for its Conduct as a Result of Membership or their Normal Conduct Associated with Membership*, in *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (a cura di M. Ragazzi), Leiden 2005, 435, e I., BROWNIE, *The Responsibility of States for the Acts of International Organizations*, ibid., p. 355.

72 Per una ricostruzione, J.M. CORTÉS MARTÍN, *The Responsibility cit.*, p. 698 ss.

tiva, l'evoluzione della cooperazione internazionale.

In realtà, l'unico dato che può certamente trarsi dalla personalità dell'organizzazione è la titolarità di diritti e obblighi internazionali, nonché la conseguente responsabilità in caso di illeciti. Dedurne anche il carattere esclusivo di tale responsabilità non è altrettanto indubbio. Se è vero che manca una norma che espressamente attribuisca una responsabilità agli Stati in virtù della loro mera appartenenza ad un'organizzazione internazionale, occorre anche sottolineare che negli ordinamenti interni il regime di responsabilità limitata assume un carattere d'eccezione, è giustificato per ragioni prevalentemente economiche e ad esso si accompagnano necessarie garanzie per i soggetti potenzialmente lesi. Nel caso in esame, invece, tale regime finisce con l'avere carattere generale, con un parallelo e netto peggioramento della posizione dei terzi. Accogliere nell'ordinamento internazionale un'eventuale responsabilità solidale dei membri non implicherebbe, d'altra parte, negare la soggettività delle organizzazioni. Queste resterebbero pur sempre titolari di diritti e obblighi propri, cui sarebbero tenute in via principale a garantirne l'osservanza; tuttavia, gli Stati membri potrebbero essere chiamati a rispondere in via sussidiaria qualora la parte lesa dall'illecito non abbia altre possibili alternative per esercitare il proprio diritto alla riparazione. Del resto, come per espressa previsione della Commissione di diritto internazionale, i due Progetti sulla responsabilità – e i regimi giuridici generali cui essi fanno riferimento – non si escludono a vicenda ma, al contrario, tendono ad integrarsi⁷³.

Quanto alle considerazioni metagiuridiche che potrebbero frenare il riconoscimento di una responsabilità degli Stati membri, pare che esse siano in parte sopravvalutate⁷⁴. Difatti, questa eventualità potrebbe spingere, al contrario, verso l'istituzione di meccanismi di *accountability* dell'organizzazione che, se in grado di garantire una sede di accertamento effettivo della responsabilità, precluderebbero ai terzi il ricorso agli Stati membri, la cui posizione non va quindi intesa come un possibile strumento di appello. In ogni caso, l'interesse che l'ordinamento internazionale dovrebbe riservare alla tutela delle parti danneggiate da un illecito, soprattutto se questo si traduce in una compressione dei diritti dei singoli, dovrebbe essere almeno pari (ma auspicabilmente superiore) a quello dedicato alla salvaguardia dell'autonomia delle organizzazioni, tenuto anche conto che un chiaro deficit di responsabilizzazione delle stesse si traduce, inevitabilmente, in una delegittimazione delle loro attività.

73 Cfr. la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 63 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato e il relativo commentario in *Report of the International Law Commission*, cit., 167-168.

74 A. STUMER, *Liability cit.*, 570 ss.

FEDERICA FAVUZZA

Responsabilità per violazioni dei diritti umani derivanti dalla cooperazione tra organizzazioni internazionali: spunti di riflessione in materia di attribuzione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità delle organizzazioni internazionali per violazioni dei diritti umani. – 3. Alcuni esempi di *partnership* fra organizzazioni internazionali. – 4. Questioni di attribuzione: verso il superamento del concetto di responsabilità indipendente ed esclusiva? 4.1. Attribuzione della condotta. 4.2. Attribuzione della responsabilità. – 5. Il ruolo degli atti istitutivi delle *partnership*. – 6. Considerazioni conclusive.

«Our understanding of the law of international organizations does not run very deep. This lack of understanding is surprising, as international organizations have on most accounts been around for some 150 to 200 years»¹.

1. Introduzione

Sebbene il diritto internazionale tenda, come ogni altro ordinamento giuridico, a riflettere i mutamenti intervenuti nell'ambito della società di riferimento, non si può non notare come esso stenti, talvolta, a tenere il passo con una società in costante evoluzione. Quello della responsabilità delle organizzazioni internazionali è uno degli ambiti in cui tali difficoltà sono più evidenti, specialmente alla luce dell'importanza recentemente assunta da alcune particolari forme di cooperazione (o '*partnership*') tra organizzazioni

1 J. KLABBERS, *The Transformation of International Organizations Law*, in *EJIL*, 2015, 9-10.

internazionali, le quali tendono a collaborare in un numero sempre crescente di settori allo scopo di perseguire obiettivi comuni e ridurre eventuali inefficienze nell'allocazione delle risorse².

Tali forme di cooperazione tra organizzazioni internazionali, pur nella loro innegabile diversità, condividono il dato di essere intraprese da due o più organizzazioni allo scopo di perseguire obiettivi comuni. Siffatte *partnership* possono prefiggersi un'ampia gamma di scopi ed occuparsi di molteplici attività. Occorre però evidenziare che, nonostante la citata diversità, le *partnership* tra organizzazioni internazionali possono sollevare interessanti quesiti in materia di responsabilità. È in particolare possibile che, nel porre in essere determinate operazioni o nell'assumere decisioni suscettibili di influire sulla vita degli individui, le condotte di tali peculiari forme di cooperazione finiscano per avere serie conseguenze sul grado di tutela dei diritti umani. In tal senso, sebbene non si possa negare che la cooperazione fra organizzazioni internazionali conduca, il più delle volte, a risultati apprezzabili, è nondimeno possibile che le loro attività, o la loro condotta omissiva, configurino una violazione delle norme internazionali in materia di diritti umani.

Il presente lavoro intende interrogarsi sull'adequatezza delle attuali norme internazionali in materia di responsabilità ai fini della valutazione di eventuali violazioni dei diritti umani derivanti dalla cooperazione tra organizzazioni internazionali e sulla possibilità che tali norme forniscano una risposta ai quesiti sollevati da tale nuovo fenomeno. Dopo un breve accenno alla questione, tuttora controversa, della responsabilità delle organizzazioni internazionali per violazioni dei diritti umani, l'analisi si soffermerà sui profili di attribuzione della condotta e della responsabilità internazionale nei casi in cui due o più organizzazioni internazionali si trovino a collaborare. La ricerca non si soffermerà, invece, su una serie di altri aspetti, seppure di primaria importanza, quali le conseguenze giuridiche dell'atto internazionalmente illecito, l'immunità delle organizzazioni internazionali e qualsiasi questione attinente alla responsabilità degli Stati membri. In altri termini, ci si limiterà a fornire alcuni spunti di riflessione sull'adequatezza del regime generale di responsabilità internazionale applicabile alle *partnership* fra organizzazioni internazionali limitatamente ai profili di attribuzione. A tal

2 Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *United in joy and sorrow: some considerations on responsibility issues under partnerships among international financial institutions*, in *Responsibility of International Organizations* (a cura di M. Ragazzi), Leiden-Boston 2013, 213. Per la definizione di tale termine nel presente ambito di indagine, si vedano L. BOISSON DE CHAZOURNES, A. NOLLKAEMPER, *Partnerships Between International Institutions and Issues of (Shared) Responsibility*, in *IOLR*, 2016, 4-7; N. BLOKKER, *On the Nature and Future of Partnerships in the Practice of International Organizations*, in *IOLR*, 2016, 22-23.

fine, si farà riferimento al Progetto di articoli del 2011 sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali predisposto dalla Commissione del diritto internazionale, sebbene la questione della corrispondenza di tali articoli al diritto internazionale consuetudinario sia (a dir poco) controversa³.

2. Responsabilità delle organizzazioni internazionali per violazioni dei diritti umani

La responsabilità delle organizzazioni internazionali⁴ per gli illeciti ad esse imputabili è, ad oggi, generalmente riconosciuta⁵. Tuttora controversa è, invece, la possibilità che le organizzazioni internazionali possano violare le norme internazionali in materia di diritti umani.

3 Si veda, *ex multis*: R. LECKOW, E. PLITH, *Codification, Progressive Development or Innovation? Some Reflections on the ILC Articles on the Responsibility of International Organizations*, in *Responsibility of International Organizations* cit., 225.

4 Ai sensi dell'art. 1 del Progetto di articoli del 2011 sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, la locuzione 'organizzazione internazionale' designa «un'organizzazione stabilita da un trattato o da un altro strumento disciplinato dal diritto internazionale e dotata di una propria personalità giuridica internazionale» (traduzione a cura dell'autore). In altri termini, tale locuzione indica un ente dotato di organi propri e di una propria personalità giuridica internazionale. Cfr. A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Milano 2015, 316. È d'altronde logico ritenere che, affinché si possa accertare la responsabilità internazionale di un'organizzazione e non, invece, limitarsi ad attribuire eventuali condotte lesive ai soggetti membri, è necessario che l'organizzazione in questione sia dotata di una «personalità giuridica distinta dagli Stati o dagli altri soggetti membri». P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto delle organizzazioni internazionali* (a cura di A. Del Vecchio), Napoli 2012, 317.

5 Si vedano, *ex multis*: A. DI BLASE, *Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU*, in *RDI*, 1974, 250; M. HIRSCH, *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht 1995; *Research handbook on the law of international organizations* (a cura di J. Klabbers, A. Wallendahl), Cheltenham-Northampton 2011; P. PALCHETTI, *The allocation of responsibility for internationally wrongful acts committed in the course of multinational operations*, in *IRRC*, 2013, 727; P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali* cit.; D. SAROOSHI, *International Organizations: Personality, Immunities, Responsibility, and Remedies*, in *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales/Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations* (a cura di D. Sarooshi), The Hague 2014, 1. Per la giurisprudenza internazionale rilevante in materia, si vedano, *inter alia*: CIG, *Certain Expenses of the United Nations*, parere consultivo del 20 luglio 1962; CIG, *Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, parere consultivo del 29 aprile 1999.

Ai sensi dell'art. 4 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali predisposto dalla Commissione del diritto internazionale,

sussiste un atto internazionalmente illecito di un'organizzazione internazionale quando un comportamento consistente in un'azione o in un'omissione: a) può essere attribuito all'organizzazione internazionale ai sensi del diritto internazionale; e b) costituisce una violazione di un obbligo internazionale di detta organizzazione⁶.

In altri termini, la sussistenza della responsabilità internazionale di un'organizzazione per eventuali violazioni dei diritti umani presuppone, generalmente⁷, tanto l'attribuzione all'organizzazione di una determinata azione o omissione (elemento soggettivo del fatto illecito) quanto la circostanza che tale azione o omissione violi un obbligo internazionale dell'organizzazione stessa (elemento oggettivo). Ai fini dell'accertamento della responsabilità di un'organizzazione per violazioni dei diritti umani, si pone, in particolare, il problema di stabilire quali siano le norme internazionali in materia di diritti umani vincolanti per le organizzazioni internazionali.

Per quanto riguarda le norme convenzionali in materia di diritti umani, si ritiene che siano da respingere le teorie che riconducono all'organizzazione internazionale gli stessi obblighi convenzionali vincolanti gli Stati membri o che ipotizzano una sorta di successione dell'organizzazione nei trattati di cui siano parti gli Stati membri⁸. Sarebbero senz'altro vincolanti, invece, i trattati di cui le organizzazioni stesse siano parti. Occorre però rilevare che, da una parte, ben pochi trattati in materia di diritti umani ammettono la partecipazione delle organizzazioni internazionali⁹ e, dall'altra, la possibilità

6 Traduzione in lingua italiana a cura di R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino 2016, p. 428. Tutte le traduzioni in lingua italiana utilizzate nel presente contributo sono tratte dal medesimo Codice.

7 Come si avrà modo di sottolineare, è anche possibile che un'organizzazione internazionale sia internazionalmente responsabile per la condotta lesiva di uno Stato o di un'altra organizzazione internazionale. *Infra*, par. 4.2.

8 Per la puntuale critica di tali teorie, si rinvia a: G. LE FLOCH, *Responsibility for Human Rights Violations by International Organizations*, in *Evolutions in the Law of International Organizations* (a cura di R. Virzo, I. Ingravallo), Leiden-Boston 2015, 389-391.

9 Fra le eccezioni, si pensi alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, la quale ammette la partecipazione di "organizzazioni di integrazione regionale" ed è difatti stata ratificata anche dall'Unione europea, o alla possibilità, ampiamente trattata in dottrina, che l'Unione europea aderisca alla Convenzione europea dei diritti umani in seguito alla modifica apportata tanto al TUE quanto alla Convenzione stessa (art. 59 par. 2).

di apportare delle modifiche in tal senso appare, nei fatti, difficilmente praticabile o auspicabile¹⁰. Rimane, naturalmente, la possibilità che il trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale imponga all'organizzazione stessa degli obblighi di rispetto dei diritti umani. Tuttavia, a parte il caso della Carta delle Nazioni Unite – i cui artt. 1 par. 3 e 55 obbligano, peraltro genericamente, l'organizzazione al rispetto dei diritti umani¹¹ – e pochi altri casi simili¹², allo stato attuale nessun trattato istitutivo vincola un'organizzazione al rispetto di specifici trattati sui diritti umani¹³.

Per quanto riguarda le norme consuetudinarie, la dottrina prevalente ritiene che esse siano obbligatorie anche per le organizzazioni internazionali¹⁴. Non ci si può però esimere dal notare come l'identificazione di norme consuetudinarie in materia di diritti umani appaia particolarmente complessa, in

10 Taluni paragonano addirittura tale ipotesi all'apertura del vaso di Pandora, poiché potrebbe fornire agli Stati un appiglio per rinegoziare per intero i trattati sui diritti umani. Si veda: G. LE FLOCH, *Responsibility for Human Rights Violations cit.*, 388.

11 Ai sensi dell'art. 1 par. 3 della Carta, uno degli scopi dell'Organizzazione delle Nazioni Unite è quello di promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti senza alcuna distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione. L'art. 55 prevede inoltre che, al fine di creare le condizioni di stabilità e benessere necessarie allo sviluppo di rapporti pacifici e amichevoli fra le nazioni, basati sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuovano, fra l'altro, il rispetto e l'osservanza universali dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti, senza alcuna distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione. È proprio su tale generico obiettivo di promozione del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali che sembra essersi basata la Corte internazionale di giustizia laddove ha affermato che «[i]t would [...] hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them». CIG, *Effects of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, parere consultivo del 13 luglio 1954, p. 14.

12 Si pensi all'art. 2 par. 1 della Costituzione della *International Criminal Police Organization-INTERPOL*, il quale fa espresso riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti umani.

13 Cfr. G. LE FLOCH, *Responsibility for Human Rights Violations cit.*, 384-5.

14 Si vedano, fra gli altri: *ivi*, 393; T.H. IRMSCHER, *The Legal Framework for the Activities of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo: The Charter, Human Rights, and the Law of Occupation*, in *GYIL*, 2001, 369; G. PORRETTO, S. VITÉ, *The application of international humanitarian law and human rights law to international organisations*, Research Paper Series No. 1, Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006, 45. Per una accurata ricostruzione delle tesi avanzate dalla dottrina in materia, si rinvia a: G. LE FLOCH, *Responsibility for Human Rights Violations cit.*, 391-396.

ragione della frequente prassi contraria di alcuni Stati¹⁵. Per ovviare a tale problema, taluni ritengono che i diritti umani siano piuttosto qualificabili come principi generali di diritto e che, in quanto tali, essi siano vincolanti per tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale, indipendentemente dalla sussistenza di una prassi contraria degli Stati¹⁶. Ad avviso di chi scrive, è ragionevole sostenere l'esistenza di (almeno) un nucleo essenziale di norme consuetudinarie in materia di diritti umani, corrispondente, in linea di massima, ai diritti sanciti nella Dichiarazione universale dei diritti umani¹⁷. Ad ogni modo, come sottolineato dalla Corte internazionale di giustizia, «*whereas a State possesses the totality of international rights and duties recognized by international law, the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or*

15 Ai fini dell'identificazione di una norma di diritto consuetudinario, la Commissione del diritto internazionale nota che «*it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law*», pur ammettendo che, in determinati casi, «*the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law*». Ad ogni modo, la stessa Commissione chiarisce che «*forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct 'on the ground'; legislative and administrative acts; and decisions of national courts*». Commissione del diritto internazionale, *Identification of customary international law: Text of the draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee*, 14 luglio 2015, Draft conclusions 4 and 6, disponibile presso: legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.869 (consultato il 5 febbraio 2017).

16 Si veda: O. DE SCHUTTER, *Human Rights and the Rise of International Organizations: the Logic of Sliding Scales in the Law of International responsibility*, in *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations* (a cura di J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt), Antwerp 2011, 73-4.

17 Una indagine accurata circa la corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario della Dichiarazione universale dei diritti umani, così come dei principali trattati internazionali sui diritti umani, esula dallo scopo del presente lavoro. Basti qui rilevare come la Dichiarazione universale sia stata più volte richiamata nella giurisprudenza di tribunali nazionali e internazionali o come da essa traggano ispirazione innumerevoli trattati in materia di diritti umani. Si vedano, *ex multis*, H. HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, in *GJICL*, 1995-1996, 287; P. TAVERNIER, *La Déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles 2000, 859 ss.; L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi* (a cura di L. Pineschi), Milano 2006, 75.

implied in its constituent documents and developed in practice»¹⁸. Ciascuna organizzazione internazionale sarà dunque vincolata soltanto dalle norme sui diritti umani che siano applicabili alla luce degli scopi e delle funzioni dell'organizzazione stessa¹⁹. Sebbene la questione non rilevi, in linea di principio, per le Nazioni Unite, le quali godono evidentemente di competenze molto più ampie di altre organizzazioni, specialmente ove si trovino ad amministrare territori, è innegabile che essa debba porsi in relazione ad altre organizzazioni internazionali e che possa essere risolta soltanto sulla base di un'indagine svolta caso per caso²⁰.

3. Alcuni esempi di *partnership* fra organizzazioni internazionali

Uno dei settori in cui la cooperazione fra organizzazioni internazionali assume particolare rilievo è quello del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale: non di rado, infatti, operazioni di pace sono condotte da due o più organizzazioni congiuntamente²¹. Si pensi, *inter alia*, al caso di UNAMID, la missione ibrida delle Nazioni Unite e dell'Unione africana in Darfur, creata nel 2007 sulla base della risoluzione n. 1769 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite²² e del Comunicato della 79^a sessione del Consiglio di pace e sicurezza dell'Unione africana²³ allo scopo di proteggere la popolazione civile, contribuire alla promozione dei diritti umani e dello stato di diritto, monitorare e verificare l'attuazione degli accordi, e così via. Come stabilito nello *Status of Forces Agreement* fra Nazioni Unite,

18 CIG, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, parere consultivo dell'11 aprile 1949, p. 180.

19 Cfr. G. LE FLOCH, *Responsibility for Human Rights Violations cit.*, 393.

20 Sulle istituzioni finanziarie internazionali, quali Fondo monetario internazionale e Banca mondiale, si veda, *inter alia*: A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, 144.

21 Per quanto riguarda, ad esempio, la prassi delle Nazioni Unite in materia, si veda: K. GRENFELL, *Partnerships in UN Peacekeeping*, in *IOLR*, 2016, 55. Per quanto riguarda la prassi della NATO, si veda: M. ZWANENBURG, *What's in a Word? 'Partnerships' between NATO and Other International Institutions and Some Issues of Shared Responsibility*, in *IOLR*, 2016, 100.

22 Consiglio di sicurezza, risoluzione n. 1769 del 31 luglio 2007. Il mandato di UNAMID è stato recentemente rinnovato mediante la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 2296 del 29 giugno 2016.

23 Consiglio di Pace e Sicurezza dell'Unione africana, *Communiqué of the 79th Meeting (Communiqué on the Situation in Darfur)*, PSC/PR/Comm(LXXIX) del 22 giugno 2007.

Unione africana e governo del Sudan, la missione è composta da (a) un Rappresentante speciale nominato di comune accordo dal Segretario generale delle Nazioni Unite e dal Presidente della Commissione dell'Unione africana, (b) una componente civile formata da funzionari delle Nazioni Unite e dell'Unione africana ed altri individui eventualmente inviati da una delle due organizzazioni o dagli Stati parti della missione e (c) una componente militare formata da personale civile e militare reso disponibile dagli Stati parti della missione²⁴.

Occorre tuttavia notare come la cooperazione tra organizzazioni internazionali interessi anche una serie di altri ambiti di attività²⁵. Di particolare interesse è, ad esempio, la collaborazione nel settore della cooperazione economica e finanziaria. Al riguardo, vale la pena di citare la c.d. Troika, composta dal Fondo monetario internazionale, dalla Commissione europea e dalla Banca centrale europea. È nell'ambito di tale peculiare forma di cooperazione che, in relazione ai Paesi che hanno adottato l'euro come moneta unica, si svolgono i negoziati fra prestatori istituzionali e governi degli Stati destinatari dei prestiti e che, in seguito, si sorveglia l'attuazione dei programmi di aggiustamento concordati²⁶. Di primaria importanza è poi la cooperazione fra organizzazioni internazionali nel settore dell'assistenza umanitaria²⁷. Si pensi al caso della *Global Ebola Response Coalition* (GERC), coalizione di organizzazioni internazionali ed altri soggetti (tra i quali, ad esempio, la Federazione internazionale delle Società della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa) creata dal Segretario generale delle Nazioni Unite nel 2014²⁸. Fra le funzioni della GERC, vi sono quelle di coordinare le pri-

24 Si veda altresì: *Report of the UN Secretary-General and the Chairperson of the African Union Commission*, S/2007/307/Rev.1, 5 June 2007, disponibile presso: www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2007/307/rev.1 (consultato il 5 febbraio 2017).

25 Per alcuni esempi di cooperazione fra organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali ed altri soggetti, si rinvia a: N. BLOKKER, *On the Nature and Future of Partnerships* cit., 23-31.

26 Cfr. G. ADINOLFI, *Aggiustamento economico e tutela dei diritti umani: un conflitto inesistente per le istituzioni finanziarie internazionali?*, in *DUDI*, 2014, 319; J. PISANI-FERRY, A. SAPIR, G.B. WOLFF, *EU-IMF assistance to euro-area countries: an early assessment*, Bruegel Blueprint Series, 2013, 20, disponibile su bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/1869_Blueprint_XIX_-_web_.pdf (consultato il 5 febbraio 2017).

27 Si veda, *ex multis*, G. SIERVO, *Actors, Activities, and Coordination in Emergencies*, in *International Disaster Response Law* (a cura di A. De Guttry, M. Gestri, G. Venturini), The Hague 2012, 485.

28 La GERC definisce se stessa come «*a committed group of organisations who are collectively playing a huge role in the global response to the Ebola outbreak*». Si veda: ebola-response.un.org/global-ebola-response-coalition (consultato il 5 febbraio 2017).

orità delle azioni intraprese in risposta all'epidemia del virus ebola, assicurare la coerenza delle operazioni rispetto alla strategia e ai principi fissati ed individuare le risorse necessarie. Sebbene la partecipazione a tale coalizione sia di natura informale, vale comunque la pena di notare come fra i *partner* più recenti figurino l'Unione africana, l'Unione europea, il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP), la Banca mondiale e l'Organizzazione mondiale della sanità²⁹.

Ai fini del presente lavoro, occorre senz'altro tenere a mente la distinzione fra le *partnership* informali, come la citata GERC, e le *partnership* tra organizzazioni internazionali stabilite da appositi atti (trattati, risoluzioni e così via), come la citata operazione UNAMID. È a quest'ultima categoria che si farà qui riferimento.

4. Questioni di attribuzione: verso il superamento del concetto di responsabilità indipendente ed esclusiva?

Analogamente a quanto riscontrabile in relazione alla responsabilità internazionale degli Stati, la responsabilità delle organizzazioni internazionali si fonda generalmente³⁰ sul concetto di responsabilità indipendente³¹, così che ciascun attore sia responsabile «per la propria condotta e per i propri illeciti»³²; in tal senso, ciascun soggetto di diritto internazionale, si tratti di uno Stato o di un'organizzazione internazionale, è normalmente ritenuto responsabile per le condotte che siano ad esso attribuibili e che ingenerino la sua responsabilità internazionale³³. Il concetto di responsabilità indipendente è strettamente connesso a quello di responsabilità esclusiva, in base al quale l'eventuale condotta lesiva sarebbe tendenzialmente attribuibile ad un solo soggetto³⁴. Ad ogni modo, come rilevato da alcuni recenti contributi dottrinali, i limiti di tale modello di responsabilità appaiono ormai evidenti, giacché «*responsibility for harm caused [...] need not lie with any single*

29 Si veda: ebolaresponse.un.org/ebola-response (consultato il 5 febbraio 2017).

30 Vi sono, come si avrà modo di vedere, alcune eccezioni.

31 J.D. FRY, *Attribution of Responsibility*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art* (a cura di A. Nollkaemper, I. Plakokefalos), Cambridge 2014, 98.

32 A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, in *MicJIL*, 2013, 381 (traduzione a cura dell'autore).

33 *Ibidem*.

34 *Ivi*, p. 383 ss.

actor, but may be shared by all actors involved»³⁵.

Tale questione appare di primaria importanza in relazione alle citate *partnership* tra organizzazioni internazionali. Come accennato, è infatti possibile che le loro attività o la loro condotta omissiva nell'ambito di una *partnership* configurino una violazione delle norme internazionali in materia di diritti umani. Nell'eventualità che ciò si verifichi, occorre chiedersi quali siano le norme applicabili e se l'attuale regime generale di responsabilità internazionale, così come delineato dalla Commissione del diritto internazionale, sia, almeno in materia di attribuzione, adeguato a tenere conto del contributo di una molteplicità di attori. A tal fine, è necessario distinguere fra due diversi profili: da un lato, quello dell'attribuzione della condotta; dall'altro, quello dell'attribuzione della responsabilità internazionale. Il fatto che il Progetto di articoli si occupi dell'uno e dell'altro profilo in due capitoli separati (rispettivamente al capitolo II e al capitolo IV) conferma la necessità di tenere distinti i due ambiti di indagine³⁶.

4.1. Attribuzione della condotta

Come già sottolineato, uno degli elementi costitutivi dell'illecito di un'organizzazione internazionale consiste nell'attribuzione di una determinata condotta lesiva a tale organizzazione³⁷. Il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali stabilisce che ad un'organizzazione internazionale sia attribuita la condotta di suoi organi o agenti (art. 6), di organi di uno Stato o di organi o agenti di un'altra organizzazione internazionale messi a disposizione dell'organizzazione in questione (art. 7) e, anche al di fuori di tali ipotesi, la condotta eventualmente riconosciuta e adottata come propria da tale organizzazione internazionale (art. 9). *Nulla quaestio* ove l'organizzazione operi indipendentemente da altre organizzazioni internazionali (o, in generale, da altri soggetti di diritto internazionale). Tuttavia, qualora due o più organizzazioni partecipino alla stessa condotta lesiva di un obbligo internazionale, occorre domandarsi se l'attuale regime generale di responsabilità internazionale preveda la possibilità di duplice (o molteplice) attribuzione della condotta in questione o se, invece, esso precluda tale possibilità, così che l'attribuzione di un'azione o un'omissione ad un'organizzazione escluda l'attribuzione della stessa azione od omissione

³⁵ A. NOLLKAEMPER, *Introduction*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law* cit., 4.

³⁶ Cfr. J.D. FRY, *Attribution of Responsibility* cit., 104.

³⁷ Cfr. P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali* cit., 321.

ad un'altra organizzazione³⁸.

Ad avviso di chi scrive, la duplice (o molteplice) attribuzione della condotta nel caso di una *partnership* fra organizzazioni internazionali è senz'altro ammissibile ove due o più organizzazioni internazionali istituiscano un organo comune; in tale eventualità, la condotta dell'organo comune sarebbe attribuibile a tutte le organizzazioni coinvolte³⁹. La stessa Commissione del diritto internazionale conferma tale possibilità, laddove osserva:

Although it may not frequently occur in practice, dual or even multiple attribution of conduct cannot be excluded. Thus, attribution of a certain conduct to an international organization does not imply that the same conduct cannot be attributed to a State; nor does attribution of conduct to a State rule out attribution of the same conduct to an international organization. One could also envisage conduct being simultaneously attributed to two or more international organizations, for instance when they establish a joint organ and act through that organ⁴⁰.

È questo il caso, ad esempio, delle operazioni di *peacekeeping* stabilite e condotte da due o più organizzazioni internazionali sul modello della citata UNAMID: i contingenti nazionali, infatti, sono messi a disposizione delle organizzazioni internazionali che istituiscono l'operazione, la quale può essere considerata come un loro organo sussidiario⁴¹. È tuttavia opportuno notare che, sebbene la duplice (o molteplice) attribuzione della condotta a più organizzazioni internazionali sembri essere, in tale caso, possibile alla luce dell'attuale regime di responsabilità internazionale⁴², la scarsità della prassi a sostegno non manca di destare qualche perplessità⁴³. È vero, infatti, che la

38 Cfr. F. MESSINEO, *Attribution of Conduct*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law* cit., 62.

39 F. MESSINEO, *Attribution of Conduct* cit., 67 ss.; P. PALCHETTI, *Applying the Rules of Attribution in Complex Scenarios: The Case of Partnerships among International Organizations*, in *IOLR*, 2016, 43-44, 52.

40 Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, 2011, p. 16, disponibile presso legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf (consultato il 5 febbraio 2017).

41 Cfr. P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali* cit., 324.

42 Fra i contributi dottrinali che ne riconoscono la possibilità, si rimanda, *ex multis*, a L. CONDORELLI, *Le Statut des Forces de l'ONU et le Droit international humanitaire*, in *RDI*, 1995, 897.

43 Cfr. A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual* cit., 383.

sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Jedda*⁴⁴ e alcune recenti sentenze di tribunali nazionali⁴⁵ sembrano propendere nel senso dell'ammissibilità della duplice attribuzione. È peraltro anche vero che, da una parte, tale prassi è limitata al caso dell'attribuzione di una condotta lesiva ad un'organizzazione internazionale e ai suoi Stati membri (non a più organizzazioni internazionali) e, dall'altra, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia è tutt'altro che univoca⁴⁶. Sicuramente più utile ai fini della presente analisi delle *partnership* tra organizzazioni internazionali potrebbe essere, pur tenendo a mente la diversità della materia, il riferimento alla giurisprudenza internazionale relativa alla duplice o molteplice attribuzione a Stati. Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nauru*, in cui la Corte osservò che

44 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Jedda c. Regno Unito*, ricorso n. 27021/08, sentenza del 7 luglio 2011, par. 80. Al riguardo, si vedano, fra gli altri: M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *EJIL*, 2012, 133-138; M.I. PAPA, *Le autorizzazioni del Consiglio di sicurezza davanti alla Corte europea dei diritti umani: dalla decisione sui casi Behrami e Saramati alla sentenza Al-Jedda*, in *DUDI*, 2012, 229; F. MESSINEO, *Things Could Only Get Better: Al-Jedda Beyond Behrami*, in *ML&LWR*, 2011, 321.

45 Corte distrettuale dell'Aja, sentenza del 16 luglio 2014, n. C/09/295247 / HA ZA 07-2973, *The Stichting Mothers of Srebrenica et al. v. The State of The Netherlands*, par. 4.80 ss., traduzione in lingua inglese disponibile presso: uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:8748 (consultato il 5 febbraio 2017); Corte d'appello dell'Aja, sentenza del 5 luglio 2011, n. 200.020.174/01, *Nuhanović v. The State of The Netherlands*, par. 5, traduzione in lingua inglese disponibile presso: uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388 (consultato il 5 febbraio 2017); Corte suprema (Paesi Bassi), sentenza del 6 settembre 2013, n. 12/03329, *The State of The Netherlands v. Mustafić et al.*, par. 3.9.4, traduzione in lingua inglese disponibile presso: [www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Supreme-court-of-the-Netherlands/Documents/12%2003329%20\(1\).pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Supreme-court-of-the-Netherlands/Documents/12%2003329%20(1).pdf) (consultato il 5 febbraio 2017); Corte suprema (Paesi Bassi), sentenza del 6 settembre 2013, n. 12/03324, *The State of The Netherlands v. Nuhanović*, par. 3.9.4, traduzione in lingua inglese disponibile presso: www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1005/The-Netherlands-v-Nuhanovi%C4%87/ (consultato il 5 febbraio 2017). Si veda, fra gli altri, C. RYNGAERT, *Supreme Court (Hoge Raad), State of the Netherlands v. Mustafić et al., State of the Netherlands v. Nuhanović, Judgments of 6 September 2013*, in *NILR*, 2013, 441.

46 Si vedano, in particolare: Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia* [GC], ricorsi nn. 71412/01 e 78166/01, sentenza del 2 maggio 2007; Corte europea dei diritti umani, *Kasumaj c. Grecia*, ricorso n. 6974/05, decisione del 5 luglio 2007; Corte europea dei diritti umani, *Gajić c. Germania*, ricorso n. 31446/02, sentenza del 28 agosto 2007. Per una critica dei casi *Behrami e Behrami e Saramati*, si rinvia a M. MILANOVIĆ e T. PAPIĆ, *As Bad as it Gets: the European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, in *ICLQ*, 2009, 267.

Regno Unito, Nuova Zelanda e Australia agivano, ai sensi dell'accordo di amministrazione fiduciaria su Nauru, in qualità di "autorità amministrativa" per Nauru e che tale autorità non aveva personalità giuridica distinta da quelle dei tre Stati⁴⁷. La Corte respinse, dunque, una delle eccezioni preliminari presentate dall'Australia, osservando, *inter alia*, come quest'ultima avesse una serie di obblighi ai sensi dell'accordo di amministrazione fiduciaria in quanto parte dell'autorità amministrativa su Nauru e come nulla in tale accordo impedisse alla Corte di esaminare le pretese di violazione di tali obblighi da parte dell'Australia. La Corte, dunque, ammise che la condotta dell'autorità amministrativa su Nauru potesse essere attribuita all'Australia sebbene essa fosse solo uno degli Stati parti di tale autorità⁴⁸.

4.2. *Attribuzione della responsabilità*

Nel Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, la Commissione del diritto internazionale dedica il capitolo IV alla responsabilità di un'organizzazione internazionale in ragione dell'atto di uno Stato o di un'altra organizzazione internazionale (artt. 14-19). In tale caso, dunque, a venire in rilievo non è una condotta lesiva attribuibile a un'organizzazione internazionale, ma la possibilità che la responsabilità di quest'ultima sorga in ragione della condotta lesiva posta in essere da un altro soggetto, sia esso uno Stato o un'altra organizzazione internazionale. D'altra parte, come osservato dal relatore speciale Giorgio Gaja, «*responsibility of an organization does not necessarily have to rest on attribution of conduct to*

47 CIG, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, sentenza del 26 giugno 1992.

48 Un approccio molto diverso era invece stato seguito, anni prima, dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hess*. In tale occasione, la Commissione aveva osservato come ben quattro Stati condividesse la gestione della prigione di Spandau in cui Rudolf Hess era detenuto; essa aveva tuttavia sostenuto che tale autorità condivisa non potesse essere "suddivisa" in quattro distinte giurisdizioni, giungendo così ad escludere la giurisdizione del Regno Unito ex art. 1 della Convenzione europea dei diritti umani. La Commissione osservò, infatti, quanto segue: «*The Commission concludes that the responsibility for the prison at Spandau, and for the continued imprisonment of Rudolf Hess, is exercised on a Four Power basis and that the United Kingdom acts only as a partner in the joint responsibility which it shares with the three other Powers. The Commission is of the opinion that the joint authority cannot be divided into four separate jurisdictions and that therefore the United Kingdom's participation in the exercise of the joint authority and consequently in the administration and supervision of Spandau Prison is not a matter 'within the jurisdiction' of the United Kingdom, within the meaning of Art. 1 of the Convention*». Commissione europea dei diritti umani, *Ilse Hess v. The United Kingdom*, ricorso n. 6231/73, decisione del 28 maggio 1975, 74.

that organization»⁴⁹. L'attribuzione della responsabilità mira dunque a identificare il soggetto responsabile nei casi in cui più soggetti siano coinvolti in un unico illecito⁵⁰. Anche in questo caso occorre chiedersi se l'attuale regime generale di responsabilità internazionale, così come delineato dalla Commissione del diritto internazionale, preveda la possibilità di duplice (o molteplice) attribuzione o se, invece, esso precluda tale eventualità⁵¹, in linea con il citato concetto di responsabilità esclusiva⁵².

Con specifico riguardo alla cooperazione fra organizzazioni internazionali, vengono in rilievo, in particolare, gli articoli 14, 15 e 16 del Progetto di articoli. Ai sensi dell'art. 14, «[u]n'organizzazione internazionale che aiuti o assista [...] un'altra organizzazione internazionale nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte [...] di quest'ultima organizzazione è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento»⁵³. L'art. 15 prevede invece che «[u]n'organizzazione internazionale che dia direttive [...] a un'altra organizzazione internazionale ed eserciti il controllo sulla commissione di un atto internazionalmente illecito da parte [...] di quest'ultima organizzazione [sia] internazionalmente responsabile»⁵⁴. In entrambi i casi, la responsabilità potrà essere attribuita all'organizzazione che aiuti o assista oppure diriga e controlli un'altra organizzazione internazionale soltanto a condizione che la prima sia a conoscenza della condotta lesiva posta in essere dalla seconda e che la condotta sia illecita anche se commessa autonomamente dalla prima⁵⁵. L'art. 16, infine, stabilisce che «[u]n'organizzazione internazionale che costringe [...] un'altra organizzazione internazionale a compiere un atto [sia] internazionalmente responsabile per quell'atto se: a) in assenza di coercizione l'atto sarebbe un atto internazionalmente illecito [...] dell'organizzazione internazionale soggett[a] a coercizione; e b) l'organizzazione internazionale che esercita la coercizione agisce con la

49 G. GAJA, *Second Report on responsibility of international organizations*, UN Doc. A/CN.4/541 del 2 aprile 2004, p. 6, par. 11, disponibile presso: legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_541.pdf&lang=EF SX (consultato il 5 febbraio 2017).

50 Cfr. J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 102 ss. L'autore sottolinea che «*attribution of responsibility and attribution of conduct do not necessarily correspond to each other, in that the effective functioning of each does not depend on the other*». *Ivi*, 106.

51 *Ivi*, 111.

52 A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law cit.*, 383.

53 Traduzione in lingua italiana a cura di R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice cit.*, 429-430.

54 Traduzione in lingua italiana a cura di *ivi*, 430.

55 Cfr. P. PUSTORINO, *La responsabilità delle organizzazioni internazionali Codice cit.*, 341 ss.

consapevolezza delle circostanze dell'atto»⁵⁶.

Ai fini della presente indagine, è naturale chiedersi quale sia l'utilità di tali disposizioni nei casi di *partnership* tra organizzazioni internazionali. Occorre, in altri termini, stabilire se esse vengano in rilievo nel caso della violazione di norme in materia di diritti umani derivanti dalla cooperazione tra organizzazioni internazionali. Se l'ipotesi della coercizione *ex art. 16* esula, evidentemente, dagli scopi del presente lavoro, quella della direzione e del controllo *ex art. 15* e quella dell'aiuto o dell'assistenza *ex art. 14* appaiono, invece, di particolare interesse.

Nell'ambito di una *partnership* tra organizzazioni internazionali, infatti, è senz'altro possibile che una delle organizzazioni coinvolte diriga e controlli⁵⁷ la commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di un'altra organizzazione internazionale. In tale eventualità, la condotta lesiva sarebbe posta in essere dalla seconda organizzazione ma, ai sensi della disposizione in esame, la responsabilità internazionale ricadrebbe anche sulla prima, sempre che ricorrano le condizioni stabilite dallo stesso art. 15, vale a dire la conoscenza della condotta lesiva *ex lett. a)* e l'illiceità della condotta anche per l'organizzazione che dirige e controlla *ex lett. b)*⁵⁸. Ad ogni modo,

56 Traduzione in lingua italiana a cura di R. LUZZATTO, F. POCAR, Codice cit., 430.

57 Nel Commento al Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, la Commissione del diritto internazionale definisce la nozione di direzione e quella di controllo nei seguenti termini: «*[T]he term 'controls' refers to cases of domination over the commission of wrongful conduct and not simply the exercise of oversight, still less mere influence or concern. Similarly, the word 'directs' does not encompass mere incitement or suggestion but rather connotes actual direction of an operative kind*». Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, p. 69, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (consultato il 5 febbraio 2017).

58 A differenza di quanto affermato nel Commento all'articolo 17 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, in cui la Commissione del diritto internazionale aveva affermato che «*[b]oth direction and control must be exercised over the wrongful conduct in order for a dominant State to incur responsibility*» (*ivi*, p. 69), nel commentare la disposizione qui in esame la Commissione del diritto internazionale non prevede espressamente che, affinché l'organizzazione che dirige e controlla la commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di un'altra organizzazione incorra in responsabilità internazionale, sia necessario che la prima eserciti contestualmente tanto la direzione quanto il controllo sulla commissione dell'atto illecito da parte di un'altra organizzazione internazionale. D'altronde, parte della dottrina ritiene che i due termini possano essere intesi, in linea di principio, quali sinonimi, privando dunque di rilevanza pratica la questione della necessità o meno che la direzione e il controllo sulla condotta lesiva siano esercitati contestualmente. Si veda: A. REINISCH, *Aid or Assistance and Direction and Control between States and International Organizations in the Commission of Internationally Wrongful Acts*, in *IOLR*,

affinché l'organizzazione che dirige e controlla incorra in responsabilità internazionale, è necessario che la direzione e il controllo siano 'effettivamente' esercitati sulla commissione dello specifico atto illecito in questione, non essendo quindi sufficiente la mera facoltà della prima organizzazione – prevista, ad esempio, nell'atto istitutivo della *partnership* – di dirigere e controllare la seconda⁵⁹.

È poi possibile che una *partnership* tra organizzazioni internazionali si concreti nella mera assistenza di un'organizzazione a una o più altre organizzazioni internazionali. Ad oggi, anzi, si può forse ritenere che questo sia il modello di cooperazione fra organizzazioni internazionali (e fra organizzazioni e Stati) più diffuso. Nei casi concreti, l'aiuto o l'assistenza che un'organizzazione internazionale si trova a prestare ad altre organizzazioni internazionali possono prendere diverse forme (si pensi all'assistenza tecnica e finanziaria o a quella militare) e il coinvolgimento della prima organizzazione nella commissione dell'eventuale condotta lesiva delle seconde può essere più o meno significativo. L'art. 14 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali – analogamente all'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato – non precisa in alcun modo il contenuto di «aiuto o assistenza», né viene in aiuto al riguardo il Commento della stessa Commissione del diritto internazionale, silente sul punto. Ne consegue che, a prescindere dal tipo di aiuto o assistenza prestati, in presenza di un nesso causale tra aiuto o assistenza e condotta lesiva⁶⁰ e qualora ricorrano le condizioni stabilite dallo stesso art. 14 – conoscenza della condotta lesiva (lett. a)) e illiceità della condotta anche per l'organizzazione che aiuta o assiste (lett. b)) – quest'ultima sarà responsabile per la condotta lesiva dell'organizzazione aiutata o assistita⁶¹.

È dunque innegabile che il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali ammetta il coinvolgimento di due o più organizzazioni nel medesimo illecito. Entrambe le disposizioni qui descritte ammettono, infatti, che un'organizzazione internazionale sia internazionalmente responsabile per la condotta lesiva posta in essere da un'altra organizzazione. Non ci si può però esimere dal notare come le ipotesi di attribuzione della responsabilità così definite possano destare qualche perplessità ove le si applichi al fenomeno delle *partnership* fra organizzazioni internazionali.

2010, 75-76.

59 Comm. dir. int., *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries cit.*, 69.

60 Sull'importanza di tale nesso causale ai sensi della disposizione in esame, si veda V. LAVONNOY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law cit.*, 141 ss.

61 *Ivi*, 143-4.

Nel caso dell'aiuto o dell'assistenza *ex art.* 14, infatti, occorre ammettere che, in presenza di una molteplicità di organizzazioni internazionali dalla cui cooperazione derivi una violazione dei diritti umani, non è certo agevole, in concreto, stabilire se il contributo alla condotta lesiva sia tale da far sì che la responsabilità sia attribuita anche all'organizzazione che aiuta o assiste o solo all'organizzazione che pone in essere tale condotta: taluni si basano sulla distinzione fra un contributo essenziale alla commissione dell'illecito e un contributo che si limiti a facilitare la commissione di un illecito⁶². Chiaramente, si tratta di una distinzione di difficile applicazione nei casi concreti che, d'altra parte, non sembra trovare riscontro né nel testo del Progetto di articoli né nel commento della Commissione del diritto internazionale. L'unica certezza è che, come accennato, debba esservi un nesso causale tra l'aiuto o l'assistenza di un'organizzazione e la condotta lesiva di un'altra organizzazione. La Commissione del diritto internazionale si limita infatti a osservare che, «*for international responsibility to arise, aid or assistance should contribute 'significantly' to the commission of the act*»⁶³, senza specificare, tuttavia, cosa si intenda per '*significantly*'. D'altra parte, non è chiaro nemmeno se una condotta omissiva possa integrare la fattispecie dell'aiuto o dell'assistenza *ex art.* 14⁶⁴.

Nell'ipotesi della direzione e del controllo *ex art.* 15, si pone invece, in particolare, il problema di stabilire se non sia la stessa condotta lesiva – e non la responsabilità per la condotta altrui – ad essere attribuibile all'organizzazione che dirige e controlla⁶⁵. Nel commento al citato articolo 17 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, infatti, la Commissione afferma che «*a State which directs and controls another in the commission of an internationally wrongful act is responsible for the act itself, since it controlled and directed the act in its entirety*»⁶⁶. Inoltre, la circostanza che, affinché l'organizzazione che dirige e controlla incorra in responsabilità, tali direzione e controllo debbano essere 'effettivamente' esercitati sulla commissione dell'atto illecito in questione potrebbe portare alla coincidenza fra la qui citata ipotesi della direzione e del controllo e quella dell'attribuzio-

62 V. LAVONNOY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act cit.*, 144-5.

63 Comm. dir. int., *Draft articles on the responsibility of international organizations*, cit., p. 37.

64 Per la trattazione approfondita di tale questione, si rimanda a: V. LAVONNOY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act cit.*, 145 ss.

65 L'ambiguità dell'approccio della Commissione del diritto internazionale in tal senso è stata rilevata, *inter alia*, da A. REINISCH, *Aid or Assistance and Direction and Control cit.*, 76-77.

66 Comm. dir. int., *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries cit.*, 68.

ne della condotta in ragione dell'esercizio del c.d. 'controllo effettivo' su quest'ultima⁶⁷. Ad ogni modo, ad avviso di chi scrive, nelle intenzioni della Commissione del diritto internazionale l'art. 15 costituisce senz'altro un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui: da un lato, si può forse ritenere che il tipo di direzione e controllo cui la Commissione del diritto internazionale fa riferimento in tale disposizione non sia dello stesso grado e intensità di quello necessario ai fini dell'attribuzione della condotta; dall'altro, il fatto che, nel commento all'art. 17 del Progetto sulla responsabilità dello Stato, la Commissione abbia qualificato espressamente la responsabilità per direzione e controllo come responsabilità derivata («*derived responsibility*») e la circostanza che abbia scelto di collocare tanto tale disposizione quanto il corrispondente art. 15 del Progetto sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali nel capitolo dedicato all'attribuzione della responsabilità in ragione della condotta lesiva altrui non possono che confermare che, nel caso in esame, un'organizzazione internazionale incorrerebbe in responsabilità internazionale non per la condotta ad essa attribuibile ma per la condotta posta in essere da un'altra organizzazione⁶⁸. Ciò non toglie, naturalmente, che la linea di demarcazione tra il controllo necessario ai fini dell'attribuzione della condotta e la direzione e il controllo necessari ai fini dell'attribuzione della responsabilità per la condotta altrui possa non risultare di facile individuazione nei casi concreti.

Occorre poi notare come, tanto nel caso dell'aiuto o dell'assistenza *ex art.* 14 quanto in quello della direzione e del controllo *ex art.* 15, a complicare il quadro contribuiscano le stesse condizioni poste dalle rispettive lettere *a)* e *b)*. Se, da un lato, l'esatta portata dell'elemento soggettivo della conoscenza delle circostanze dell'atto illecito («*knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act*») è se non altro dubbia⁶⁹, il requisito che la con-

67 Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *United in joy and sorrow cit.* 221.

68 D'altra parte, sarebbe internazionalmente responsabile anche l'organizzazione diretta e controllata. Si veda Comm. dir. int., *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries cit.*, 69. Di tale avviso è poi parte della dottrina, la quale nota che «*the mere fact of being under someone's direction and control does not exempt the influenced party of its responsibility, because, in contrast with coercion, the directed and controlled party is not completely deprived of any freedom to decline*». J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 119.

69 Come opportunamente osservato da parte della dottrina (*ivi*, 150-6; M. ZWANENBURG, *What's in a Word? cit.*, 121), in effetti, la stessa Commissione del diritto internazionale sembra dire ben altro nel commento all'art. 14 (al quale rimanda nel commento all'art. 15), facendo riferimento, invece che alla «*knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act*», all'intento («*intent*»). La Commissione cita infatti il proprio commento al corrispondente articolo del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, osservando

dotta dell'organizzazione diretta e controllata o aiutata o assistita sia illecita anche se posta in essere autonomamente dall'organizzazione che dirige e controlla o aiuta o assiste rende particolarmente difficile – in ragione della citata diversità degli obblighi internazionali che vincolano ciascuna organizzazione⁷⁰ – l'applicazione delle disposizioni in esame nei casi concreti di cooperazione fra due o più organizzazioni internazionali⁷¹.

Ad ogni modo, ammesso che si finisca, nonostante le citate difficoltà, per attribuire la responsabilità internazionale all'organizzazione che dirige e controlla o aiuta o assiste un'altra organizzazione internazionale nella commissione di un illecito internazionale, si avrà duplice o molteplice attribuzione soltanto qualora entrambe le organizzazioni coinvolte siano internazionalmente responsabili per la medesima condotta lesiva.

Ad avviso di chi scrive, non è possibile concludere con certezza in tal senso, specialmente nell'ipotesi dell'aiuto o dell'assistenza *ex art. 14*. Come rilevato da parte della dottrina, infatti, tale ipotesi non sembra in realtà configurare un vero e proprio caso di attribuzione della responsabilità per la condotta lesiva altrui, poiché l'organizzazione internazionale che aiuta o assiste un'altra organizzazione nella commissione di un illecito internazionale commetterebbe un illecito a sé stante⁷². Anche qualora il contributo della prima organizzazione dovesse soddisfare le condizioni previste dall'*art. 14* e se ne determinasse, così, la responsabilità internazionale in relazione alla condotta lesiva della seconda organizzazione, tale responsabilità discenderebbe dall'illecito della prima, accessorio ma indipendente dall'illecito della seconda. A simili conclusioni si deve forse giungere nel caso della direzione e del controllo *ex art. 15*: occorre infatti chiedersi se l'organizzazione che esercita un grado di direzione e controllo non sufficiente a determinare l'attribuzione della condotta sia comunque internazionalmente responsabile per la condotta dell'organizzazione diretta e controllata (e, dunque, responsabile

che, «*in the commentary on article 16 on the responsibility of States for internationally wrongful acts, it is also stated as a requirement that 'the relevant State organ intended, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct and the internationally wrongful conduct is actually committed by the aided or assisted State'*». Comm. dir. int., *Draft articles on the responsibility of international organizations cit.*, p. 37.

70 *Supra*, par. 2.

71 Come osservato da M. ZWANENBURG (*What's in a Word? cit.*, 122), «*[these] different principles appear to set rather high thresholds for finding responsibility*» e «*[c]onsequently, it is possible that a State or an international organization plays a considerable role in a partnership without this leading to consequences in terms of responsibility when harm is caused*».

72 Si vedano, *inter alia*: L. BOISSON DE CHAZOURNES, *United in joy and sorrow cit.*, 220; J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 104.

per fatto altrui) o non lo sia, piuttosto, per una propria condotta lesiva accessoria ma indipendente da quella posta in essere dall'altra organizzazione. In entrambe le ipotesi, dunque, il modello della responsabilità indipendente ed esclusiva sembrerebbe ben lungi dall'essere superato⁷³.

5. Il ruolo degli atti istitutivi delle *partnership*

Come si è già avuto modo di precisare, la presente indagine è circoscritta ai casi di *partnership* 'formali', ossia quelle forme di cooperazione fra organizzazioni internazionali che siano dotate di un atto istitutivo. Ai fini di una riflessione sui profili di attribuzione della condotta e/o della responsabilità per eventuali violazioni delle norme internazionali in materia di diritti umani derivanti da una *partnership* fra organizzazioni internazionali, è evidentemente opportuno che ci si interroghi, seppur brevemente, sulla natura di tali atti istitutivi e sulla possibilità che essi influiscano o meno sull'attribuzione della condotta o della responsabilità.

La questione assume particolare rilievo ove si consideri che, ai sensi dell'art. 64 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, eventuali norme speciali di diritto internazionale prevalgono su quelle del regime generale di responsabilità internazionale. Occorre tuttavia tenere presente che non sempre lo strumento istitutivo di una *partnership* fra organizzazioni internazionali è un trattato internazionale o un altro atto giuridicamente vincolante (quale, ad esempio, una risoluzione vincolante del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite)⁷⁴ e, dunque, non sempre esso viene in rilievo in quanto *lex specialis* ai sensi dell'art. 64: alcune forme di cooperazione fra organizzazioni internazionali sono infatti regolate da cc.dd. *Memoranda of Understanding*, i quali possono essere qualificati, a seconda delle circostanze, quali veri e propri trattati internazionali o quali strumenti di *soft law*⁷⁵. D'altronde, anche laddove lo strumento istitutivo di

73 Cfr. V. LAVONNY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act cit.*, 150.

74 Sul carattere vincolante o meno delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, si rimanda, fra gli altri, a *The Charter of the United Nations: A Commentary* (a cura di B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus), Oxford 2012, 701 ss.

75 Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *United in joy and sorrow cit.*, 217-218. Sulla natura giuridica degli accordi di cooperazione tra organizzazioni internazionali, si vedano altresì L. BOISSON DE CHAZOURNES, A. NOLLKAEMPER, *Partnerships between International Institutions cit.*, 7-9; S. VEZZANI, *Gli accordi delle Organizzazioni del Gruppo della Banca Mondiale*, Torino 2011, 150-154; B. CONFORTI, *La personalità internazionale delle unioni di Stati*, in *Diritto internazionale*, ISPI, 1964, 335-338; H. LAUTERPACHT, Document A/CN.4J63, in *YILC*, 1953-II, 99-100.

una *partnership* fosse un trattato internazionale o un altro atto giuridicamente vincolante, la presenza di disposizioni in materia di attribuzione non sarebbe comunque scontata; in particolare, nel caso di risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza, occorre ammettere che, sebbene sia possibile che esse istituiscano *partnership* tra organizzazioni internazionali, appare (se non altro) improbabile che stabiliscano altresì le modalità di funzionamento di tali *partnership*, poiché la prassi attuale sembra essere quella di demandare tali questioni ai citati *Memoranda of Understanding* o a trattati tra le organizzazioni coinvolte. Occorre tuttavia notare che, qualora le modalità di funzionamento della *partnership* siano in effetti regolate da un trattato, seppure tale trattato contenesse disposizioni specifiche in materia di attribuzione, esso non sarebbe opponibile ai terzi e non potrebbe dunque derogare al regime generale di responsabilità se non nei rapporti fra le parti⁷⁶.

Alla luce di tali considerazioni, non sembra di poter concludere che – a parte il caso, ad oggi mai verificatosi, di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza vincolante tutti gli Stati e contenente disposizioni specifiche sull’attribuzione della condotta e/o della responsabilità – gli atti istitutivi delle *partnership* costituiscano *lex specialis* in materia di attribuzione, sebbene essi possano senz’altro svolgere un ruolo significativo in materia di allocazione delle conseguenze giuridiche della responsabilità fra i vari attori operanti nell’ambito di una *partnership*. Si pensi allo *Status of Forces Agreement* fra l’Organizzazione delle Nazioni Unite, l’Unione africana e il Sudan relativo alla citata operazione UNAMID, nel quale si prevede che, «*[u]pon determination of liability as provided in this Agreement, the United Nations shall pay compensation within such financial limitations as have been approved by the General Assembly in*

76 Tale importante precisazione è stata richiamata dalla stessa Commissione del diritto internazionale nel commento all’art. 7 in materia di organi di uno Stato o di organi o agenti di un’organizzazione messi a disposizione di un’altra organizzazione internazionale, in cui si legge: «*[a]t any event, this type of agreement is not conclusive because it governs only the relations between the contributing State or organization and the receiving organization and could thus not have the effect of depriving a third party of any right that that party may have towards the State or organization which is responsible under the general rules*». Comm. dir. int., *Draft articles on the responsibility of international organizations cit.*, 20. Ai sensi dell’art. 34 della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, infatti, «*a treaty does not create either obligations or rights for a third State or a third organization without the consent of that State or that organization*». Occorre però notare che la Convenzione non è ancora entrata in vigore e che, d’altra parte, «*[a]rticle 34 of the 1986 Vienna Convention [...] leaves open whether the exclusion of third party effect extends to states members of an international organization*». L. BOISSON DE CHAZOURNES, A. NOLLKAEMPER, *Partnerships between International Institutions cit.*, 8.

its resolution 52/247 of 26 June 1998»⁷⁷.

Vale però la pena di notare che, anche qualora l'atto istitutivo di una *partnership* fra organizzazioni internazionali non possa, per le ragioni suindicate, derogare al regime generale di responsabilità internazionale in materia di attribuzione in quanto *lex specialis*, esso potrebbe nondimeno fornire elementi utili a chiarire la struttura della *partnership* stessa, venendo così in aiuto, ad esempio, nell'eventualità che si debba stabilire se due o più organizzazioni internazionali abbiano inteso creare un organo comune⁷⁸. *Ça va sans dire*, la rilevanza di ciascun atto istitutivo in tal senso potrà essere valutata soltanto mediante un'indagine svolta caso per caso.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile rilevare che l'eventualità della duplice o molteplice attribuzione – risultante dall'attribuzione della stessa condotta lesiva a più organizzazioni internazionali o dall'operatività di una delle disposizioni in materia di responsabilità per la condotta lesiva altrui incluse nel capitolo IV del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali – non è espressamente prevista ma nemmeno esclusa dal Progetto. Anzi, l'art. 48 in materia di invocazione della responsabilità di un'organizzazione internazionale stabilisce che, «ove un'organizzazione internazionale e [...] una o più altre organizzazioni internazionali siano responsabili del medesimo atto internazionalmente illecito»⁷⁹, si possa invocare la responsabilità di ciascuna organizzazione in relazione a quell'atto. È questo l'unico caso in cui il Progetto di articoli fa espresso riferimento alla responsabilità di più soggetti per il medesimo illecito. L'apertura del Progetto a tale possibilità è però desumibile anche dall'introduzione, in chiusura del citato capitolo IV, dell'art. 19, ai sensi del quale il capitolo in questione non pregiudica la responsabilità internazionale dell'organizzazione che compie l'atto in questione o di ogni altra organizzazione internazionale.

Nell'attuale regime generale di responsabilità internazionale (così come

⁷⁷ *Agreement between the United Nations and the African Union and Sudan concerning the status of the African Union/United Nations Hybrid Operation in Darfur*, Khartoum, 9 February 2008, disponibile presso: treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202503/Part/volume-2503-I-44760.pdf (consultato il 5 febbraio 2017).

⁷⁸ In alcuni casi, tuttavia, la valutazione degli elementi fattuali avrà un ruolo predominante: si pensi all'ipotesi della direzione e del controllo *ex art.* 15, in cui il dato formale passa in secondo piano in ragione della necessità che tali controllo e direzione siano 'effettivamente' esercitati sulla commissione dello specifico atto illecito in questione. *Supra*, par. 4.2.

⁷⁹ Traduzione in lingua italiana a cura di: R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice cit.*, 434.

delineato dalla Commissione del diritto internazionale) sembra dunque ammissibile che, per la stessa condotta lesiva, si determini la responsabilità internazionale di più soggetti. L'analisi svolta ha però dimostrato come, delle ipotesi contemplate nel Progetto di articoli, non tutte riguardino la medesima condotta lesiva. *Nulla quaestio*, ovviamente, nell'ipotesi di attribuzione della condotta a due o più organizzazioni internazionali. Diverso, però, sembra essere il caso dell'attribuzione della responsabilità nell'ipotesi dell'aiuto o dell'assistenza *ex art. 14* e in quella della direzione e del controllo *ex art. 15*, in relazione alle quali non sembra che il modello della responsabilità indipendente ed esclusiva possa dirsi superato.

D'altronde, non si può non rilevare come l'applicazione di tali ipotesi di attribuzione della responsabilità ad un'organizzazione internazionale in ragione dell'atto illecito di un'altra organizzazione internazionale risulti, nei casi concreti, a dir poco complessa, specialmente in ragione della difficoltà di constatare la sussistenza delle condizioni poste dalle disposizioni in questione⁸⁰. In particolare, nel caso di presunte violazioni delle norme internazionali in materia di diritti umani da parte di più organizzazioni internazionali, l'attribuzione della responsabilità appare più complessa di quanto non lo sia nel caso in cui a venire in rilievo sia la violazione di una norma internazionale sui diritti umani da parte di due o più Stati, in ragione della citata difficoltà di stabilire se le organizzazioni internazionali in questione siano vincolate dalle stesse norme sui diritti umani⁸¹.

Occorre infine notare che, pur ammettendo che si giunga ad attribuire la condotta lesiva o la responsabilità per la condotta lesiva altrui (nel caso in esame, una violazione dei diritti umani) a due o più organizzazioni internazionali, l'attuale regime di responsabilità internazionale tace in merito alla questione della distribuzione della responsabilità, ossia dell'individuazione del contributo di ciascuna organizzazione coinvolta, e dell'allocazione delle relative conseguenze giuridiche fra i vari attori operanti nell'ambito di una *partnership*⁸². In tal senso, come opportunamente osservato da parte della dottrina, «*the legal regime of responsibility for wrongs that occur in the course of international cooperation remains disturbingly immature*»⁸³.

80 *Supra* par. 4.2.

81 *Supra* par. 2.

82 Tale lacuna è rilevata, *inter alia*, da: J.D. FRY, *Attribution of Responsibility cit.*, 128 ss.; V. LAVONNOY, *Complicity in an Internationally Wrongful Act cit.*, 161 ss.; A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS, *Conclusions: Beyond the ILC Legacy*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law cit.*, 349 ss.; A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law cit.*, 391 ss. Per una serie di possibili approcci alla questione della distribuzione della responsabilità, si veda, *Distribution of Responsibility in International Law* (a cura di A. Nollkaemper, D. Jacobs), Cambridge 2015.

83 T. DANNENBAUM, *Public Power and Preventive Responsibility: Attributing the Wrongs of*

EUGENIO CARLI

L'illecito internazionale nella prassi delle missioni di Politica di Sicurezza e Difesa Comune dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili istituzionali della PSDC. – 3. Il quadro giuridico delle operazioni dell'UE. – 4. Le norme primarie del diritto internazionale applicabili nell'ambito della PSDC. – 4.1 Le norme sui diritti umani. – 4.2 Le norme di diritto internazionale umanitario. – 5. L'attribuzione delle condotte illecite. – 6. (segue) L'ipotesi della doppia attribuzione. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il ruolo dell'Unione europea (UE) sulla scena internazionale ha assunto maggiore rilevanza negli ultimi anni, in concomitanza con l'allargamento della *membership*¹, il conferimento esplicito di personalità giuridica² e l'ampliamento delle competenze, non più limitate alla politica commerciale ed economica. Un settore che ha conosciuto senza dubbio una evoluzione è quello della Politica estera e di sicurezza comune (PESC). La nascita e lo sviluppo della Politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), in modo particolare, hanno consacrato l'UE come un nuovo attore nel mantenimento

1 Attualmente (settembre 2017) sono 28 gli Stati membri dell'UE, mentre cinque Stati (Albania, Macedonia, Montenegro, Serbia e Turchia) sono i Paesi candidati. Tra i 'potenziali candidati' figurano, invece, il Kosovo e la Bosnia-Erzegovina. Il 23 giugno 2016 la maggioranza della popolazione della Gran Bretagna ha deciso di uscire dall'UE tramite *referendum* consultivo; nel momento in cui si scrive (28 settembre 2017) il Regno Unito risulta ancora membro a pieno titolo dell'UE, con tutti i diritti e doveri che ne conseguono.

2 Trattato sull'Unione europea (versione consolidata) (d'ora in avanti, TUE), in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (GU) C 202, 7 giugno 2016, p. 13, art. 47.

della pace e della sicurezza internazionale³, consentendole di dispiegare un ampio numero di missioni civili e militari in contesti di crisi internazionali⁴.

D'altro canto, tali competenze comportano anche delle responsabilità per l'UE, sia di natura politica, sia giuridica. Svolgendo attività di carattere civile e, soprattutto, militare in Stati non membri, essa è, infatti, tenuta a rispettare, oltre al diritto dell'UE e a quello dello Stato ospitante la missione, anche il diritto internazionale⁵. In altre parole, lo svolgimento di operazioni 'sul campo', in certi casi dotate di mandati assai robusti e paragonabili a vere e proprie missioni di mantenimento della pace e di gestione delle crisi, pone all'attenzione dello studioso l'eventualità che si possa realizzare un illecito internazionale. La questione si presenta complessa in quanto l'UE si avvale delle risorse, dei mezzi e del personale forniti dagli Stati per svolgere tali missioni⁶, col risultato che più di un soggetto giuridico è coinvolto, a vario titolo e in misura diversa, nell'attuazione della PSDC.

Il tema della responsabilità delle organizzazioni internazionali per atti commessi nello svolgimento di operazioni di pace è stato ampiamente studiato in dottrina soprattutto con riferimento alla prassi delle Nazioni Unite e alle sue missioni di *peace-keeping* e *peace-enforcement*⁷. Tuttavia, il problema si

3 TUE, artt. 21, par. 2, lett. c) e 42, par. 1.

4 La PSDC trae le sue più recenti origini dalla Dichiarazione di Saint-Malo del dicembre 1998, redatta dai Capi di Stato e di Governo di Francia e Gran Bretagna. L'iniziativa anglo-francese dette impulso, nel giugno del 1999, al Consiglio europeo di Colonia, che segnò la nascita 'formale' della Politica europea di sicurezza e di difesa (PESD). Tale politica acquisì ulteriore slancio con il varo dell'*Headline Goal 2003* (poi sostituito dall'*Headline Goal 2010*), con l'obiettivo di creare, sul versante militare, una Forza di rapido intervento europea, che doveva essere costituita da 60.000 uomini, essere dispiegata entro 60 giorni e rimanere operativa per un anno. In quella circostanza fu deciso anche di integrare i c.d. 'compiti di Petersberg' nel quadro della PESD. L'adozione, nel 2003, della Strategia di Sicurezza Europea (SSE) – che costituì il primo documento strategico dell'UE – rappresentò un altro importante passo verso la definizione del ruolo dell'Organizzazione come attore per la sicurezza globale. Si veda Strategia di Sicurezza Europea, Bruxelles, 12 Dicembre 2003, 2-8, reperibile all'indirizzo <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf> (visitato il 28 settembre 2017).

5 TUE, artt. 21, par. 1 e 2, lett. b) e 3, par. 5, che, sebbene non sia compreso nel Titolo V riguardante l'azione esterna dell'UE e la PESC, prevede che «[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione [...] [c]ontribuisce [...] alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale». L'obbligo di rispettare il diritto internazionale è stato anche confermato dalla Corte di Giustizia in alcune sentenze. Si vedano, tra le altre: sentenza 24 novembre 1992, causa C-286/90, *Poulsen and Diva Navigation*, ECLI:EU:C:1992:453, punto 9; sentenza 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, ECLI:EU:C:1998:293, punto 45; sentenza 21 dicembre 2011, causa C-366/10, *Air Transport Association of America*, ECLI:EU:C:2011:864, punto 101.

6 Si veda sub (corsivo), nota n. 14

7 Si vedano, tra i contributi più recenti, F. LOZANORIOS, *Responsibility of the United*

presenta anche per quanto riguarda le più recenti operazioni dell'UE le quali, come vedremo, ricalcano il modello ONU⁸ e spesso sono dispiegate 'su delega' del Consiglio di Sicurezza (CdS).

Il presente contributo analizza la questione della responsabilità internazionale per fatti illeciti commessi nell'attuazione delle operazioni di PSDC, nel tentativo di comprendere come e in quali circostanze l'UE e/o gli Stati partecipanti debbano rispondere per eventuali violazioni di obblighi internazionali⁹. A tal fine, dopo alcuni accenni riguardanti i tratti istituzionali caratterizzanti la PSDC (secondo paragrafo) e i suoi aspetti giuridici essenziali (terzo paragrafo), il lavoro si concentra sul diritto internazionale applicabile in questo settore, cercando di fornire le basi per la configurazione dell'elemento oggettivo dell'illecito internazionale (quarto paragrafo). Il quinto paragrafo è invece dedicato al tema dell'attribuzione delle condotte illecite. Seguiranno, infine, alcune considerazioni conclusive (sesto paragrafo).

2. Profili istituzionali della PSDC

In seguito all'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona¹⁰, le disposizioni del TUE concernenti la PSDC sono state modificate e aumentate nel numero. Attualmente le missioni in questo settore comprendono – oltre ai tradizionali 'compiti di Petersberg'¹¹ – anche le missioni

Nations for Wrongful acts Occurred in the Framework of Authorized Operations in light of the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO), in *MPYUNL*, vol. 18, 2014, 109-151; P. PALCHETTI, *International Responsibility for Conduct of UN Peacekeeping Forces: The Question of Attribution. Sequência (Florianópolis)*, 2015, n. 70, 19-56, disponibile su http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100019 (visitato il 28 settembre 2017); S.R. LUDER, *Responsibility of States and International Organisations in Respect to United Nations Peace-keeping Missions*, in *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations* (a cura di H. Langholtz, B. Kondocho, A. Wells), Leiden/Boston 2008, 83-94.

8 G. CELLAMARE, *Funzioni e caratteri dell'EUFOR Ciad/RCA in una situazione di emergenza umanitaria*, in *SIE*, 2008, 536-537.

9 Non sono trattati i casi di responsabilità dell'UE in correlazione alla condotta degli Stati partecipanti alle operazioni, né i casi opposti di responsabilità degli Stati partecipanti in correlazione alla condotta dell'Organizzazione (responsabilità 'correlata'), i quali non attengono alla configurazione dell'illecito internazionale e, in modo particolare, all'elemento soggettivo, ma riguardano piuttosto l'attribuzione di responsabilità ai vari soggetti coinvolti.

10 Il testo del Trattato è reperibile in GU, C 306, 17 dicembre 2007, p. 1.

11 Questi furono originariamente adottati nell'ambito dell'Unione europea occidentale (UEO), su richiesta dell'UE, nel 1992 e prevedevano tre diversi livelli d'intensità (missioni

di disarmo, assistenza e consulenza in materia militare e stabilizzazione al termine dei conflitti¹². Il TUE prevede, inoltre, che l'attuazione della PSDC condurrà a una vera e propria 'difesa comune' dell'UE¹³.

Per quanto riguarda i principali organi coinvolti nell'attuazione della PSDC, le strutture preposte alla gestione delle crisi fanno capo al Consiglio dell'UE (d'ora in avanti, Consiglio) e, in particolare, al Consiglio Affari Esteri (CAE), che è responsabile dell'elaborazione delle politiche esterne dell'Organizzazione secondo le linee strategiche stabilite dal Consiglio europeo. La gestione operativa è affidata all'Alto rappresentante PESC¹⁴, il quale agisce sotto l'autorità del Consiglio e a stretto contatto con il Comitato politico e di sicurezza (COPS), un organismo permanente composto di un Rappresentante (alto funzionario o ambasciatore) per ciascuno degli Stati membri, più un membro della Commissione europea. Esso controlla la situazione internazionale nei settori che rientrano nella PESC, contribuisce a definire le politiche formulando pareri per il Consiglio e controlla l'attuazione delle politiche concordate, fatte salve le competenze dell'Alto rappresentante¹⁵. Altri organismi rilevanti per il funzionamento della PSDC sono il Comitato militare dell'UE (*European Union Military Committee*, EUMC)¹⁶

umanitarie e di soccorso; missioni di *peacekeeping*; missioni di gestione di crisi, incluse le missioni di *peacemaking*). Essi implicavano una trasformazione radicale della capacità dell'UE di dispiegare forze d'intervento professionali in aree 'esterne' interessate da crisi.

12 TUE, art. 43, par. 1.

13 TUE, art. 42, par. 2. In realtà, nonostante le modifiche strutturali apportate dal Trattato di Lisbona, la PESC – ed anche la PSDC, che ne è «parte integrante» ex art. 42, par. 1, TUE – hanno mantenuto un approccio 'verticistico' ed un carattere marcatamente intergovernativo, che non consentono di superare i tradizionali ostacoli costituiti dagli interessi nazionali degli Stati membri in materia di politica estera. M.E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione Europea*, Napoli 2012, 12. Allo stadio attuale si può pertanto affermare che la PSDC non si sia ancora completamente realizzata, essendo ancora mancante una vera e propria difesa comune in cui gli Stati membri agiscano come un'unica entità. Sulle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona si veda, su tutti, J.-C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano 2013. Per quanto riguarda la PESC, si veda U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico: il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea. Università degli Studi di Napoli Federico II, 23 aprile 2010* (a cura di T. Vassalli di Dachenhausen), Napoli 2011, 169-185.

14 TUE, art. 18, par. 2.

15 Il COPS, in particolare, «esercita, sotto la responsabilità del Consiglio e dell'Alto rappresentante, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi» e può essere autorizzato dal Consiglio «a prendere le decisioni appropriate in merito al controllo politico e alla direzione strategica dell'operazione». TUE, art. 38, c. 2 e 3.

16 L'EUMC è il massimo organo militare dell'UE. Esso è composto dai Capi di Stato

e lo Stato maggiore dell'UE (*EU Military Staff*, EUMS)¹⁷.

Le attività che rientrano nella PSDC¹⁸ sono svolte attraverso risorse messe a disposizione dai singoli Stati membri¹⁹, i quali tuttavia rimangono liberi di decidere in merito alla propria politica estera²⁰. A determinate condizioni, anche gli Stati non membri (o terzi) possono prendere parte alle missioni dell'UE²¹, fornendo mezzi e personale. Le modalità e gli aspetti relativi a

maggiore della difesa degli Stati membri, oppure dai loro delegati militari ed è posto sotto il controllo dell'Alto rappresentante e del COPS. L'EUMC offre consulenza e raccomandazioni al COPS su tutti gli aspetti militari della PSDC e, sebbene non inserito nella catena di comando, effettua il monitoraggio delle operazioni militari e la valutazione delle opzioni strategiche identificate dallo Stato maggiore dell'UE, che fa parte del Segretariato generale del Consiglio.

17 All'EUMS compete il processo di elaborazione, valutazione e riesame degli obiettivi in tema di capacità militare. Questo organo – anch'esso posto al di fuori della catena di comando – è composto di personale militare distaccato dagli Stati membri presso il Segretariato generale del Consiglio ed esercita tre principali funzioni: allerta rapida, valutazione delle situazioni e pianificazione strategica per le missioni dell'UE, sotto la direzione dell'EUMC.

18 Sia le spese amministrative, sia quelle operative impiegate per lo svolgimento di tali missioni sono a carico del bilancio dell'UE. Fanno eccezione quelle spese «derivanti da operazioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa, e a meno che il Consiglio, deliberando all'unanimità, decida altrimenti» – ovvero le operazioni militari – sostenute dagli Stati membri secondo un criterio di ripartizione basato sul prodotto interno lordo di ciascuno, a meno che il Consiglio non decida diversamente, pronunciandosi all'unanimità. TUE, art. 41, par. 2.

Nel 2004 il Consiglio ha istituito ATHENA, un meccanismo per gestire il finanziamento dei costi comuni delle operazioni militari dell'UE, nonché i costi sostenuti dagli Stati partecipanti.

19 TUE, art. 42, parr. 1 e 3.

20 Si veda, in part., quanto previsto dalle Dichiarazioni n. 13 e 14 allegate all'atto finale della conferenza che ha adottato il Trattato di Lisbona. La prima afferma che «le disposizioni del [TUE] riguardanti la politica estera e di sicurezza comune [...] lasciano impregiudicate [...] le competenze degli Stati membri [...] per la formulazione e la conduzione della loro politica estera» e «non pregiudicano il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri», mentre la seconda Dichiarazione aggiunge che «le disposizioni riguardanti la politica estera e di sicurezza comune [...] non incidono sulla base giuridica, sulle responsabilità e sui poteri esistenti di ciascuno Stato membro per quanto riguarda la formulazione e la conduzione della sua politica estera». Tali atti sembrano ridurre la portata delle disposizioni dei Trattati relative al dovere degli Stati membri di contribuire alla PSDC. P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Cambridge 2015, 454.

21 Una posizione particolare è riconosciuta agli Stati europei che non sono membri dell'UE, ma che sono parti della NATO (come la Turchia, l'Islanda e la Norvegia). Essi, infatti, solo per le missioni dispiegate ricorrendo alle risorse messe a disposizione dall'Alleanza Atlantica, hanno una sorta di 'diritto di partecipazione', potendovi prendere parte semplicemente espri-

tale partecipazione sono regolati mediante un accordo tra le parti²². Molti Stati terzi, inoltre, hanno stipulato degli accordi-quadro con l'UE per la partecipazione alle missioni di PSDC²³. In alcuni casi, infine, l'UE può avvalersi dei mezzi e delle risorse della NATO per svolgere le proprie missioni, secondo quanto previsto dagli Accordi Berlin Plus del 2003.²⁴”, seguito da una nota col seguente testo: “Tali accordi riuniscono i vari documenti e misure adottati dalle due Organizzazioni, a partire dal Vertice NATO di Berlino del 1996, allo scopo di costituire una partnership nel settore della sicurezza e della difesa. Nel caso in cui le operazioni militari dell'UE ricorrano ai mezzi e alle capacità della NATO, il Comandante dell'operazione corrisponde al Deputy Supreme Allied Commander in Europe (D-SACEUR). Qualora, invece, il quartier generale della missione sia messo a disposizione da uno Stato membro, è tale Stato a svolgere la funzione di ‘Nazione-quadro’ e a mettere a disposizione il Comandante dell'operazione.

3. Il quadro giuridico delle operazioni dell'UE

Alla base di ogni operazione di PSDC vi è una decisione adottata all'unanimità dal Consiglio su proposta dell'Alto rappresentante²⁴ la quale, generalmente, predispone la missione e il mandato, nonché la struttura e l'organizzazione, designa il Comandante dell'operazione o il Capomissione ed i quartier generali, stabilisce chi detiene il comando e il controllo e contiene disposizioni relative allo statuto delle forze, al finanziamento della missione, alle relazioni con altri Stati, alla loro partecipazione e a tutti gli altri aspetti relativi allo svolgimento della missione²⁵.

Per quanto concerne le fasi di pianificazione e di *decision-making*²⁶, il

mendo una volontà in tal senso, alla quale l'UE non ha la possibilità di opporsi. E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino 2012, 232.

22 TUE, art. 37.

23 Si vedano, ad esempio, gli accordi-quadro conclusi con gli Stati Uniti, GU L 143, 31 maggio 2011, p. 2; con la Turchia, GU L 189, 12 giugno 2006, p. 17; con l'Islanda, GU L 67, 14 marzo 2005, p. 2.

24 TUE, artt. 43, par. 2, 28, 31 e 42, par. 4.

25 Per le operazioni militari, vi è di solito un'ulteriore decisione del Consiglio la quale dà, in concreto, avvio all'operazione e al tempo stesso approva il piano operativo e le regole d'ingaggio.

26 Per le operazioni militari, si vedano i docc. del Consiglio 6432/15, “EU Concept for Military Planning at the Political Strategic Level”, 23 febbraio 2015, che definisce le fasi di pianificazione militare nell'ambito del Processo di Pianificazione generale, la sua struttura e i livelli a cui tale pianificazione avviene e stabilisce il ruolo dell'EUMC e dell'EUMS

Consiglio gioca un ruolo di primo piano, coadiuvato dal Consiglio europeo che fornisce un supporto strategico²⁷. Per svolgere tale compito, il Consiglio si avvale di alcuni organi preparatori e del lavoro svolto dall'Alto rappresentante, assistito dal Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE)²⁸. Le varie procedure portano alla stesura di quattro documenti di pianificazione, ognuno dei quali deve essere trasmesso al COPS e poi al Consiglio, dopo un esame effettuato dagli organismi ausiliari²⁹. Tra i documenti di carattere tecnico adottati esclusivamente per le operazioni militari vi sono le regole d'ingaggio (*Rules of Engagement*, ROE), richieste dal Comandante dell'operazione, elaborate dall'EUMC e adottate all'unanimità dal Consiglio. Si tratta di direttive politico-militari che disciplinano la possibilità di ricorrere all'uso della forza, ad esempio nel quadro di operazioni di *peace-keeping*, mentre nel caso di operazioni dotate di poteri coercitivi, le ROE specificano le ipotesi in cui i militari possono fare uso di armi³⁰.

Per quanto riguarda la catena di comando delle operazioni militari³¹, essa si basa su una 'responsabilità verticale', per cui ogni livello di comando

nel processo, e 17107/14, "European Union Concept for EU-led Military Operations and Missions", 19 dicembre 2014, che illustra e analizza le varie fasi di un'operazione militare.

27 Le procedure generali per la gestione delle crisi sono descritte nel doc. del Consiglio 7660/2/13, "Suggestions for crisis management procedures for CSDP crisis management operations", 18 giugno 2013.

28 TUE, art. 27, par. 3. Il SEAE è, di fatto, un servizio diplomatico a sostegno delle azioni e posizioni dell'UE. Per la struttura e i compiti, si veda la decisione del Consiglio 2010/427/UE del 26 luglio 2010, G.U: L 201, 3 agosto 2010, p. 30.

29 Questi documenti, via via sempre più dettagliati, sono, in ordine cronologico di emanazione: il "concetto di gestione delle crisi" (*crisis management concept*, CMC), attraverso cui si valuta l'opportunità d'intervento dell'UE mediante una missione di PSDC; le "opzioni strategiche (militari, di polizia o civili)" (*military/police/civilian strategic options*), messe a punto dall'EUMC per le operazioni militari e dal CIVCOM per quelle civili; il "Concetto dell'Operazione" (*concept of operation*, CONOPS) e il "piano operativo" (*operational plan*, OPLAN), definiti dal Comandante dell'operazione per le operazioni militari e dal Capomissione per le missioni civili e in seguito inviati al COPS, che li integra e li rielabora prima di trasmetterli al Consiglio affinché li adotti all'unanimità.

30 Le ROE sono informazioni classificate. È comunque previsto che l'uso della forza «is a necessary tool in EU-led military operations» e che «[a]ll use of force in EU-led military operations – in self-defence and under the [ROE] – must always be in conformity with international standards, especially international law as defined in applicable international treaties, customary international law and relevant decisions by international organisations». Doc. del Consiglio 17168/09, "EU Concept for the Use of Force in EU-led Military Operations", 4 dicembre 2009 (parzialmente declassificato), §§ 1-2.

31 Si veda il doc. del Consiglio 5008/15, EU Concept for Military Command and Control, 5 febbraio 2015.

(strategico-militare, operativo e tattico) è responsabile di stabilire i legami necessari con il livello immediatamente sottostante. Al gradino più alto vi è il Comandante dell'operazione³² (livello strategico-militare), il quale normalmente riceve il controllo operativo sulle forze messe a sua disposizione dai vari Stati partecipanti all'operazione tramite un 'trasferimento di autorità' (*transfer of authority*, TOA) e viene nominato *ad hoc* per ogni singola operazione. Attraverso il TOA, gli Stati delegano un certo grado di comando e di controllo all'Organizzazione³³, che solitamente consiste nel controllo operativo sulle truppe, comprendente anche il controllo a livello tattico, mentre trattengono su di esse il 'comando generale' (*full command*)³⁴, che si traduce, in particolare, in poteri disciplinari e nella titolarità dell'esercizio della giurisdizione penale.

L'UE, inoltre, è solita stipulare degli accordi internazionali con lo Stato ospitante la missione al fine di definire lo *status* del personale e dei mezzi dispiegati su quel territorio³⁵. Si tratta dei c.d. *Status of Forces Agreements* (SOFAs) per le operazioni militari e degli *Status of Mission Agreements* (SOMAs) per le missioni civili, i quali regolano, tra le altre cose, la risoluzione di controversie, l'esercizio della giurisdizione penale e le immunità spettanti al personale e agli *assets* dell'UE. A parte rarissime eccezioni³⁶, tali

32 Mentre il Comandante dell'operazione, investito del comando a livello strategico, risiede lontano dal territorio in cui si svolge la missione, sul campo opera il Comandante della forza, assistito nelle sue attività dal Quartier generale della forza. Egli, cui compete il comando tattico dell'operazione, è colui che rappresenta l'autorità militare di rango più elevato sul campo.

33 Talvolta gli Stati membri possono prevedere delle regole specifiche che si applicano ai propri contingenti (i c.d. *caveats*), ma queste possono solo costituire ulteriori limiti all'uso della forza o allo svolgimento di determinate attività e mai un ampliamento di tali poteri. L'eventualità che i contingenti nazionali siano soggetti a regole diverse circa l'uso della forza potrebbe far sorgere problemi d'interoperabilità in quanto, di fronte ai medesimi eventi, non tutti i contingenti statali sono autorizzati a reagire nella stessa maniera. Si veda su quest'ultimo punto A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione Europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino 2014, 205.

34 *The Handbook of the International Law of Military Operations* (a cura di T.D. Gill, D. Fleck), Oxford 2010, regola 15.01, 235; A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione Europea cit.*, 95; N. TSAGOURIAS, *The Responsibility of International Organizations for Military Missions*, in *International Military Missions and International Law* (a cura di M. Odello, R. Piotrowicz), Leiden 2011, 248.

35 *Ex artt. 37 del TUE e 218 del Trattato sul funzionamento dell'UE* (versione consolidata) (d'ora in avanti, TFUE), GU C 202, 7 giugno 2016, p. 47. Gli accordi sono conclusi dal Consiglio (non sono stipulati accordi misti nel settore della PESC).

36 Si veda il SOFA MONUC, 4 maggio 2000, art. 6(a), concluso dall'ONU e applicabile alle forze UE in relazione all'Operazione militare EUFOR RD Congo.

accordi non contengono disposizioni relative all'obbligo di rispettare il diritto internazionale³⁷. I SOFAs e i SOMAs creano comunque obblighi giuridici in capo all'UE³⁸ e pertanto costituiscono parte del diritto internazionale applicabile nell'ambito di un'operazione di PSDC.

Fino ad oggi l'UE ha condotto 35 missioni, di cui 15 ancora in corso³⁹. Le aree geografiche finora interessate dalle missioni UE comprendono i Balcani, l'Africa sub-sahariana e il Corno d'Africa, il Caucaso (Georgia) nonché alcuni Stati asiatici, tra cui Iraq, Afghanistan e Indonesia. Tra le missioni tuttora in corso, figurano le seguenti operazioni militari: EUFOR ALTHEA in Bosnia-Erzegovina (2004)⁴⁰; EU NAVFOR *Atalanta* in Somalia (2008)⁴¹; EUTM in Somalia (2010)⁴²; EUTM in Mali (2013)⁴³; EUMAM RCA nella Repubblica Centrafricana (2015)⁴⁴ ed EUNAVFOR *Sophia* nel Mediterraneo (2015)⁴⁵.

37 Il SOFA concluso tra ONU e Ruanda nel 1993 per la missione UNAMIR è stato il primo accordo contenente una clausola che imponeva all'ONU il rispetto «for the principles and spirit of the general conventions applicable to the conduct of military personnel». Si veda Agreement on the status of the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR), 5 novembre 1993, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1748, n. 30482, par. 7, lett. a.

38 È incerto se tali accordi creino obblighi di diritto internazionale anche in capo agli Stati membri. L'art. 216, par. 2, del TFUE prevede che «[g]li accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri», ma il verbo «vincolano» sembra riferirsi al diritto interno dell'UE. A sostegno di questa tesi è il fatto che la norma si indirizza anche alle istituzioni dell'UE le quali, tuttavia, non sono soggetti di diritto internazionale e pertanto non possono rispondere in giudizio per eventuali violazioni. Sul punto si vedano R. GOSALBO BONO, *Some Reflections on the CFSP Legal Order*, in *CMLR*, 2006, 354-356; C. TOMUSCHAT, *The International Responsibility of the European Union*, in *The European Union as an Actor in International Relations* (a cura di E. Cannizzaro), L'Aia 2000, 181; R.A. WESSEL, *The EU as a Party to International Agreements: Shared Competence, Mixed Responsibilities*, in *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape* (a cura di A. Dashwood, M. Maresceau), Cambridge 2008, 145-180.

39 I dati relativi alle missioni di PSDC sono reperibili sul sito del SEAE: <http://www.eeas.europa.eu> (visitato il 28 febbraio 2017).

40 Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio del 12 luglio 2004, GU L 252, 28 luglio 2004, 10.

41 Azione comune 2008/851/PESC del Consiglio del 10 novembre 2008, GU L 301, 12 novembre 2008, 33.

42 Decisione 2010/197/PESC del Consiglio del 31 marzo 2010, GU L 87, 7 aprile 2010, 33.

43 Decisione 2013/87/PESC del Consiglio del 18 febbraio 2013, GU L 46, 19 febbraio 2013, 27.

44 Decisione 2015/442/PESC del Consiglio del 16 marzo 2015, GU L 72, 17 marzo 2015, 39.

45 Decisione 2015/778/PESC del Consiglio del 18 maggio 2015, GU L 122, 19 maggio

4. Le norme primarie del diritto internazionale applicabili nell'ambito della PSDC

Al fine di poter configurare l'elemento 'oggettivo' dell'illecito internazionale nel quadro delle operazioni di PSDC – ovvero la violazione dell'obbligo internazionale – è dapprima necessario comprendere quali siano le norme del diritto internazionale che trovano applicazione in tale contesto. Si tratta di un passaggio-chiave – ciononostante spesso trascurato – nell'ambito di un contributo scientifico che tratti della responsabilità internazionale di entità giuridiche.

Innanzitutto, si deve considerare che i soggetti di diritto internazionale coinvolti nell'attuazione delle missioni di PSDC sono (almeno) due: l'UE, in quanto organizzazione internazionale⁴⁶, e gli Stati partecipanti. Questa precisazione non è di poco conto, ove si consideri che non tutti gli obblighi internazionali, sia di natura consuetudinaria sia convenzionale, si applicano e quindi vincolano entrambe le entità in questo settore⁴⁷.

Come abbiamo visto nell'Introduzione, i Trattati, specialmente il TUE, prevedono l'obbligo per l'UE di rispettare il diritto internazionale nell'attuazione della PSDC. Si tratta pertanto, dal punto di vista del diritto internazionale, di obblighi di natura pattizia *sui generis*, poiché derivano dall'atto costitutivo dell'Organizzazione⁴⁸. Se spostiamo l'attenzione sugli atti (azioni comuni e, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, decisioni) attraverso i quali il Consiglio dà avvio alle operazioni militari, si può tutta-

2015, 31.

46 È noto come le organizzazioni internazionali siano a tutti gli effetti soggetti di diritto internazionale in grado di essere destinatari di obblighi giuridici derivanti dal diritto internazionale stesso. Si veda CIG, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, parere consultivo dell'11 aprile 1949, 179.

47 Ciò, in ultima analisi, può comportare conseguenze sul piano dell'accertamento dell'illecito internazionale, in particolare ove la condotta illecita sia attribuita a uno dei due soggetti, ma l'obbligo violato non lo vincoli *de iure*.

48 Si è discusso molto in dottrina se le organizzazioni internazionali siano parti dei propri trattati istitutivi e se questi ultimi costituiscano veri e propri obblighi internazionali e non mere 'regole dell'organizzazione'. Per alcuni riferimenti sulla questione della natura di tali disposizioni si veda *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, UN Doc. A/66/10, p. 69, par. 88, art. 10, Commentario, punti 4-5. Si veda, inoltre, CIG, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, parere consultivo del 20 dicembre 1980, 89-90: «[i]nternational organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties» (enfasi aggiunto).

via notare come solo in due casi vi sia un riferimento esplicito all'obbligo di rispettare il diritto internazionale⁴⁹, ovvero per le due operazioni navali EUNAVFOR Atalanta⁵⁰ e Sophia⁵¹. Tale penuria normativa testimonia come gli obblighi internazionali gravanti sull'UE nello svolgimento delle operazioni di PSDC siano caratterizzati da una certa opacità⁵².

Di seguito ci concentreremo su due settori del diritto internazionale che, più degli altri, possono venire in rilievo nel contesto di operazioni di pace come quelle condotte dall'UE: i diritti umani e il diritto internazionale umanitario⁵³.

4.1 *Le norme sui diritti umani*

L'applicabilità dei diritti umani nei confronti dell'UE e degli Stati partecipanti nell'ambito della PSDC presenta alcuni problemi.

Cominciando l'analisi dalle regole dell'organizzazione e, in modo particolare, dal TUE, vi sono due disposizioni generiche, che fanno riferimento a questo tipo di norme: la prima configura il 'rispetto' dei diritti umani come valore fondante dell'UE, mentre la seconda ne prevede la 'tutela' nelle relazioni con il resto del mondo⁵⁴. Il problema che si pone riguarda la natura di tali disposizioni, che si configurano come 'principi ispiratori' dell'azione dell'Organizzazione piuttosto che come veri e propri obblighi giuridici.

Un'altra fonte di natura interna che viene in rilievo è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta UE), avente lo stesso valore giuridico dei Trattati⁵⁵. Questa riconosce un'ampia serie di diritti in tema di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia e le sue disposizioni si applicano «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione

49 Tale circostanza può essere spiegata dal fatto che si tratta, come visto, di due missioni dotate di mandati abbastanza ampi che incidono su settori particolari del diritto internazionale (quale il diritto del mare), ma a nostro parere ciò non giustifica l'assenza di disposizioni analoghe per le altre operazioni militari varate dall'UE.

50 Azione comune 2008/851/PESC *cit.*, considerando 2 e art. 2.

51 Dec. 2015/778/PESC *cit.*, considerando 6, 7, 9 e artt. 1 e 2.

52 A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione Europea cit.*, 217.

53 Altri settori che possono trovare applicazione nel quadro della PSDC sono, tra gli altri, quello riguardante l'uso della forza, il diritto internazionale del mare (con riferimento alle operazioni navali *Sophia* e *Atalanta*), il diritto dei rifugiati e il diritto internazionale penale, dei quali non ci occuperemo in questo lavoro. Si tenga inoltre presente che anche le risoluzioni del CdS costituiscono una fonte (di terzo grado) di obblighi internazionali.

54 TUE, artt. 2 e 3, par. 5.

55 TUE, art. 6, par. 1, c. 1.

[...] esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁵⁶. Ai nostri fini, le questioni che si presentano sono due: la prima è se i contingenti che prendono parte alle operazioni militari possano qualificarsi come 'organi' o 'organismi' dell'UE, la seconda è se la PSDC e le attività ivi comprese possano considerarsi una forma di attuazione del diritto dell'UE. Se, da una parte, la risposta a quest'ultima domanda ci sembra affermativa⁵⁷, poiché la PSDC mette concretamente in atto il diritto dell'UE, attraverso le decisioni del Consiglio, più incerta e tendente al negativo è la prima questione, della quale ci occuperemo meglio in seguito⁵⁸. Ne deriva, a nostro avviso, la difficile applicazione delle disposizioni della Carta UE nell'ambito della PSDC⁵⁹.

Per quanto riguarda le fonti pattizie diverse da quelle derivanti dal diritto dell'UE, è noto come i maggiori trattati sui diritti umani siano aperti esclusivamente all'adesione degli Stati e non anche delle organizzazioni internazionali⁶⁰. L'UE non è perciò formalmente vincolata dalle norme poste a tutela dei diritti umani contenute, ad esempio, nei Patti delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti sociali, economici e culturali, né,

56 Carta UE, art. 51, par. 1.

57 La questione dell'applicazione extraterritoriale della Carta UE viene qui in rilievo solo marginalmente, poiché dal dettato della Carta UE si evince che le norme ivi contenute si applicano alle attività dell'UE svolte sia entro i confini territoriali sia, come nel caso delle missioni di PSDC, al suo esterno.

58 Si veda infra, par. 5.

59 *Contra* V. MORENO-LAX, C. COSTELLO, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, in *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary* (a cura di S. Peers et al.), Oxford 2014, 1678-1679. Tale difficoltà – testimoniata dall'assenza nelle decisioni che hanno varato le missioni di un qualsiasi riferimento all'obbligo di rispettare la Carta UE – potrebbe essere superata identificando i contingenti che attuano le operazioni di PSDC come organi (decentrati) dell'UE; tuttavia tale prospettiva appare di difficile realizzazione, fintantoché non sarà costituito, in ossequio al dettato del TUE, un vero e proprio 'esercito comune' di difesa.

60 Un'eccezione in tal senso è rappresentata dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, il cui art. 43 prevede l'adesione anche delle organizzazioni regionali. L'UE ha firmato la Convenzione il 30 marzo 2007 e completato la procedura di adesione il 23 dicembre 2010, depositando la ratifica presso il Segretariato Generale delle NU. La Convenzione è, infine, entrata in vigore per l'Organizzazione il 22 gennaio 2011, costituendo un precedente unico. Un'altra eccezione è rappresentata dal tentativo (fallito) da parte dell'UE di aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che comporterebbe per l'Organizzazione l'obbligo, al pari degli Stati membri, di realizzare i diritti e rispettare le procedure derivanti dalla Convenzione. Quest'obbligo non sarebbe peraltro mediato, né mediabile, attraverso gli Stati membri dell'UE, ma graverebbe direttamente sull'UE.

ad esempio, dalla Convenzione relativa alla protezione dei rifugiati del 1951 o a quella contro la tortura del 1984. Una tesi che può essere avanzata per sostenere che l'Organizzazione sia vincolata da alcuni obblighi convenzionali posti a tutela dei diritti umani è quella di considerare tali norme come equivalenti a principi generali del diritto dell'UE, in virtù del fatto che pressoché tutti gli Stati membri hanno aderito alle principali convenzioni sul tema⁶¹.

Per quanto riguarda, infine, le fonti di terzo grado, obblighi per l'UE in materia di diritti umani sono sanciti nell'azione comune 2008/851/PESC relativa all'Operazione Atalanta – dove si prevede che, nel trasferimento delle persone arrestate a uno Stato terzo, questo deve avvenire in conformità al diritto internazionale dei diritti umani⁶² – e nella decisione 2015/778/PESC che ha varato l'Operazione *Sophia* – nella quale è previsto che questa sia condotta nel rispetto dei diritti umani⁶³.

Spostando l'attenzione sul diritto consuetudinario, possiamo affermare che questo costituisce la principale fonte di obblighi internazionali per l'UE in materia di diritti umani. La questione che tuttavia si presenta, ampiamente nota e dibattuta⁶⁴, riguarda la valutazione di quali norme sui diritti umani abbiano effettivamente lo *status* di diritto consuetudinario. Secondo l'opinione prevalente in dottrina, hanno senz'altro tale rango le norme poste a tutela del 'nocciolo duro' dei diritti umani, comprendente il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, di genocidio, di *apartheid* e tutte le c.d. *gross violations* dei diritti umani⁶⁵. In ogni caso, è probabile che tale *corpus* giuridico non aggiunga molto a quanto già previsto dall'art. 6 del TUE⁶⁶.

61 Per quanto riguarda gli obblighi derivanti dalla CEDU, l'art. 6, par. 3, del TUE prevede che «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». È stato sostenuto che questa norma vincoli l'UE al rispetto della CEDU nella sostanza, con la conseguenza che l'adesione alla Convenzione avrebbe solo un impatto per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali disponibili. F. NAERT, *Applicability/Application of IHL to International Organisations (IOs) Involved in Peace Operations*, in *Proceedings of the Bruges Colloquium. The Impact of International Humanitarian Law on Current Security Policy Trends*, Bruges 2002, 48.

62 Azione comune 2008/851/PESC *cit.*, art. 12, par. 2.

63 Dec. 2015/778/PESC, considerando 6.

64 Si vedano, tra gli altri, H. THIRLWAY, *Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues*, in *LJIL*, 2015, 495-506; J.P. FLAUS, *La protection des droits de l'homme et les sources de droit international*, Parigi 1995 e T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford 1989.

65 Si veda, su tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2014, 212.

66 F. NAERT, *The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law*

La conduzione delle missioni di PSDC, come accennavamo in precedenza, pone anche il problema dell'applicabilità delle norme sui diritti umani agli Stati che mettono a disposizione dell'UE i propri contingenti (Stati d'invio o fornitori). La questione principale⁶⁷ riguarda l'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani cui tali Stati sono formalmente vincolati⁶⁸. Com'è noto, ogni convenzione in materia contiene un'apposita clausola di giurisdizione che stabilisce in quali casi le relative disposizioni, o solo alcune di esse, trovano applicazione⁶⁹. Tale norma è interpretata in maniera diversa e in senso più o meno restrittivo a seconda dell'istanza giurisdizionale chiamata a pronunciarsi sul merito⁷⁰.

Per quanto riguarda gli obblighi sui diritti umani derivanti dalla Carta UE, non c'è dubbio, a nostro parere, che questi si impongano in capo agli Stati partecipanti alle missioni, applicandosi le disposizioni «agli Stati mem-

in *CSDP Operations*, in *International Law as Law of the European Union* (a cura di E. Cannizzaro, P. Palchetti, R.A. Wessel), Leiden 2011, 210.

67 Un altro problema è quello relativo alla 'derogabilità' di talune norme sui diritti umani, ad esempio di quelle della CEDU ai sensi dell'art. 15, in situazioni di emergenza, che potrebbero verificarsi durante una missione di PSDC.

68 Le operazioni di PSDC si svolgono, infatti, sul territorio di Stati non membri. Come recita l'art. 42, par. 1, del TUE, «l'Unione può avvalersi [*di mezzi civili e militari*] in missioni al suo esterno».

69 CEDU, art. 1; Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 2; Convenzione interamericana sui diritti umani, art. 1; Convenzione contro la tortura, artt. 2, par. 1, 5, parr. 1 e 2, 7, par. 1, 11, 12, 13, 16 e 22, par. 1.

70 Nel caso della CEDU, ad es., la Corte europea dei diritti dell'uomo ne prevede l'applicazione (oltre che, primariamente, sulla base del criterio territoriale), quando uno Stato parte esercita un controllo effettivo su di un territorio o detiene individui all'estero; più in generale, ogniquale volta lo Stato parte esercita pubblici poteri su di un territorio, sostituendosi al governo locale. Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, ricorso n. 52207/99, sentenza del 12 dicembre 2001; *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989; *Drozdz and Janousek c. Francia e Spagna*, ricorso n. 12747/87, sentenza del 26 giugno 1992; *Loizidou c. Turchia*, ricorso n. 15318/89, sentenza del 18 dicembre 1996; *Issa e altri c. Turchia*, ricorso n. 31821/98, sentenza del 16 novembre 2004; *Ilaşcu e altri c. Moldova e Russia*, ricorso n. 48787/99, sentenza dell'8 luglio 2004; *Öcalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99, sentenza del 12 maggio 2005; *Al Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08, sentenza del 30 giugno 2009; *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011; *Al-Jedda e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 27021/08, sentenza del 7 luglio 2011. In dottrina si vedano, tra gli altri, K. DA COSTA, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden-Boston 2013, 93-253; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino 2002.

bri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁷¹. Come abbiamo visto, infatti, la PSDC rappresenta un'attuazione del diritto dell'UE.

Al pari dell'UE, infine, gli Stati d'invio sono vincolati da tutte le norme consuetudinarie in materia di diritti umani anche in ambito extraterritoriale⁷².

4.2 *Le norme di diritto internazionale umanitario*

Prima di vedere quali sono le fonti e, in concreto, gli obblighi di diritto internazionale umanitario (DIU) che vincolano l'UE e gli Stati partecipanti alle missioni di PSDC, è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sull'applicabilità del DIU in generale in tale settore.

La prima questione che deve essere affrontata è relativa all'applicazione *ratione materiae* del DIU. Com'è noto, questo settore giuridico viene in rilievo in tre casi: 'conflitto armato', 'guerra dichiarata' e stato di 'occupazione'⁷³. In questa sede ci occuperemo della prima ipotesi, che è anche quella che, rispetto alle altre, ha maggiori probabilità di verificarsi nel corso di un'operazione militare dell'UE.

L'esistenza di un 'conflitto armato' ai fini dell'applicazione del DIU dipende dalle circostanze concrete del caso e la nozione è difficilmente inquadrabile in termini generali e, soprattutto, giuridici⁷⁴. Alcuni spunti in merito si possono ricavare dalla distinzione tra 'conflitti armati internazionali' (CAI)⁷⁵ e 'conflitti armati non internazionali' (CANI)⁷⁶. Mentre per i primi, secondo l'opinione prevalente⁷⁷, è sufficiente che vi sia il ricorso alla forza

71 Carta UE, art. 51, par. 1.

72 Occorre rilevare che i limiti all'ambito di applicazione dei diritti umani nella prassi statale, sui quali si basano le relative norme consuetudinarie, si dovrebbero applicare anche alle norme consuetudinarie sui diritti umani. In particolare, ogni elemento di extraterritorialità dovrebbe essere sufficientemente accettato dalla prassi degli Stati e accompagnato dall'*opinio iuris* per diventare diritto consuetudinario. F. NAERT, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflicts and Human Rights*, Anversa-Oxford-Portland 2010, 565-566.

73 Art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, art. 1 del Primo Protocollo Aggiuntivo del 1977 (I PA) e art. 1 del Secondo Protocollo Aggiuntivo (II PA).

74 La scelta di non codificare la definizione di 'conflitto armato' è stata dettata dalla necessità di non vincolare l'applicazione del DIU a standard giuridici sganciati dalle circostanze fattuali realmente esistenti. Si veda, ad esempio, Ministero della Difesa della Gran Bretagna, *The Manual of the Law of Armed Conflict* Oxford, 2004, par. 3.

75 Art. 2 comune e I PA.

76 Art. 3 comune e art. 1 II PA.

77 Si veda TPI per la ex-Jugoslavia, *Prosecutor v. D. Tadic*, causa n. IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1994, par. 84; Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), *How*

armata tra due o più Stati⁷⁸, i secondi richiedono che siano soddisfatte due condizioni: un certo grado di organizzazione delle parti e un certo livello d'intensità dello scontro⁷⁹.

A prescindere dalla qualificazione del tipo di conflitto armato in cui può essere coinvolta l'UE⁸⁰ e adottando la soglia 'ordinaria' di applicabilità del DIU⁸¹ elaborata per i CANI e adottata nella prassi anche per i CAI, si può constatare come finora le operazioni militari dell'UE non siano sfociate in conflitti armati, né siano intervenute⁸² in tale contesto. Ciò non esclude la

is the term "armed conflict" defined in international humanitarian law?, Opinion Paper, marzo 2008; J. S. PICTET, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'Amélioration du Sort des Blessés et des Malades dans les Forces Armées en Champagne*, Ginevra, 1952, 23; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Portland 2008, 76; E. DAVID, *Principes de droit de conflits armés*, Bruxelles 2002, 109; H.P. GASSER, *International Humanitarian Law: An Introduction*, in *Humanity for All: the International Red Cross and the Red Crescent Movement* (a cura di H. Haug), Berna 1993, 510-511; D. SCHINDLER, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, in *RCADI* 1979, 131. Non mancano voci discordanti in proposito, secondo le quali un conflitto armato – sia internazionale sia non internazionale – richiederebbe una certa durata e un certo livello d'intensità: si veda, tra gli altri, N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 2014, 156-157; International Law Association, *Final report on the meaning of armed conflict in international law*, 2010.

78 Sempre che non si tratti di «tensioni interne», «disordini interni» e comunque di atti sporadici di violenza su piccola scala. Si veda II PA, art. 1, par. 2.

79 TPI per la ex-Jugoslavia, Trial Chamber, *Prosecutor v. L. Boskoski and J. Tarculovski* causa n. IT-04-82, sentenza del 10 luglio 2008, par. 175 ss.; *Prosecutor v. Fatmir Limaj*, causa n. IT-03-66-T, sentenza del 30 novembre 2005, par. 94-170 e TPI per il Ruanda, *Prosecutor v. Rutaganda*, causa n. ICTR-96-3, sentenza del 6 dicembre 1999, par. 93.

80 A tal proposito. La determinazione del tipo di conflitto sarebbe particolarmente complessa nel caso in cui l'UE si trovi a dover fronteggiare un attore non statale. È stato sostenuto che, ai fini della qualificazione del tipo di conflitto, le organizzazioni internazionali dovrebbero essere equiparate agli Stati. Tale interpretazione estensiva ci sembra convincente da un punto di vista pratico, ma meno sotto l'aspetto strettamente giuridico. Si vedano M. ZWANENBURG, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden-Boston 2005, 182-186 e F. NAERT, *The Application of International Humanitarian Law and Human Rights cit.*, 198.

81 R. KOLB, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, Bruxelles 2002, 30-31. L'Autore ipotizza anche l'adozione di soglie di applicazione del DIU diverse nel caso di missioni di pace condotte da forze internazionali, le quali tuttavia rappresentano esclusivamente posizioni dottrinali non supportate da norme specifiche. Egli suggerisce, pertanto, di utilizzare anche in questi casi la nozione di "conflitto armato" così come elaborata dal diritto internazionale generale (*ivi*, 32-38).

82 La questione dell'intervento è interessante e richiede un'analisi a parte, che non possiamo compiere in questa sede. Basta qui dire che si è soliti distinguere il caso in cui un'or-

possibilità che tale situazione si prospetti in futuro, anche alla luce dell'estensione dello spettro di operazioni che l'UE può condurre e della tendenza al rafforzamento dei mandati riscontrabile nelle missioni più recenti.

La seconda questione preliminare riguarda l'applicabilità *ratione personae* del DIU. La prassi comune degli Stati indica che le forze messe a disposizione di organizzazioni internazionali devono sempre rispettare gli obblighi di DIU dei propri Stati d'invio⁸³, anche quando esse agiscono sotto il comando e/o il controllo di un'organizzazione⁸⁴. Con riferimento all'UE, tale posizione emerge dalla dichiarazione di Salamanca del 2002, in cui si afferma che la «*responsibility for complying with IHL, in cases where it applies, in a European Union led-operation, rests primarily with the State to which the troops belong*»⁸⁵. Tuttavia, l'UE è dotata di personalità giuridica e può essere considerata un soggetto di DIU⁸⁶ e quindi vincolata agli obblighi che da esso originano. Lo scenario che ne deriva prevede che ogni Stato d'invio sia sottoposto alle norme di DIU a esso applicabili e, parallelamente, l'UE sia vincolata dalle proprie: in sostanza, al pari di quanto visto in merito all'applicabilità delle norme sui diritti umani, vi è più di un soggetto titolare

ganizzazione internazionale, nel quadro di un CANI, interviene a fianco delle forze ribelli, da quello in cui la stessa si schiera a supporto delle forze rappresentative del Governo statale. Nel primo scenario avrebbe origine un CAI, mentre nel secondo la dottrina è divisa tra coloro che ritengono che il conflitto rimanga di carattere non internazionale e coloro i quali, invece, ritengono che si instauri un CAI. Non mancano opinioni più radicali, secondo le quali l'intervento di un'organizzazione nell'ambito di un CANI darebbe sempre luogo a un CAI, indipendentemente dalla parte a fianco della quale l'organizzazione si schiera. Si veda V. KOUTROULIS, *International Organisations Involved in Armed Conflict: Material and Geographical Scope of Application of International Humanitarian Law*, in *Proceedings of the Bruges Colloquium cit.*, 29-40.

83 Si veda, ad esempio, Ministero della Difesa del Regno Unito, *The Manual of the Law of Armed Conflict cit.*, 376 e il Bollettino del Segretario Generale delle Nazioni Unite sul rispetto del diritto internazionale umanitario da parte delle forze delle Nazioni Unite, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999, sez. 2.

84 Con riferimento alla prassi della NATO si veda M. ZWANENBURG, *Accountability of Peace Support Operations cit.*, 192.

85 La dichiarazione è frutto dei lavori svolti in occasione del Seminario europeo sul diritto internazionale umanitario del 22-24 aprile 2002 (corsivo aggiunto).

86 La stessa dichiarazione di Salamanca non sembra escludere questa conclusione, poiché, utilizzando l'avverbio «*primarily*», lascia intendere che, sebbene spetti in primo luogo agli Stati d'invio assicurare il rispetto del DIU da parte delle rispettive truppe, è pur vero che anche l'UE, in quanto organizzazione che si serve di tali contingenti, ha una parte di responsabilità nell'assicurare la conformità della loro azione agli obblighi di DIU.

di obblighi in materia⁸⁷. Ne consegue che sia l'UE, sia ogni singolo Stato partecipante, possono essere considerati Parti del conflitto⁸⁸.

Ciò premesso, occorre verificare quali norme di DIU siano in concreto applicabili all'UE. Iniziando l'analisi dalle fonti convenzionali, si può notare come non sia nessun riferimento, nei Trattati, al rispetto o alla promozione del DIU⁸⁹. Inoltre, al pari di quanto visto con riferimento ai diritti umani, l'UE non è parte di nessun trattato in materia⁹⁰. Alcuni Autori – a nostro

87 Sulla questione della *legal interoperability* nelle missioni dell'UE si veda F. NAERT, *Observance of International Humanitarian Law by Forces under the Command of the European Union*, in *Recueil of the XIXth International Congress of the International Society for Military Law and the Law of War (Québec City, 1–5 May 2012), Legal Interoperability and Ensuring Observance of the Law Applicable in Multinational Deployments* (a cura di S. Horvat, M. Benatar), International Society for Military Law and the Law of War, Bruxelles 2013, 373-404.

88 In dottrina è stata avanzata l'ipotesi di utilizzare il criterio del controllo effettivo – principio-cardine in tema di attribuzione di condotta – per determinare quale sia il soggetto qualificabile come Parte del conflitto armato. Si veda M. ZWANENBURG, *International Organisations vs. Troops Contributing Countries: Which Should be Considered as the Party to an Armed Conflict during Peace Operations?*, in *Proceedings of the Bruges Colloquium cit.*, 26-28.

La tesi è interessante ma non del tutto convincente, in quanto l'ambito applicativo del criterio è diverso: nel caso della configurazione dell'elemento soggettivo dell'illecito internazionale, esso costituisce unicamente un mezzo giuridico – benché ancorato su basi fattuali – per attribuire una determinata condotta a un soggetto piuttosto che ad un altro, a prescindere dalla titolarità di obblighi internazionali in capo a questi; nel caso di specie, invece, si tratterebbe di usare il medesimo criterio al fine di determinare l'entità giuridica destinataria di obblighi di diritto internazionale, e quindi svolgerebbe una funzione più ampia.

89 Si potrebbe tuttavia ritenere, attraverso un'interpretazione estensiva del dettato dei Trattati, che le disposizioni che sanciscono l'obbligo di rispettare i diritti umani facciano riferimento anche al DIU. A tal proposito, occorre notare che la disposizione dell'art. 6, par. 3, del TUE non utilizza il termine 'diritti umani', bensì quello più ampio di 'diritti fondamentali', probabilmente non a caso: le norme di DIU potrebbero essere considerate come dei 'diritti fondamentali' e quindi rientrare tra i principi generali di diritto dell'UE. In questo senso F. NAERT, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy cit.*, 529 e M. ZWANENBURG, *The Duty to Respect International Humanitarian Law during European Union-led Operations*, in *Human Rights in EU crisis management operations cit.*, 69.

90 Secondo l'opinione classica, tali accordi non sono aperti all'adesione delle organizzazioni internazionali, ma solo a quella degli Stati. Per quanto riguarda le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, la relativa clausola di accesso è riservata alle 'Potenze', mentre i Protocolli Aggiuntivi prevedono che essi siano aperti all'adesione delle 'Parti' delle Convenzioni di Ginevra. Una parte della dottrina fornisce invece un'interpretazione estensiva di questi termini, sostenendo che l'evoluzione delle attività delle organizzazioni internazionali le porta ad agire al pari degli Stati. Si vedano, tra gli altri, R. KOLB, G. PORRETTO, S. VITÉ, *L'application*

avviso correttamente – ritengono che, poiché una parte sostanziale del DIU è entrata a far parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri – essendo tutti gli Stati membri parti dei più importanti trattati internazionali in questo settore⁹¹ – tali disposizioni abbiano assunto il rango di principi generali del diritto dell'UE e quindi s'imporrebbero nei confronti dell'UE⁹², non solo sotto forma di diritto internazionale generale, ma anche come diritto dell'Organizzazione⁹³. D'altra parte, come ricordato in precedenza, ogni contingente che opera nell'ambito di un'operazione militare dell'UE è obbligato a rispettare le regole delle convenzioni di cui è parte il proprio Stato⁹⁴.

Per quanto riguarda gli obblighi di diritto consuetudinario, il problema principale consiste, anche qui, nella loro individuazione⁹⁵. A tal riguardo, l'UE ha affermato che molte delle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra e dei due Protocolli Aggiuntivi sono generalmente riconosciute come diritto consuetudinario⁹⁶. Alcune norme di DIU che possono trovare applicazione

du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales. Forces de paix et administrations civiles transitoires, Bruxelles 2005, 147.

91 Ad esempio, tutti gli Stati membri hanno aderito alle quattro Convenzioni di Ginevra e ai due Protocolli Addizionali (con la sola esclusione della Francia per il II PA), allo Statuto della Corte Penale Internazionale, alla Convenzione delle Nazioni Unite su certe armi convenzionali del 1980 e alla Convenzione di Parigi sulle armi chimiche del 1993.

92 F. NAERT, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy*, cit., 532 e V. FALCO, *The Internal Legal Order of the European Union as a Complementary Framework for Its Obligations under IHL*, in *ILR*, 2009, 195.

93 Questa interpretazione potrebbe essere utilizzata anche con riferimento agli artt. 21, par. 1 e 3, par. 5, del TUE, che impongono il rispetto del diritto internazionale, e quindi anche del DIU, da parte dell'UE nella sua azione di politica estera.

94 A tal proposito occorre notare che, sebbene tutti gli Stati membri siano parti dei principali trattati di DIU, vi sono alcune difformità per quanto riguarda altri accordi internazionali: Malta e Irlanda, ad esempio, non sono parti della Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954, mentre solo nel 2012 la Finlandia e la Polonia hanno aderito alla Convenzione di Ottawa sul divieto d'impiego, di stoccaggio, di produzione e di trasferimento delle mine anti-persona e sulla loro distruzione del 1997. Inoltre, l'apposizione di riserve rende la situazione ancora più complessa. In ogni caso, ci sembra che il crescente numero di adesioni ai più importanti trattati sul DIU, da una parte, e il fatto che una parte significativa delle norme in essi contenuti sia divenuta parte del diritto internazionale consuetudinario, dall'altra, riducano sensibilmente il problema della difformità delle norme di DIU applicabili nelle operazioni di PSDC.

95 Si veda a tal proposito lo Studio in tre volumi elaborato dal CICR, che elenca una serie di norme a carattere consuetudinario che si applicano nei conflitti armati: CICR, *Customary international humanitarian law* (a cura di J.-M. Henckaerts, L. Doswald Beck), Cambridge 2005.

96 Si veda la relazione di Anna Sotaniemi a nome dell'UE, *General Assembly Official*

nell'ambito di operazioni militari di PSDC che prevedono l'uso della forza sono, ad esempio, quelle riguardanti la distinzione tra civili e combattenti, la precauzione e la proporzionalità⁹⁷.

5. L'attribuzione delle condotte illecite

La questione dell'attribuzione di una condotta illecita nelle operazioni dell'UE (il c.d. elemento 'soggettivo' dell'illecito internazionale) è complessa e richiederebbe un'analisi che non è possibile compiere in questa sede, nella quale ci limiteremo a mettere in luce gli aspetti essenziali⁹⁸. La domanda principale che si pone all'attenzione dello studioso è la seguente: a quale soggetto deve essere imputata la violazione di un obbligo internazionale in un'operazione di PSDC? All'UE, in quanto entità giuridica sotto i cui auspici l'operazione è formalmente dispiegata, o agli Stati partecipanti, che mettono a disposizione i propri organi, i quali svolgono concretamente il mandato? E ancora: è possibile ipotizzare una doppia attribuzione di condotta?

La prima considerazione da fare è che il diritto internazionale è ancora in una fase di sviluppo riguardo a questa materia e le risposte che pos-

Records (61° sessione), A/C.6/61/SR.8, 15 novembre 2006, nella quale la funzionaria afferma che «most of the provisions of the Conventions [*le Convenzioni di Ginevra*] and their 1977 additional protocols are generally recognised as customary law» (§ 31).

97 Meritano una menzione gli atti di *soft law*. Tra questi spiccano le “EU Guidelines” (od “Orientamenti”) le quali, tuttavia – oltre ad avere carattere non vincolante – costituiscono un riferimento ‘politico’ principalmente incentrato sulla promozione del DIU tra gli Stati terzi e non riguardano, invece, le misure adottate dalle Istituzioni dell’UE e dai suoi Stati membri per assicurare l’osservanza del DIU nella loro condotta. Si vedano gli Orientamenti dell’Unione europea per promuovere l’osservanza del diritto internazionale umanitario (aggiornati), in GU C 303, 15 dicembre 2009, p. 12, in part. § 2. Altri strumenti non giuridicamente vincolanti sono le *Draft guidelines on protection of civilians in EU-led crisis management operations* (doc. del Consiglio 14805/03 del 14 novembre 2003), i *Generic Standards of Behaviour for ESDP Operations* (doc. del Segretariato del Consiglio 8373/3/05 REV 3 del 18 maggio 2005) e le *EU Guidelines on Children and Armed Conflict* (doc. del Consiglio 10019/08 del 5 giugno 2008). Questi atti menzionano l’importanza dell’osservanza e della promozione del DIU nell’ambito della PSDC, prevedendo, ad esempio, l’obbligo di perseguire qualsiasi violazione dello *ius in bello* commessa dal personale dell’UE e citando, in maniera talvolta esplicita, il DIU come fonte normativa che deve guidare l’azione dell’Organizzazione. Si vedano le *Draft guidelines cit.*, art. 7; *Generic Standards cit.*, par. 6 e *EU Guidelines cit.*, par. 9.

98 Sul tema in generale si veda A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni militari dell'Unione Europea*, Napoli 2016.

sono essere fornite hanno natura marcatamente speculativa, soprattutto in un settore di recente sviluppo com'è quello della PSDC nel quale la prassi giurisprudenziale è ancora scarsa⁹⁹. Ciononostante, un passo in avanti nella codificazione delle norme sull'attribuzione è stato compiuto con l'approvazione del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali (d'ora in avanti, Progetto) del 2011¹⁰⁰ elaborato dalla Commissione del diritto internazionale (CDI), il quale, pur non avendo carattere vincolante, è stato utilizzato come standard normativo di riferimento in sede giudiziale proprio in relazione al problema della responsabilità per illeciti internazionali commessi durante operazioni di pace¹⁰¹. Anche nel presente lavoro l'analisi si baserà su quanto disposto dal summenzionato Progetto.

Innanzitutto, nonostante qualche voce discordante in dottrina¹⁰², noi riteniamo che i contingenti statali che svolgono le missioni di PSDC non possano essere qualificati come organi dell'UE ai sensi dell'art. 6 del Progetto¹⁰³,

99 L'unico caso deciso in materia è relativo alla violazione di obblighi internazionali sui diritti umani (artt. 3 della CEDU e 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) da parte della Germania con riferimento al trasferimento di alcuni pirati somali al Kenya, catturati nel corso dell'Operazione *Atalanta*. Si vedano Tribunale amministrativo di Colonia (Verwaltungsgericht Köln), 11 novembre 2011, causa n. 25 K 4280/09, disponibile su <http://openjur.de/u/451905.html> e, in secondo grado, Corte d'appello amministrativa del Nord Reno-Vestfalia (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen), 18 settembre 2014, causa n. 4 A 2948/11, disponibile su <http://openjur.de/u/731026.html> (visitati entrambi il 5 febbraio 2017).

100 *Draft articles on the responsibility of international organizations*, A/CN.4/L.778, 3 giugno 2011.

101 Si vedano, in particolare, le sentenze rese dai tribunali olandesi nel caso *Nuhanović*: Corte distrettuale dell'Aia, *Nuhanović c. The State of the Netherlands*, causa n. 265615/Ha Za 06-17671, sentenza del 10 settembre 2008, par. 4.8; Corte d'Appello dell'Aja, causa n. 200.020.174/01, sentenza del 5 luglio 2011, par. 5.8; Corte Suprema d'Olanda, causa n. 12/03324, ECLI/NL/HR/ 2013/BZ9225, sentenza del 6 settembre 2013, par. 3.9.1 ss.

102 A. SARI, R.A. WESSEL, *International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime*, in *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension* (a cura di B. Van Vooren, S. Blockmans, J. Wouter), Oxford 2013, 126-141; P. J. KUIJPER, E. PAASIVIRTA, *EU International Responsibility and Its Attribution: From the Inside Looking Out*, in *The international responsibility of the European Union. European and international perspectives* (a cura di M. Evans, P. Koutrakos), Oxford-Portland 2013, 35-71.

103 *Conduct of organs or agents of an international organization*: «1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of that organization. 2. The rules of the organi-

né *de facto* né, tanto meno, *de iure*. Essi sono, infatti, primariamente sottoposti al 'comando generale' del proprio Stato d'invio, trasferendo all'UE solo il comando, talvolta non totale, a livello operativo attraverso il TOA. Né, al contrario di quanto si possa affermare con riguardo alla prassi relativa alle missioni di *peacekeeping* dell'ONU¹⁰⁴, l'UE considera tali contingenti come propri organi. Si tratta, a nostro avviso, di organi statali 'prestati' su base volontaria a un'organizzazione internazionale per svolgere, per un determinato periodo, compiti specifici. Non si configura, pertanto, quel legame organico tra UE e contingenti nazionali che darebbe alla prima la 'titolarità' delle azioni dei secondi.

Ai fini dell'attribuzione di condotte illecite viene pertanto in rilievo l'art. 7 del Progetto¹⁰⁵, che regola il caso degli organi di uno Stato o di un'organizzazione internazionale 'messi a disposizione'¹⁰⁶ di un'altra organizzazione internazionale. Esso prevede che una condotta deve essere imputata all'organizzazione 'ricevente' qualora essa eserciti un 'controllo effettivo'

zation shall apply in the determination of the functions of its organs and agents».

104 Emblematica, a tal proposito, è la dichiarazione del consigliere giuridico dell'ONU Hans Corell rilasciata nell'ambito dei commenti ai lavori sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, secondo cui «a United Nations peacekeeping force established by the Security Council or the General Assembly is a subsidiary organ of the United Nations», A/CN.4/541, 2004, § 36.

105 *Conduct of organs of a State or organs or agents of an international organization placed at the disposal of another international organizations*: «The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct».

106 Come ha chiarito la CDI nel Progetto sulla responsabilità degli Stati, la nozione implica che «the organ is acting with the consent, under the authority and for the purposes of the receiving State». *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. 2, Part. 2, par. 77, art. 6, Commentario, punto 2.

Vi dev'essere, quindi, un duplice legame tra l'organo messo a disposizione e lo Stato che lo utilizza: di tipo 'istituzionale', per effetto del quale l'organo svolge funzioni assegnate dallo Stato ricevente in connessione con la struttura di quello stesso Stato, e di tipo 'formale', per cui l'organo messo a disposizione agisce sotto la direzione e il controllo esclusivi dello Stato ricevente. Le operazioni militari dell'UE soddisfano tali criteri, poiché, come abbiamo visto, si basano su una decisione del Consiglio che le autorizza e ne sancisce l'avvio, sono poste sotto l'autorità delle strutture dell'UE e attuate al fine di realizzare gli obiettivi dell'Organizzazione sanciti dal TUE e dalla decisione che le vara. Sul contenuto del Progetto si veda *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (a cura di M. Ragazzi), Leiden-Boston 2013, in part. la Parte II ('Assessing the Commission approach'), 67-171.

su quella condotta. Sebbene non abbia ricevuto una definizione nel diritto internazionale, è generalmente accettato che tale criterio possa trovare applicazione nell'ambito di operazioni militari istituite da un'organizzazione internazionale ai fini dell'attribuzione di condotta¹⁰⁷ e che la sua esistenza debba essere valutata in base alle circostanze concrete del caso¹⁰⁸. Come chiarisce, infatti, il commentario al Progetto, il controllo effettivo si basa «on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization's disposal» e, a tal proposito, bisogna tenere conto delle «“full factual circumstances and particular context”»¹⁰⁹.

È indubbio che l'UE eserciti un certo grado di controllo (oltre che sull'operazione in quanto tale) sui contingenti nazionali che vi prendono parte. Il COPS, che agisce sotto l'autorità del Consiglio, si occupa del controllo politico e della direzione strategica di ogni singola operazione militare, mentre gli Stati membri trasferiscono parte della loro 'autorità di comando' sui propri contingenti al Comandante dell'operazione¹¹⁰. Il 'comando operativo' dei contingenti nazionali sul campo è nelle mani del Comandante dell'operazione e quindi, in ultima analisi, dell'UE. Tale «[c]ommand authority», tuttavia, non equivale al 'controllo effettivo' previsto dall'art. 7. La disposizione, infatti, non si riferisce a un controllo generico esercitato sulle truppe – controllo che, alla luce di quanto illustrato, potrebbe dirsi esistente, almeno per quanto riguarda l'ambito operativo – ma essa ha portata più ristretta, riferendosi al controllo attuato sulla specifica condotta che ha determinato la violazione di un obbligo internazionale¹¹¹.

Non è pertanto possibile determinare *ex ante* l'esercizio di un controllo

107 P. J. KUIJPER, E. PAASIVIRTA, *EU International Responsibility and Its Attribution cit.*, 53.

108 P. KLEIN, *The Attribution of Acts to International Organizations*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 300.

109 *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, cit., Parte Seconda, Cap. II, art. 7, Commentario, punto 4.

110 L'“EU Concept for Military Command and Control”, che dispone le varie procedure per stabilire il Comando e il Controllo nelle operazioni military dell'UE, stabilisce che «[f]or the conduct of an EU-led military operation, the OpCdr [*il Comandante dell'operazione*] will be given the appropriate Command authority, allowing him sufficient flexibility (e.g. OPCON [*operational control*] or possibly OPCOM [*operational command*]) over forces by Transfer of Authority (TOA) from the contributing MS [*Member States*] and non-EU TCN [*Stati d'invio*]». Doc. del Consiglio 5008/15 cit., par. 20(b).

111 *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, cit., Parte Seconda, Cap. II, art. 7, Commentario, punto 4.

effettivo dell'UE sulla condotta incriminata. A tal fine è necessario, invece, compiere un'analisi 'caso per caso' che determini quale soggetto abbia emanato l'ordine di compiere l'azione che ha violato un obbligo internazionale e avesse, inoltre, il potere di prevenirla¹¹². Tale analisi potrà mettere in luce anche la presenza di eventuali elementi che spostano, per così dire, la titolarità della condotta illecita dall'UE allo Stato d'invio. In particolare, nel caso di ordini *cutting-across* indirizzati ai contingenti militari¹¹³, le condotte di questi ultimi, ove si conformino a tali ordini, difficilmente potranno essere considerate sottoposte al controllo effettivo dell'Organizzazione, con la conseguenza che l'art. 7 del Progetto non troverà applicazione e, di conseguenza, le condotte in parola dovranno essere attribuite allo Stato d'invio¹¹⁴.

6. (segue) L'ipotesi della doppia attribuzione

Un'attribuzione di questo tipo nell'ambito delle operazioni di PSDC si può teoricamente ipotizzare quando non emerga, in modo sufficientemente chiaro, il controllo effettivo esercitato dall'UE sulla condotta incriminata¹¹⁵ e non vi sia, allo stesso tempo, un controllo esclusivo da parte dello Stato d'invio. Abbiamo visto che i contingenti obbediscono alle direttive del Comandante della Forza, ma sono sottoposti al 'comando generale' del proprio Stato d'invio, il quale conserva poteri disciplinari e giurisdizionali su di questi e può, inoltre, decidere in merito a tutta una serie di aspetti, quali la partecipazione a una determinata operazione, il ritiro delle truppe dalla stessa, il numero di uomini da mettere a disposizione dell'UE, ecc. In questo scenario, l'ipotesi della doppia attribuzione può rappresentare una soluzione

112 L'elemento del *power to prevent* è stato introdotto dalla giurisprudenza della Corte d'Appello dell'Aja nel caso *Nuhanović c. The State of the Netherlands cit.*, par. 5.18. Si tratta di un concetto innovativo e interessante, che contribuisce a fare maggiore chiarezza in merito a quale sia il soggetto che detiene un controllo effettivo sulla condotta incriminata ai sensi dell'art. 7 del Progetto.

113 Anche dei *cutting-across orders* – ovvero degli ordini provenienti dalle autorità nazionali che 'tagliano' la catena di comando predisposta dall'organizzazione internazionale – si è occupata la giurisprudenza olandese in merito al caso *Nuhanović*. Si vedano, in part., Corte distrettuale de L'Aia, *Nuhanović c. The State of the Netherlands cit.*, par. 4.14.1 e Corte Suprema, *Nuhanović c. The State of the Netherlands cit.*, par. 3.11.3.

114 Ai sensi del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati e, con tutta probabilità, dell'art. 8 (*Comportamento sotto la direzione o il controllo di uno Stato*).

115 In tal senso, si veda B. KONDOCH, *The Responsibility of Peacekeepers, Their Sending States, and International Organizations*, in *The handbook of the international law of military operations cit.*, 523.

valida allo scopo di regolare tale questione¹¹⁶. Anche la CDI ha ammesso tale possibilità, precisando tuttavia che essa «*may not frequently occur in practice*»¹¹⁷.

Una doppia attribuzione può verificarsi, inoltre, quando la condotta è attuata da un individuo o un gruppo d'individui agente per conto di più di un'entità allo stesso tempo¹¹⁸. Tale eventualità con riferimento alle missioni dell'UE potrebbe insorgere, ad esempio, nei casi in cui il contingente 'prestato' all'Organizzazione è sottoposto sia alle direttive provenienti dal proprio Stato d'invio, sia a quelle emanate, ai vari livelli, dalle istituzioni e dagli organi dell'UE. Un aspetto problematico, tuttavia, consiste nello stabilire i criteri sulla base dei quali valutare questa 'doppia appartenenza': si deve ricorrere a criteri formali (o organici) oppure a criteri di tipo fattuale, come per l'applicazione del test del controllo effettivo? In quest'ultimo caso, che tipo di controllo deve essere esercitato su tali individui affinché vi possa essere attribuzione di condotta? In altre parole, qual è la 'soglia minima' di controllo richiesta? Tali interrogativi non hanno ancora ricevuto una risposta convincente in dottrina né possiamo ricavare indicazioni dalla giurisprudenza¹¹⁹.

116 La difficoltà di questo approccio consiste principalmente nel distribuire equamente il 'peso' della responsabilità tra Stato d'invio ed UE: in termini concreti, si dovrà valutare quale sia il danno arrecato alle vittime dell'atto illecito (laddove esso sia quantificabile) e in quale misura ciascuna parte dovrà risponderne sul piano internazionale.

117 *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, cit., Parte Prima, Cap. II, Commentario, punto 4. La CDI, invero, non approfondisce la questione, citando solo l'esempio di doppia attribuzione a due organizzazioni internazionali nel caso in cui queste istituiscano organi comuni e agiscano attraverso di questi.

118 F. MESSINEO, *Attribution of conduct*, in *Principles of shared responsibility in international law. An appraisal of the state of the art* (a cura di A. Nollkaemper, I. Plakokefalos), Cambridge 2014, 67-78.

119 La sentenza della Corte d'Appello dell'Aia sul caso *Nuhanović* rappresenta un esempio di questo nuovo approccio interpretativo. I giudici olandesi, in particolare, hanno dichiarato che «the possibility that more than one party has 'effective control' is generally accepted, which means that it cannot be ruled out that the application of this criterion results in the possibility of attribution to more than one party». Corte d'Appello dell'Aja, *Nuhanović c. The State of the Netherlands cit.*, par. 5.9. Inoltre, adottando un'interpretazione del criterio del controllo come *power to prevent*, i giudici hanno aperto le porte a una possibile doppia attribuzione di condotta. Ove si accerti che lo Stato d'invio mantenga sulle proprie truppe poteri disciplinari, amministrativi e sanzionatori, la conseguenza è, infatti, che, in caso di non ottemperanza alle istruzioni ricevute dall'organizzazione, è il più delle volte lo Stato che ha il potere di intervenire per prevenire l'illecito. Una valutazione di questo tipo apre la possibilità di attribuire una condotta sia all'organizzazione sia allo Stato d'invio, poiché la sua 'prevenzione' può essere quasi sempre svolta da entrambi i soggetti.

Anche il Progetto del 2011 non ci sembra, allo stato attuale, in grado di rispondere a queste domande, poiché, a parere dello scrivente, esso è orientato all'attribuzione 'univoca' di condotta. Una strada percorribile potrebbe essere quella di utilizzare la doppia attribuzione come una sorta di *default attribution rule* e applicarla nei casi in cui si accerti che l'UE non abbia esercitato un controllo effettivo su una condotta specifica, poiché quest'ultima è originata da una decisione presa dallo Stato, ma abbia comunque influenzato il verificarsi di tale fatto illecito, ad esempio autorizzando l'azione¹²⁰. Tuttavia, è inevitabile osservare come ogni sforzo di configurare una doppia attribuzione di condotta nelle operazioni di PSDC si scontri, da una parte, con la mancanza di chiari riferimenti normativi e, dall'altra, con una giurisprudenza ancora timida e, a nostro avviso, non sempre convincente. In con-

L'approccio 'dualistico' adottato dalla Corte d'Appello è stato confermato nella sentenza emanata dalla Corte Suprema, la quale ha rigettato il ricorso presentato dall'Olanda. I giudici hanno ritenuto che sia l'Olanda sia l'ONU potessero avere un controllo effettivo sulla medesima condotta illecita, sostenendo che l'attribuzione di tale condotta allo Stato olandese non precludeva in nessun modo la possibilità che anche l'ONU potesse esercitare tale tipo di controllo sulle truppe olandesi e richiamando, a questo proposito, gli artt. 7 e 48, par. 1, del Progetto del 2011. Corte Suprema d'Olanda, *Nuhanović c. The State of the Netherlands cit.*, in part. par. 3.11.2.

A nostro avviso, il ragionamento su cui si basano le Corti per sostenere che vi possa essere una doppia attribuzione, ovvero che più entità possano esercitare un controllo effettivo sulla condotta di un gruppo d'individui allo stesso tempo, non corrisponde al contenuto dell'art. 7. Sebbene nel Commentario la CDI arrivi a sostenere tale possibilità, a noi sembra che il concetto in questione sia connotato da una serie di elementi, tra cui il nesso causale esistente tra il controllo e la commissione dell'illecito e il fatto che tale controllo debba essere esercitato su una specifica azione, che rendono logicamente impossibile configurare una situazione di duplice controllo effettivo. A parere dello scrivente, inoltre, tale ipotesi è contraria allo scopo della disposizione e renderebbe ulteriormente incerto e difficile l'accertamento della responsabilità internazionale. Infatti, l'art. 7 configura una sorta di 'eccezione' rispetto al modello organico di attribuzione di condotta, nel quale il comportamento di organi statali dovrebbe normalmente essere attribuito allo Stato ai sensi dell'art. 4 del Progetto sulla responsabilità degli Stati.

Altri casi di doppia attribuzione sono *Madri di Srebrenica* (Corte distrettuale dell'Aja, *Mothers of Srebrenica c. The State of the Netherlands*, causa n. 09/295247/ HA ZA 07-2973, sentenza del 17 luglio) e Corte europea dei diritti umani, *Al Jedda c. Regno Unito cit.*

120 Un siffatto scenario può verificarsi nel quadro dell'Operazione *Atalanta* e, in particolare, con riferimento al 'diritto di visita' sui natanti sospettati di commettere atti di pirateria. Tale decisione spetta, infatti, al comandante nazionale della nave, che ha discrezione in merito, mentre l'autorizzazione di esercitare in concreto tale diritto promana dal Comandante della forza e, quindi, dall'UE. Si veda sul punto A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite cit.*, 134-139, in part. 137.

clusione, la doppia attribuzione di condotta, sebbene auspicabile¹²¹, rimane ad oggi un'ipotesi teorica.

7. Osservazioni conclusive

Si è cercato in questa sede di configurare gli elementi dell'illecito internazionale dell'UE nello svolgimento di operazioni di PSDC. Gli aspetti problematici che sono emersi dall'analisi sono riassumibili in tre punti.

Innanzitutto, non vi è molta chiarezza in merito alle norme primarie del diritto internazionale che vincolano l'UE in questo settore. I riferimenti rinvenibili nei Trattati sono, infatti, generici, mentre disposizioni in tal senso sono assenti negli accordi sottoscritti con gli Stati ospitanti le missioni. Un'inversione di tendenza sembra essere rappresentata dalle norme contenute nelle più recenti decisioni del Consiglio sull'avvio delle Operazioni *Atalanta* e *Sophia*. Ciononostante, l'identificazione degli obblighi di diritto internazionale applicabili nelle operazioni dell'UE richiede un'opera di ricostruzione e analisi che, alla luce dello sviluppo della PSDC, appare quanto mai necessaria.

In secondo luogo, si presenta il problema dell'applicazione *ratione personae* del diritto internazionale. Abbiamo visto che l'UE, da una parte, e gli Stati partecipanti, dall'altra, non sono vincolati dai medesimi obblighi internazionali, né è chiaro, per taluni settori specifici, quale sia il soggetto destinatario delle relative norme. A parere dello scrivente, è necessario ammettere che sia l'UE, sia gli Stati partecipanti, poiché entrambi soggetti del diritto internazionale, sono vincolati dalle rispettive norme e obbligati a rispettarle durante lo svolgimento delle operazioni.

A questo proposito, al fine di configurare l'illecito internazionale nel caso di violazioni di tali obblighi, diventa decisivo l'elemento dell'attribuzione delle condotte, che costituisce il terzo punto critico della nostra analisi. Adottando come riferimento normativo l'art. 7 del Progetto della CDI, i problemi che emergono sono due. Innanzitutto, è necessario stabilire l'esatta portata del criterio del controllo effettivo. L'altro problema è che l'articolo in questione non ammette, a nostro avviso, una doppia attribuzione di con-

121 Essa, infatti, amplierebbe la possibilità per la parte lesa di ottenere riparazione e quindi un rimedio effettivo, potendo ricorrere in via giudiziale sia contro l'UE, sia contro uno o più Stati. La doppia attribuzione di una condotta illecita impedirebbe agli Stati, pertanto, di nascondersi dietro lo 'scudo' costituito dall'organizzazione (il c.d. *organizational veil*), prevedendo anche per essi l'obbligo di fornire un'adeguata riparazione e, inoltre, può fornire un incentivo all'UE e agli Stati partecipanti alle missioni affinché questi non commettano violazioni del diritto internazionale.

dotta, soluzione che d'altro canto riteniamo auspicabile con riferimento alle missioni dell'UE e, più in generale, per le operazioni condotte sotto gli auspici di un'organizzazione internazionale che prevedono la partecipazione di organi statali.

VITO TODESCHINI

Il controllo sulle forze multinazionali nelle operazioni di pace: attribuzione della condotta e identificazione delle parti belligeranti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve inquadramento teorico. – 3. Il test di controllo globale. – 4. Il test di controllo effettivo ex Articolo 7 ARIIO. – 5. Il dibattito dottrinale. – 6. L'identificazione delle Parti belligeranti nelle operazioni di pace. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Le operazioni di pace sono generalmente impiegate per far fronte a crisi politiche, militari e/o umanitarie che rechino una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. Per operazioni di pace si intendono, ai presenti fini, le operazioni multinazionali create o autorizzate dal Consiglio di sicurezza in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite (NU),¹ il cui comando sia affidato a un'organizzazione internazionale.² Tale definizione non distingue fra operazioni c.d. di *peacekeeping*, *peace enforcement* o *enforcement*.³

1 *Carta delle Nazioni Unite*, San Francisco, 26 giugno 1945, Artt. 39–42. Tali operazioni sono create nell'ambito del c.d. sistema di sicurezza collettiva. Cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 2014, 61 ss. Cfr. anche B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova 2012.

2 L'analisi si concentrerà sulle operazioni guidate dalle Nazioni Unite (NU) o dalla NATO. Va tuttavia ricordato che le operazioni di pace possono essere dirette da altre organizzazioni internazionali, come l'Unione Europea o l'Unione Africana.

3 Per un'analisi dei relativi concetti, cfr. *The Handbook of the International Law of Military Operations* (a cura di T.D. Gill, D. Fleck), Oxford 2015, 3-4. Sulle operazioni di

A prescindere dallo specifico mandato assegnato a un'operazione di pace, le forze multinazionali possono di fatto essere coinvolte nelle ostilità contro forze armate statali o contro gruppi armati organizzati. Ciò può avvenire anche in assenza di un'autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di sicurezza.⁴ Alle relative azioni di condotta bellica divengono applicabili le regole del diritto internazionale umanitario (DIU).⁵ Per stabilire specificamente quali norme si applichino è necessario identificare chi, tra lo Stato di provenienza delle truppe e l'organizzazione alla guida dell'operazione, sia la Parte belligerante soggetta alle norme del DIU.⁶

Di regola il coinvolgimento nelle ostilità delle forze armate di uno Stato rende quest'ultimo una Parte belligerante ai sensi del DIU. La partecipazione a un'operazione di pace, tuttavia, spesso comporta un trasferimento di autorità sulle truppe dallo Stato all'organizzazione internazionale,⁷ e il conseguente

pace cfr. anche M. FRULLI, *Le Operazioni di Peacekeeping delle Nazioni Unite: Continuità di un Modello Normativo*, Napoli 2012.

4 C. GREENWOOD, *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, in *YIHL*, 1998, 11.

5 È utile ricordare che il diritto internazionale umanitario (DIU) distingue fra conflitti armati internazionali e non internazionali. I primi sono conflitti fra Stati, mentre i secondi sono conflitti fra Stati e gruppi armati o fra gruppi armati. Per aversi un conflitto armato non internazionale è inoltre necessario che le ostilità raggiungano un certo livello di intensità e che il gruppo armato sia organizzato. Cfr. TPI per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Tadić*, caso IT-94-1, decisione del 2 ottobre 1995, par. 70; *Prosecutor c. Tadić*, caso IT-94-1, sentenza del 7 maggio 1997, par. 562. Ai conflitti armati internazionali si applicano le quattro Convenzioni di Ginevra (CG) e il primo Protocollo aggiuntivo, se ratificato. Nei conflitti armati non internazionali si applicano solamente l'Articolo 3 comune alle CG e il secondo Protocollo aggiuntivo, se ratificato e se gli ulteriori requisiti ivi previsti sono soddisfatti.

6 Le organizzazioni internazionali provviste di personalità giuridica sono soggette al diritto internazionale tanto pattizio quanto consuetudinario. Cfr. Corte Internazionale di Giustizia, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, parere consultivo del 20 dicembre 1980, par. 37. Le CG e i Protocolli aggiuntivi non prevedono che un'organizzazione internazionale possa accedervi. Per tale ragione le NU e la NATO sono vincolate solamente dal DIU consuetudinario. Obblighi ulteriori possono tuttavia essere assunti in maniera unilaterale. Cfr. *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999; P.M. OLSON, *Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law: A NATO Perspective*, in *Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations* (a cura di E. de Wet, J. Kleffner), Pretoria 2014. In relazione alla classificazione dei conflitti armati di cui un'organizzazione internazionale sia Parte belligerante, cfr. *infra* nota 16.

7 Al riguardo i principali concetti di riferimento sono il pieno comando (*full command*) e il controllo operativo (*operational control*). Cfr. *infra* in questa sezione.

mutamento dell'attribuibilità della loro condotta dal primo alla seconda.⁸ Dal punto di vista dell'applicazione del DIU il trasferimento di autorità e la diversa attribuibilità della condotta delle truppe hanno l'effetto, in linea di principio, di rendere l'organizzazione internazionale Parte belligerante di un conflitto armato nel caso in cui le forze multinazionali siano coinvolte nelle ostilità. Ciò può avvenire ad esclusione dello Stato o, in alternativa, rendere sia l'organizzazione internazionale che lo Stato Parti belligeranti.⁹ Chiarire se sia l'organizzazione internazionale, lo Stato o entrambi a divenire Parti belligeranti in un conflitto armato è necessario a determinare quali norme regolino la condotta bellica delle forze multinazionali e quale entità debba ritenersi internazionalmente responsabile per eventuali violazioni del DIU.

Alla luce delle suddette considerazioni, il presente contributo intende esaminare la questione dell'identificazione delle Parti belligeranti nel contesto delle operazioni di pace. A tal fine si dovrà comprendere se la condotta delle truppe sia attribuibile all'organizzazione internazionale o allo Stato, ossia chi eserciti il controllo su di esse in seguito al trasferimento di autorità. A sua volta ciò richiederà di stabilire quale test di controllo sia più appropriato allo scopo.

L'esigenza di porre l'accento sulla questione del controllo deriva dal fatto che in mancanza di forze armate proprie un'organizzazione internazionale necessita di esercitare sulle truppe un certo grado di autorità trasferito *ad hoc* dagli Stati nell'ambito della partecipazione a un'operazione di pace. In termini giuridici si tratta quindi di definire a quali condizioni la condotta delle truppe messe a disposizione di un'organizzazione internazionale divenga ad essa attribuibile ai sensi del DIU. Poiché le norme del DIU non offrono indicazioni specifiche al riguardo, la dottrina ha rivolto la propria attenzione altrove. Più precisamente sono stati presi in considerazione il test di controllo globale (*overall control*) elaborato dal Tribunale Internazionale Penale per l'ex Jugoslavia (TIPJ)¹⁰ e il test di controllo effettivo (*effective control*) codificato nell'Articolo 7 del Progetto di Articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali (ARIO).¹¹ Il presente contributo si propone di analizzare entrambi i test e di determinare quale sia il più adatto all'identificazione delle Parti belligeranti nelle operazioni di pace.

Nel contesto in esame sono rilevanti anche le nozioni militari di comando

8 L'attribuzione della condotta consiste nel connettere l'azione o l'omissione di una persona fisica a un'entità astratta, ossia uno Stato o un'organizzazione internazionale. Cfr. *Commentary to the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, in *YILC*, 2001, vol. II, Part Two (CDI, *ARS Commentary*), 36, par. 12.

9 Cfr. *infra* sezione 5.

10 *Prosecutor c. Tadić*, caso IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999.

11 *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two (ARIO).

e controllo. In termini di dottrina militare questi concetti fanno riferimento all'autorità di un comandante di dirigere le forze ad esso assegnate e di organizzarle, controllarle e coordinarle le attività per l'attuazione di un mandato politico-militare.¹² Nelle operazioni di pace gli accordi di comando e controllo determinano il livello di autorità su un contingente militare che uno Stato trasferisce a un'organizzazione internazionale per implementare uno specifico mandato adottato dal Consiglio di sicurezza. Due concetti relativi a tali accordi sono qui particolarmente rilevanti: il pieno comando (*full command*) e il controllo operativo (*operational control*). Il pieno comando è un attributo della sovranità statale da cui discende, da un lato, la facoltà di partecipare e ritirarsi discrezionalmente da una missione militare e, dall'altro, la prerogativa dell'esercizio esclusivo della giurisdizione penale e disciplinare sulle forze armate. Questo livello di comando è sempre conservato dagli Stati.¹³ Il controllo operativo può invece essere trasferito a organizzazioni quali le NU o la NATO allo scopo di attuare il mandato del Consiglio di sicurezza e raggiungere gli obiettivi strategici assegnati a una specifica operazione.¹⁴

A livello giuridico i concetti di pieno comando e controllo operativo concorrono a stabilire l'attribuzione della condotta delle truppe nelle operazioni di pace, la quale come si è accennato rileva sia ai fini della responsabilità internazionale che dell'applicazione del DIU. Prima di esaminare i nessi tra tali concetti e i due citati test di controllo, nonché il ruolo da questi svolto in merito all'identificazione delle Parti belligeranti nelle operazioni di pace, è utile considerare alcune questioni più generali.

2. Breve inquadramento teorico

Al quesito che sta al centro della presente analisi si legano tre interrogativi di carattere teorico. Primo: qual è il ruolo dell'attribuzione della condotta all'interno del DIU e del diritto della responsabilità internazionale? Secondo: quale peso ha in merito la dicotomia norme primarie/norme secondarie? Terzo: la medesima operazione, ossia l'attribuzione della condotta, ammette l'utilizzo di test differenti senza che ciò comporti una frammentazione del diritto internazionale? Tali questioni toccano problemi di ampia portata di diritto internazionale gene-

12 North Atlantic Treaty Organization, *Allied Joint Doctrine*, AJP-01(D), dicembre 2010, par. 0605; UN Department of Peacekeeping Operations, *Authority, Command and Control in United Nations Peacekeeping Operations*, Ref.2008.4, febbraio 2008, par. 8.

13 T.D. GILL, *Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations*, in *NYIL*, 2011, 46.

14 *Ibid.*, 46-47.

rale, che per ragioni di spazio possono qui solamente tratteggiarsi.

In generale, l'attribuzione della condotta consiste nel collegare gli atti di un individuo o di un gruppo di individui a un'entità astratta portatrice di obblighi internazionali. In relazione al diritto della responsabilità internazionale, l'attribuzione della condotta è uno dei due elementi costitutivi dell'atto internazionalmente illecito, l'altro essendo la violazione di una norma internazionale. A sua volta la commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di uno Stato o di un'organizzazione internazionale ne determina la responsabilità e i conseguenti obblighi in termini di riparazioni.¹⁵

Con riguardo al DIU l'attribuzione della condotta serve a identificare le Parti belligeranti in un conflitto armato: da un lato può impiegarsi per la riclassificazione di un conflitto da non-internazionale a internazionale quando un gruppo armato sia controllato da uno Stato;¹⁶ dall'altro lato può utilizzarsi per determinare l'applicabilità *ratione personae* delle norme pattizie del DIU. Quest'ultimo è l'aspetto rilevante ai presenti fini: poiché le organizzazioni internazionali non possono accedere alle Convenzioni di Ginevra (CG) e ai Protocolli Aggiuntivi, stabilire che la Parte belligerante in un'operazione di pace sono le NU o la NATO, invece che lo Stato, fa sì che la condotta bellica delle forze multinazionali sia regolata dalle norme applicabili a tali organizzazioni internazionali, ossia il DIU consuetudinario e qualsiasi altra norma accettata unilateralmente.¹⁷

15 *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part II (ARS), Artt. 1-2; ARIQ, Artt. 3-4.

16 J. SOMER, *Acts of Non-State Armed Groups and the Law Governing Armed Conflict*, ASIL Insights, 10/21, 24 agosto 2006 disponibile su <https://www.asil.org/insights/volume/10/issue/21/acts-non-state-armed-groups-and-law-governing-armed-conflict> (visitato il 14 settembre 2016). Come si vedrà, il TPI per l'ex Jugoslavia ha stabilito che un conflitto *prima facie* non-internazionale tra un gruppo armato organizzato e uno Stato può riclassificarsi come internazionale se si prova che un secondo Stato esercita un controllo di carattere globale su tale gruppo. Cfr. TPI per l'ex Jugoslavia, sentenza del 15 luglio 1999 *cit.*, parr. 88-145; cfr. anche *infra* sezione 3. Nel contesto delle operazioni di pace, e dell'eventuale controllo sulle truppe da parte di un'organizzazione internazionale, questo aspetto non appare significativo. Ai fini della classificazione dei conflitti armati, infatti, le organizzazioni internazionali aventi personalità giuridica possono equipararsi agli Stati. Di conseguenza quando le forze multinazionali controllate da un'organizzazione internazionale sono coinvolte nelle ostilità contro le forze armate di uno Stato, il conflitto ha carattere internazionale; viceversa il conflitto avrà carattere non internazionale quando le forze multinazionali combattono contro gruppi armati organizzati. Cfr. *inter alia* C. GREENWOOD, *IHL and United Nations Military Operations cit.*, 27-28; T. FERRARO, *The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces*, in *IRRC*, 2013, 596-597.

17 Cfr. *supra* nota 6.

Va chiarito che la presente analisi non intende creare una contrapposizione tra DIU e diritto della responsabilità internazionale in merito all'attribuzione della condotta. La questione qui sollevata è se il diverso ruolo da essa giocato nei due ambiti giustifichi o meno l'utilizzo di test distinti. Mentre con riferimento al DIU l'attribuzione della condotta serve a definire le norme applicabili in un'operazione di pace, a prescindere da questioni riguardanti la loro violazione, rispetto al diritto della responsabilità internazionale l'attribuzione della condotta serve a determinare se un atto presumibilmente illecito vada imputato allo Stato o all'organizzazione internazionale. Il punto è se, trattandosi della medesima questione interpretativa, l'attribuzione della condotta debba avvenire in base allo stesso test sia nell'ambito della responsabilità internazionale che del DIU; oppure se, alla luce dei diversi fini perseguiti dall'attribuzione della condotta, possa ammettersi la coesistenza di distinti test di controllo, i quali verranno impiegati a seconda dell'ambito di riferimento.

Mentre il TIPJ ha sostenuto che l'attribuzione della condotta debba avvenire sulla scorta del medesimo test, la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha affermato la possibilità di impiegare test diversi a seconda che la materia oggetto di esame sia la responsabilità dello Stato o le regole di applicazione del DIU.¹⁸ Se in entrambi i casi si trattava di attribuire la condotta di gruppi armati a uno Stato, il presente contributo porrà la medesima questione in relazione all'attribuzione della condotta di forze armate statali a un'organizzazione internazionale, argomentando in favore della coesistenza di distinti test di attribuzione.¹⁹

L'ammissibilità di test differenti a seconda dell'ambito normativo di riferimento, così come risulta dalla giurisprudenza del TIPJ e della CIG, porta a considerare la distinzione tra norme primarie e norme secondarie. La Commissione di Diritto Internazionale (CDI) definisce le regole sulla responsabilità internazionale come norme secondarie (*secondary rules*) aventi lo scopo di stabilire a quali condizioni un'entità possa ritenersi responsabile per una violazione del diritto internazionale, e quali conseguenze giuridiche ne derivino. Gli obblighi di uno Stato o di un'organizzazione internazionale, la cui violazione ne può far sorgere la responsabilità internazionale, sono invece denominate norme primarie (*primary rules*).²⁰ Tale dicotomia è stata elaborata all'inizio dei lavori di codificazione della responsabilità dello Stato e mantenuta fino alle attuali versioni del Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti (ARS) e degli ARIIO.²¹

18 Cfr. *infra* sezione 3.

19 Cfr. *infra* sezione 6.

20 CDI, *ARS Commentary*, 31, parr. 1-2.

21 *Idem*; *Commentary to the Draft Articles on the Responsibility of International*

La distinzione in parola, seppur criticata da vari autori,²² è correntemente impiegata in dottrina e giurisprudenza. Nel presente contesto sarà utilizzata per argomentare in favore della coesistenza del test di controllo globale elaborato dal TIPJ e del test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIO.²³

Ciononostante, va riconosciuto che giustificare la coesistenza di test differenti in relazione alla medesima questione interpretativa – l’attribuzione della condotta – potrebbe contribuire alla frammentazione del diritto internazionale, a scapito della sua coerenza e unità.²⁴ Al riguardo la CDI ha preso a riferimento la giurisprudenza contrastante del TIPJ e della CIG, in merito al test di controllo per attribuire la condotta di un gruppo armato a uno Stato, come un esempio di conflitto tra interpretazioni anteriori e posteriori del diritto internazionale capace di generare incertezza normativa e iniquità nel trattamento dei soggetti.²⁵ Sebbene esuli dagli scopi del presente contributo indagare a fondo gli effetti negativi, in termini di frammentazione, che la coesistenza di distinti test di attribuzione della condotta potrebbe comportare, tale problema verrà preso in considerazione nel corso dell’analisi.

Tenendo sullo sfondo le considerazioni teoriche cui si è accennato, si procederà ora all’esame specifico dei test di controllo globale e di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIO.

Organizations, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, Vol. II, Part Two (CDI, *ARIO Commentary*), 67, par. 3.

22 U. LINDERFALK, *State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology: The Role of Language for an Understanding of the International Legal System*, in *NJIL*, 2009, 53-72. Cfr. anche la bibliografia citata in J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge 2013, 64-65, nt. 67.

23 Cfr. *infra* sezione 6.

24 CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 8: «The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. [...] The problem, as lawyers have seen it, is that such specialized law-making and institution-building tends to take place with relative ignorance of legislative and institutional activities in the adjoining fields and of the general principles and practices of international law. The result is conflicts between rules or rule-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law». Cfr. anche *ibid.*, parr. 14-15.

25 *Ibid.*, parr. 49-52. Più precisamente la CDI ha preso in considerazione le critiche mosse dal TIPJ nel caso *Tadić* in merito a taluni aspetti del test di controllo effettivo elaborato dalla CIG nel caso *Nicaragua*. Per l’analisi di tale giurisprudenza, cfr. *infra* sezione 3.

3. Il test di controllo globale

Nel giudizio d'appello del caso *Tadić* il TIPJ si è trovato a decidere se un conflitto armato *prima facie* non internazionale tra la Bosnia Erzegovina e le milizie della Repubblica Srpska potesse riclassificarsi come internazionale alla luce del controllo esercitato dalla Repubblica Federale Jugoslava (oggi Serbia) su tali milizie. In termini giuridici si trattava di stabilire a quali condizioni gli atti di un gruppo armato potessero attribuirsi a uno Stato.

Il TIPJ ha assunto come riferimento normativo di partenza l'Articolo 4(A)(2) CG III, il quale stabilisce i requisiti affinché in un conflitto armato internazionale possa riconoscersi lo status di prigioniero di guerra e di combattente ai membri di milizie irregolari.²⁶ Al riguardo il Tribunale ha posto l'accento sull'elemento dell'«appartenenza» di un gruppo armato a una Parte belligerante, asserendo che la CG III rimanda implicitamente a un criterio di controllo da parte dello Stato sul gruppo armato.²⁷ Tale convenzione, così come il DIU più in generale, non indica però quale sia il livello di controllo necessario perché la condotta di un gruppo armato sia attribuibile a uno Stato, ossia quando possa considerarsi che un gruppo armato agisce come organo di fatto di uno Stato.

Il Tribunale ha allora rivolto la propria attenzione alle norme sull'attribuzione della condotta dettate dal diritto della responsabilità dello Stato,²⁸ e in particolare al test di controllo effettivo elaborato dalla CIG nel caso *Nicaragua*.²⁹ Secondo la CIG, affinché la condotta di un gruppo armato possa essere attribuita a uno Stato è necessario che quest'ultimo fornisca direttive o istruzioni specifiche rispetto all'esecuzione dell'atto che si suppone illecito.³⁰ Il TIPJ ha ritenuto il test di controllo effettivo appropriato in rela-

26 *Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra*, Ginevra, 12 agosto 1949. L'Articolo 4(A)(2) dispone che lo status di prigioniero di guerra è accordato ai membri di gruppi irregolari che soddisfino i seguenti requisiti: «a. abbiano alla loro testa una persona responsabile dei propri subordinati; b. rechino un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza; c. portino apertamente le armi; d. si uniformino, nelle loro operazioni, alle leggi e agli usi della guerra» (traduzione a cura della Confederazione svizzera).

27 TPI per l'ex Jugoslavia, sentenza del 15 luglio 1999 *cit.*, par. 92-95.

28 *Ibid.*, par. 98.

29 CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. United States Of America)*, sentenza del 17 giugno 1986. Come si vedrà più avanti, il test di controllo effettivo acquista significati diversi a seconda che ci si riferisca alla responsabilità dello Stato o alla responsabilità delle organizzazioni internazionali. Nei casi *Nicaragua* e *Tadić* il concetto di controllo effettivo riguarda la responsabilità dello Stato.

30 *Ibid.*, par. 115.

zione alla condotta di individui singoli, ma non a quella di gruppi organizzati. In tal senso ha considerato sufficiente che uno Stato eserciti un controllo di grado minore, espresso dalla nozione di controllo globale:³¹

The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of de facto State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts.³²

Di conseguenza se lo Stato X esercita un controllo di carattere globale sul gruppo armato Z che combatte contro lo Stato Y, il conflitto armato *prima facie* non internazionale tra lo Stato Y e il gruppo Z viene riclassificato come un conflitto armato internazionale tra gli Stati X e Y.

La differenza sostanziale tra i due test riguarda l'intensità del controllo: mentre il test di controllo effettivo prescrive che lo Stato eserciti il proprio controllo su atti specifici di individui o gruppi organizzati, il test di controllo globale è meno rigoroso,³³ richiedendo solamente che lo Stato abbia un ruolo tanto nel finanziamento, addestramento, equipaggiamento, o supporto operativo del gruppo armato quanto nell'organizzazione, coordinamento o pianificazione delle sue azioni militari. Il test di controllo globale è stato confermato dal TIPJ in successivi procedimenti, nonché avallato dalla Corte penale internazionale.³⁴ Si tratta quindi di un criterio di classificazione dei conflitti armati ormai consolidato all'interno del DIU.

Il TIPJ ha inoltre affermato che l'utilizzo di tale test per attribuire a uno Stato la condotta di un gruppo organizzato non riguarda solo la classificazione dei conflitti armati ma va esteso all'ambito della responsabilità dello Stato.³⁵ Nel caso *Bosnian Genocide* la CIG ha tuttavia rigettato quest'ultimo punto. La Corte ha confermato la validità, nell'ambito della responsabilità internazio-

31 TPI per l'ex Jugoslavia, sentenza del 15 luglio 1999 *cit.*, parr. 118-120.

32 Ibid., par. 137.

33 TPI per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Aleksovski*, caso IT-95-14/1-A, sentenza del 24 marzo 2000, parr. 145-146.

34 Ibid., par. 134; TPI per l'ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Delalić et al.*, caso IT-96-21-A, sentenza del 20 febbraio 2001, par. 26; CPI, *Prosecutor c. Lubanga*, caso ICC-01/04-01/06, sentenza del 14 marzo 2012, par. 541; CPI, *Prosecutor c. Bemba*, caso ICC-01/05-01/08, sentenza del 21 marzo 2016, par. 130.

35 TPI per l'ex Jugoslavia, sentenza del 15 luglio 1999 *cit.*, parr. 104, 120-122, 137.

nale dello Stato, del test di controllo effettivo in riferimento all'attribuzione a uno Stato della condotta dei gruppi organizzati,³⁶ affermando che il test di controllo globale è inadatto allo scopo poiché basato su una connessione troppo remota tra chi pone in essere la condotta e l'entità cui la condotta è attribuita.³⁷ Al contempo la CIG ha chiarito due punti importanti rispetto alla presente analisi: primo, il test di controllo globale rimane adatto allo scopo di classificare i conflitti armati; secondo, è ammissibile l'utilizzo di distinti test di attribuzione della condotta rispetto alla classificazione dei conflitti armati, da un lato, e alla determinazione della responsabilità dello Stato dall'altro.³⁸

Nelle operazioni di pace si presenta un problema simile a quello affrontato dal TIPJ: la mancanza di un criterio normativo specifico per stabilire chi, tra gli Stati partecipanti e l'organizzazione internazionale alla guida, debba considerarsi Parte belligerante nel caso le forze multinazionali siano coinvolte nelle ostilità. La questione è attualmente dibattuta dalla dottrina la quale, oltre all'utilizzo del test di controllo globale, ha invocato l'utilizzo del test di controllo effettivo codificato nell'Articolo 7 ARIO.³⁹ Prima di procedere alla disamina di tale dibattito è necessario analizzare quest'ultimo test.

4. Il test di controllo effettivo ex Articolo 7 ARIO

L'Articolo 7 ARIO dispone quanto segue:

The conduct of an organ of a State [...] that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.

È importante chiarire che test di controllo effettivo ex Articolo 7 ARIO, riguardante l'attribuzione della condotta nell'ambito della responsabilità delle

36 CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro)*, sentenza del 26 febbraio 2007, parr. 398-400. In tale paragrafo la CIG ha interpretato l'Articolo 8 ARS, disciplinante l'attribuzione della condotta diretta o controllata da uno Stato, alla luce del test di controllo effettivo elaborato nel caso *Nicaragua*. La validità di quest'ultimo era già stata riconfermata in un caso precedente. Cfr. CIG, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo c. Uganda)*, sentenza del 19 dicembre 2005, par. 160.

37 CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide cit.*, parr. 402-407.

38 Ibid., parr. 404-405. Tali punti verranno ulteriormente discussi nella sezione 6.

39 Cfr. *infra* sezione 5.

organizzazioni internazionali, non va confuso con l'omonimo test elaborato dalla CIG nel caso *Nicaragua* e relativo alla responsabilità dello Stato. La CDI ha infatti chiarito che il concetto di controllo negli ARIО assume un diverso significato: «*[Control] does not concern the issue whether a certain conduct is attributable at all to a State or an international organization, but rather to which entity – the contributing State or organization or the receiving organization – conduct has to be attributed*».⁴⁰

Nel contesto delle operazioni di pace l'applicazione dell'Articolo 7 ARIО richiede il soddisfacimento di due requisiti: primo, le truppe devono essere messe a disposizione dell'organizzazione internazionale; secondo, essa deve esercitare un controllo di carattere effettivo sulla condotta presumibilmente illecita. Gli accordi di comando e controllo determinano il grado di autorità sulle truppe che lo Stato trasferisce all'organizzazione internazionale in un'operazione di pace. Se le truppe agiscono sotto il controllo operativo dell'organizzazione, in linea di principio la loro condotta diviene attribuibile esclusivamente a quest'ultima.⁴¹ Una simile presunzione di attribuibilità può tuttavia essere ribaltata se si dimostra che, rispetto a una condotta specifica, le truppe hanno agito non sotto il controllo effettivo dell'organizzazione bensì dello Stato di provenienza. In tal caso la condotta delle truppe torna ad essere attribuibile allo Stato ai sensi dell'Articolo 4 ARS.⁴² È importante sottolineare come entrambi gli elementi rilevino ai fini dell'attribuzione della condotta, e che solo in casi specifici l'indagine sulla mancanza di controllo fattuale sulle truppe da parte dell'organizzazione internazionale andrà a confutare la presunzione giuridica di attribuibilità creata dagli accordi di comando e controllo.⁴³

Questa interpretazione dell'Articolo 7 ARIО ha trovato conferma in una serie di sentenze pronunciate da alcuni tribunali olandesi. Nel caso *Nuhanović*

40 CDI, *ARIO Commentary*, p. 86, par. 5. Il test codificato negli ARIО non richiede che un'organizzazione internazionale eserciti sulle truppe un livello di controllo così elevato come quello prescritto dall'omonimo test nell'ambito della responsabilità internazionale dello Stato. Cfr. P. PALCHETTI, *The Allocation of Responsibility for Internationally Wrongful Acts Committed in the Course of Multinational Operations*, in *IRRC*, 2013, 733.

41 P. PALCHETTI, *Attributing the Conduct of Dutchbat in Srebrenica: the 2014 Judgment of the District Court in the Mothers of Srebrenica Case*, in *NILR*, 2015, 284-286.

42 Essendo le forze armate organi statali, la loro condotta è di base attribuibile allo Stato di appartenenza. Cfr. CIG, *Armed Activities on the Territory of the Congo cit.*, par. 213.

43 PALCHETTI, *Attributing the Conduct of Dutchbat in Srebrenica*, cit., p. 285: «[...] when the lent organ acts in the exercise of the functions of the receiving organization, the condition of the exclusive direction and control of the organization may be presumed to be met unless it is demonstrated that the organ was acting on instructions from the sending state.» L'autore giunge a tale conclusione sulla base di un'analogia con l'Articolo 6 ARS.

la Corte d'Appello dell'Aia si è trovata a decidere se nel corso delle operazioni di evacuazione da Srebrenica, nell'ambito del genocidio consumatosi nel 1995 nella città e nei suoi dintorni, la condotta del battaglione olandese Dutchbat (*Dutch Battalion*), formalmente sotto l'autorità della missione UNPROFOR (*United Nations Protection Force*), dovesse attribuirsi alle NU o ai Paesi Bassi.⁴⁴ In conformità all'Articolo 7 ARIO (allora Articolo 6) la Corte d'Appello ha considerato, come primo elemento, il trasferimento all'UNPROFOR del comando operativo sul battaglione olandese – tipico delle operazioni a guida NU.⁴⁵ Se ciò equivale a un riconoscimento implicito della generale attribuibilità degli atti del battaglione olandese alle NU, la Corte ha al contempo affermato che l'elemento decisivo ai fini dell'attribuzione di una specifica condotta presumibilmente illecita è l'esercizio del controllo effettivo su di essa.⁴⁶ Nel caso di specie la Corte ha determinato che durante l'evacuazione di Srebrenica i Paesi Bassi hanno esercitato il controllo effettivo sul Dutchbat, conclusione cui è giunta tenendo conto sia del controllo normativo che del controllo fattuale esercitato dallo Stato sulle proprie truppe.⁴⁷ Al riguardo la Corte ha dato rilevanza a tre fattori: primo, il mantenimento da parte dello Stato del pieno comando, quindi della prerogativa di ritirare le proprie truppe dalla missione; secondo, l'esercizio formale di autorità, congiuntamente alle NU, durante la fase di evacuazione; terzo, l'esercizio in pratica di tale autorità attraverso l'adozione di direttive e istruzioni specifiche alle truppe, elemento che a sua volta avrebbe permesso al governo olandese di prevenire la condotta presumibilmente illecita – evitare che i parenti dei querelanti fossero allontanati dal *compound* militare finendo vittime del massacro.⁴⁸ La Corte ha quindi stabilito l'esercizio del controllo effettivo sulle truppe in base a elementi tanto formali quanto fattuali.⁴⁹

44 Corte d'appello dell'Aia, *Nuhanović c. State of the Netherlands*, sentenza del 5 luglio 2011, par. 5.7 e 5.11. Il medesimo giorno la Corte d'appello ha pronunciato una sentenza 'gemella'; cfr. Corte d'appello dell'Aia, *Mustafić c. State of the Netherlands*, [Nuhanovic: ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5388, Mustafic: ECLI:NL:GHSGR:2011:BR5386] sentenza del 5 luglio 2011. Poiché le due sentenze sono sostanzialmente identiche, è sufficiente fare riferimento al caso *Nuhanović*. Lo stesso varrà riguardo alla Corte suprema dei Paesi Bassi; cfr. *infra* nota 50.

45 Corte d'appello dell'Aia, sentenza del 5 luglio 2011 *cit.*, par. 5.7 e 5.11.

46 *Ibid.*, par. 5.7-5.8.

47 A. NOLLKAEMPER, *Dual Attribution. Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica*, in *JICJ*, 2011, 1149-1152.

48 Corte d'appello dell'Aia, sentenza del 5 luglio 2011 *cit.*, par. 5.9-5.10 e 5.18-5.20.

49 P. PALCHETTI, *The Allocation of Responsibility cit.*, 734-735. Va ricordato che in primo grado la Corte Distrettuale dell'Aia ha attribuito la condotta del Dutchbat alle NU sulla scorta del trasferimento formale di autorità. Cfr. Corte distrettuale dell'Aia, sentenza del 10

La Corte Suprema dei Paesi Bassi ha successivamente confermato questa interpretazione specificando che, per ritenersi che le NU cessino di esercitare il controllo effettivo su di una condotta presumibilmente illecita, non è richiesto che lo Stato spezzi la catena di comando dell'operazione o eserciti indipendentemente il controllo operativo sulle truppe; è invece sufficiente che lo Stato abbia voce in capitolo rispetto all'esecuzione della condotta specifica, valutazione da farsi caso per caso alla luce delle circostanze concrete.⁵⁰ Nel successivo procedimento *Mothers of Srebrenica* la Corte Distrettuale dell'Aia ha seguito il medesimo iter argomentativo. Dapprima ha prestato attenzione al trasferimento del controllo operativo alle NU, notando come fino alla caduta di Srebrenica lo Stato non abbia avuto voce in capitolo nell'attuazione del mandato dell'UNPROFOR⁵¹ – fattore da cui può inferirsi che fino ad allora la condotta del Dutchbat fosse attribuibile all'organizzazione.⁵² In seguito ha indagato se nella fase di evacuazione il governo olandese abbia svolto un ruolo significativo, riaffermando come non vi sia necessità che uno Stato spezzi l'originaria catena di comando o eserciti indipendentemente il controllo operativo sulle truppe. La Corte ha infine attribuito la condotta del Dutchbat ai Paesi Bassi asserendo che, alla luce delle circostanze concrete, lo Stato ha avuto voce in capitolo nell'esecuzione della specifica condotta presumibilmente illecita.⁵³

Va evidenziato come le NU adottino un diverso approccio rispetto a quello sopra descritto. Secondo le NU la condotta delle truppe poste sotto il proprio controllo operativo va attribuita in base all'Articolo 6 ARIO, disciplinante l'attribuzione della condotta di agenti e organi di un'organizzazione internazionale.⁵⁴ Tale posizione è dettata dal fatto che le operazioni a guida NU sono organi sussidiari dell'organizzazione, su cui in linea di principio quest'ultima esercita il

settembre 2008, *Nuhanović c. the State of the Netherlands*, parr. 4.9-4.11. Si vedrà a breve che questo è l'approccio impiegato dalle NU.

50 Corte suprema dei Paesi Bassi, sentenza ECLI:NL:HR:2013:BZ9225 del 6 settembre 2013, *Nuhanović c. State of the Netherlands*, par. 3.11.3.

51 Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica c. State of the Netherlands cit.*, parr. 4.34 e 4.36-4.43.

52 P. PALCHETTI, *Attributing the Conduct of Dutchbat in Srebrenica cit.*, 286-287.

53 Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica c. State of the Netherlands cit.*, par. 4.46.

54 DARIO, Art. 6: «*The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization*».

controllo operativo in maniera esclusiva.⁵⁵ A giudizio delle NU la responsabilità internazionale derivante da eventuale condotta illecita delle truppe è legata all'esercizio del controllo operativo su di esse.⁵⁶ In simili circostanze le NU assumono piena responsabilità per la condotta delle truppe, a prescindere dall'esercizio del controllo effettivo sulla specifica condotta presumibilmente illecita.⁵⁷

Le NU ritengono che la condotta cessi di essere attribuibile all'organizzazione solamente quando uno Stato interferisca nella catena di comando in modo da riottenere il controllo operativo sulle truppe.⁵⁸ Il medesimo ragionamento viene impiegato con riferimento alle operazioni di pace condotte congiuntamente agli Stati partecipanti.⁵⁹ Tuttavia, quando in quest'ultimo contesto non esistano accordi scritti riguardanti il trasferimento di autorità sulle truppe, le NU riconoscono la necessità di determinare quale entità eserciti il controllo effettivo sull'operazione.⁶⁰ In opposizione all'approccio delle NU, la CDI sostiene che l'attribuzione della condotta delle truppe nelle operazioni di pace debba sempre avvenire in base all'Articolo 7 ARIO. A suo parere ciò dovrebbe valere per tutte le operazioni di pace, a prescindere dall'organizzazione internazionale che ne è alla guida.⁶¹

Avendo chiarito il contenuto dei test di controllo globale e di controllo effettivo ex Articolo 7 ARIO, va a questo punto analizzato l'impiego che ne fa la dottrina in relazione all'identificazione delle Parti belligeranti nelle operazioni di pace.

55 *Responsibility of International Organizations. Comments and Observations Received from International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/637/Add.1 del 17 febbraio 2011, 13, par. 3.

56 *Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operations*, UN Doc. A/51/389 del 20 settembre 1996, par. 17-18.

57 *Responsibility of International Organizations. Comments and Observations Received from International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/545 del 25 giugno 2004, 17-18.

58 UN Doc. A/CN.4/637/Add.1 del 17 febbraio 2011 *cit.*, 14, par. 4.

59 Un esempio è l'operazione UNOSOM II (*United Nations Operation in Somalia*) supportata da contingenti militari che non erano posti sotto il controllo operativo esclusivo delle NU.

60 UN Doc. A/51/389 del 20 settembre 1996, *cit.*, p. 6, par. 17-18. Poiché le NU fanno riferimento al controllo effettivo sull'intera operazione, e non su di un'eventuale specifica condotta illecita, si può desumere che in tale contesto il controllo effettivo equivalga in termini militari al controllo operativo. Come si vedrà, tuttavia, il controllo operativo equivale, in termini giuridici, al controllo globale e non al controllo effettivo ex Articolo 7 ARIO. Cfr. *infra* sezione 6.

61 CDI, *DARIO Commentary cit.*, p. 88, par. 9.

5. Il dibattito dottrinale

Un primo autore, Ola Engdahl, propende per il test di controllo globale:

[T]he ‘effective control’ test is less suitable for identifying the parties to an armed conflict if the identity of those parties changes dependent on the control of a particular conduct in light of the armed conflict as a whole. A condition of ‘overall control’ may therefore be more appropriate, as it is less likely to change depending on the degree of control over specific conduct. A condition of ‘overall control’ retains a higher degree of stability over time, which not only fulfils a functional purpose, but also, in the cases where the identity of the parties to an armed conflict affects the character of the conflict, meets the need for foreseeability in terms of applicable law.⁶²

Engdahl sostiene che far dipendere l’identificazione delle Parti belligeranti dal test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIIO, il quale richiede un’indagine caso per caso riguardo all’esercizio del controllo sulle truppe, non offre sufficienti garanzie di stabilità e certezza ai fini dell’applicazione del DIU. Il test di controllo globale sarebbe invece più adatto allo scopo. Tale autore afferma inoltre che l’attribuzione della condotta ai fini dell’identificazione delle Parti belligeranti e l’attribuzione della condotta allo scopo di stabilire la responsabilità internazionale costituiscono operazioni interpretative distinte.⁶³ Egli propende quindi in favore della coesistenza di test diversi a seconda del contesto normativo di riferimento.

Di tutt’altro avviso è Marten Zwanenburg, il quale predilige l’utilizzo del test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIIO in entrambi gli ambiti:

Determining who is a ‘Party to the conflict’ is [...] not the same as determining to which entity conduct must be attributed for purposes of responsibility. Or is it? In both cases, what is at issue is linking the conduct of physical persons to a holder of international obligations. [...] If we consider international law as one system, it is logical to answer similar questions in a similar way. Why use different tests for what is essentially the same operation of linking conduct to a legal person, albeit in different fields of law? If this logic is accepted, this would mean that the test to determine who is a Party to the conflict is the same as the test for determining to which entity conduct must be attributed. According to the ILC, this is the test of ‘effective control’.⁶⁴

62 O. ENGDALH, *Multinational Peace Operations Forces Involved in Armed Conflict: Who Are the Parties?*, in *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law* (a cura di K.M. Larsen, C. Guldahl Cooper, G. Nystuen), New York 2013, 255.

63 Ibid., 260-261.

64 M. ZWANENBURG, *International Organisations vs Troops Contributing Countries:*

Poiché l'attribuzione della condotta sta alla base sia dell'identificazione delle Parti belligeranti che della determinazione della responsabilità internazionale, Zwanenburg asserisce che utilizzare il medesimo test è una questione di coerenza logica.

Pur dando merito ad entrambe le posizioni, un terzo autore – Tristan Ferraro – è del parere che la prassi delle operazioni di pace dimostri come l'utilizzo di un test piuttosto che di un altro non sia di per sé significativo per identificare la Parte belligerante nelle operazioni di pace.⁶⁵ Rilevante sarebbe invece la struttura di comando di un'operazione, che a sua volta dipende da quale organizzazione ne sia alla guida: le NU o la NATO. Nelle operazioni a guida NU, in cui l'organizzazione ha in linea di principio il controllo operativo esclusivo sulle truppe, il coinvolgimento delle forze multinazionali nelle ostilità renderebbe l'operazione stessa Parte belligerante ai sensi del DIU.⁶⁶ Tuttavia, nel caso lo Stato riprenda il controllo operativo sulle truppe, sarà esso a divenire Parte belligerante.

Nelle operazioni a guida NATO la situazione sarebbe diversa per due motivi. In primo luogo per la differente struttura di comando: gli Stati partecipanti, infatti, sono coinvolti a pieno titolo nei vari livelli di comando e in tutte le fasi di pianificazione ed esecuzione dell'operazione. In secondo luogo per il coinvolgimento diretto degli Stati in alcune delle attività belliche. La detenzione di individui, ad esempio, rimane un'attività svolta esclusivamente dagli Stati; le operazioni aeree, invece, vengono eseguite dalle truppe sotto il comando operativo della NATO.⁶⁷ Alla luce di questi elementi Ferraro identifica come Parti belligeranti sia la NATO che tutti gli Stati partecipanti le cui attività costituiscano parte integrante della condotta complessiva delle ostilità.⁶⁸ Diversamente Engdahl afferma che nei casi in cui alla NATO sia

Which Should Be Considered as the Party to an Armed Conflict during Peace Operations?, in *International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 2012, 26.

65 T. FERRARO, *The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces* cit., 590 e 592.

66 Ibid., p. 593. *Contra* cfr. M. ZWANENBURG, *International Organisations vs Troops Contributing Countries* cit., 27: «*A peace operation does not have international legal personality [...] and it is therefore difficult to see how it could be a party in its own right*».

67 Sulla catena di comando NATO e sul coinvolgimento diretto degli Stati nelle operazioni belliche, con particolare riferimento alle operazioni ISAF in Afghanistan e *Unified Protector* in Libia, cfr. P.M. OLSON, *A NATO Perspective on Applicability and Application of IHL to Multinational Forces*, in *IRRC*, 2013, 654-656.

68 T. FERRARO, *The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces* cit., 594-595: «*[...] the fact that detention activities remain under the exclusive authority of the*

affidato il controllo operativo sulle truppe è la sola organizzazione, e non anche gli Stati, a divenire Parte belligerante ai sensi del DIU.⁶⁹

6. L'identificazione delle Parti belligeranti nelle operazioni di pace

Come visto la dottrina non si esprime uniformemente su quale sia il test di controllo più adatto per identificare le Parti belligeranti nelle operazioni di pace. A parere di chi scrive il test di controllo globale va preferito al test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIО per varie ragioni.

Il primo argomento in favore di tale interpretazione è che all'interno del DIU non esiste una lacuna normativa con riguardo ai criteri di attribuzione della condotta: all'assenza di norme specifiche nelle CG e nei Protocolli aggiuntivi ha sopperito l'elaborazione del test di controllo globale da parte del TIPJ, il quale è ormai consolidato all'interno di questo quadro normativo.⁷⁰ Non è necessario, quindi, fare ricorso al test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIО, come sostenuto da alcuni.⁷¹

Alla conclusione in favore del test di controllo globale può giungersi pure attraverso un ragionamento basato sulla dicotomia norme primarie/norme secondarie. Si è detto in precedenza che test di controllo globale fa parte delle norme primarie del DIU, mentre il test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIО appartiene alle norme secondarie sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. In riferimento alle operazioni di pace l'identificazione delle Parti belligeranti serve a individuare i soggetti – lo Stato e/o l'organizzazione internazionale – che sono vincolati dalle norme del DIU. Poiché si tratta di un'operazione interpretativa necessaria all'applicazione di norme primarie, non vi è ragione per non applicare il test di controllo globale anche in questo contesto. Diversamente si utilizzerebbe un test appartenente alle

TCCs [troop-contributing Countries], while the conduct of kinetic operations is the responsibility of the NATO Force Commander; further demonstrates the dual nature of NATO-run operations and buttresses the conclusion that both NATO and TCCs must be considered parties to an armed conflict in the context of a NATO-run peace operation». Contra cfr. ZWANENBURG, *International Organisations vs Troops Contributing Countries cit.*, 27, il quale afferma che non possono considerarsi Parti belligeranti sia l'organizzazione internazionale che gli Stati, bensì alternativamente l'una o gli altri.

69 O. ENGBAHL, *Multinational Peace Operations Forces Involved in Armed Conflict cit.*, 254.

70 A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *EJIL*, 2007, 658-659. Cfr. *supra* nota 34.

71 In questo senso cfr. T. FERRARO, *The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces cit.*, 590.

norme secondarie per determinare l'applicazione di norme primarie, un'operazione interpretativa che non appare corretta alla luce della dicotomia in parola.⁷²

Affermare la coesistenza di due distinti test di attribuzione della condotta può ovviamente destare timori rispetto alla frammentazione del diritto internazionale. Tuttavia nel caso *Bosnian Genocide* la CIG ha sostenuto che è ben possibile impiegare il test di controllo globale per la classificazione dei conflitti armati e il test di controllo effettivo *ex* Articolo 8 ARS nell'ambito della responsabilità dello Stato, nonostante in entrambi i casi si tratti di un'operazione di attribuzione della condotta.⁷³ Se da un lato questa argomentazione può costituire una risposta alle suddette preoccupazioni, dall'altro può pure esacerbarle. Come alcuni hanno notato, infatti, tale affermazione appare più che altro un tentativo da parte della CIG di evitare un conflitto aperto con il TIPIJ, a scapito tuttavia della certezza del diritto.⁷⁴

Vi sono due possibili risposte all'obiezione secondo cui la coesistenza di diversi test di attribuzione finirebbe per acuire la frammentazione del diritto internazionale. Primo: la distinzione fra norme primarie e norme secondarie è già di per sé capace di giustificare l'uso di distinti test di attribuzione. Secondo: persino all'interno del diritto della responsabilità internazionale esistono due test di controllo effettivo, a seconda che si faccia riferimento alla responsabilità dello Stato o alla responsabilità delle organizzazioni internazionali.⁷⁵ È chiaro che anche se quest'ultimo argomento non contraddice l'obiezione di fondo sulla frammentazione del diritto internazionale causata dalla coesistenza di vari test di attribuzione, almeno riduce la portata della medesima critica rispetto all'impiego nelle operazioni di pace di un test per l'identificazione delle Parti belligeranti e di un altro per la determinazione della responsabilità internazionale.

72 Per un'argomentazione simile, sebbene riferita a un diverso ambito, cfr. M. MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011, 43.

73 CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide cit.*, par. 404-405. Cfr. anche S. DARCY, *Judges, Law and War. The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge 2014, 96. *Contra* cfr. YCTI, sentenza del 15 luglio 1999 *cit.*, par. 104; CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited cit.*, 663.

74 R. JORRITSMA, *The Role of Attribution Rules Under the Law of State Responsibility in Classifying Situations of Armed Conflict*, *Opinio Juris*, 17 agosto 2015, disponibile su <http://opiniojuris.org/2015/08/17/emerging-voices-the-role-of-attribution-rules-under-the-law-of-state-responsibility-in-classifying-situations-of-armed-conflict/> (visitato il 14 settembre 2016).

75 Si tratta del test di controllo effettivo elaborato dalla CIG nel caso *Nicaragua* e dell'omonimo test codificato nell'Articolo 7 ARIO.

A conti fatti, le prime due argomentazioni sopra esposte risultano più convincenti. E se anche si intendesse criticare il fondamento della seconda – la dicotomia norme primarie/norme secondarie – resta pur sempre la prima: il DIU è in grado di sopperire autonomamente, grazie all'ormai consolidato test di controllo globale, alla mancanza nelle CG e nei Protocolli aggiuntivi di un criterio specifico per l'identificazione delle Parti belligeranti. Ciò di per sé giustifica la scelta in favore dell'utilizzo del test di controllo globale nel contesto delle operazioni di pace.

Ovviamente non va ignorato il fatto che il TIPJ ha originariamente concepito il test di controllo globale allo scopo di attribuire a uno Stato gli atti di un gruppo armato, cioè di un attore non statale. Per impiegarlo nel contesto delle operazioni di pace, dove si tratta di attribuire la condotta di truppe statali a un'organizzazione internazionale, è stato suggerito di distinguere fra le due componenti del test: da un lato il finanziamento, addestramento, equipaggiamento e supporto operativo alle truppe; dall'altro l'organizzazione, il coordinamento e la pianificazione delle operazioni militari. Mentre il primo gruppo di attività è tipicamente di competenza dello Stato cui appartengono le truppe, il secondo riguarda quegli elementi che sono parte integrante del concetto di controllo operativo e che normalmente vengono trasferiti all'organizzazione internazionale alla guida di un'operazione di pace.⁷⁶ Il soddisfacimento di una parte solamente dei requisiti richiesti da tale test comporta che l'accertamento dell'esercizio del controllo globale sulle truppe da parte di un'organizzazione internazionale, alla luce del trasferimento del controllo operativo definito dagli accordi di comando e controllo, possa risultare perfino più semplice della verifica riguardante il controllo di uno Stato su di un gruppo armato. Non sembrano esserci, quindi, particolari ostacoli all'impiego del test di controllo globale per stabilire chi, fra lo Stato e l'organizzazione internazionale, sia la Parte belligerante nelle operazioni di pace.

Da quanto sopra consegue che quando uno Stato trasferisce a un'organizzazione internazionale il controllo operativo sulle truppe, l'organizzazione diviene in linea di principio l'unica Parte belligerante nel caso in cui le forze multinazionali siano coinvolte nelle ostilità.⁷⁷ Lo Stato di provenienza può divenire a propria volta Parte belligerante se interferisce nella catena di comando in modo da riottenere il controllo operativo sulle truppe che

76 O. ENGBAHL, *Multinational Peace Operations Forces Involved in Armed Conflict cit.*, 255.

77 Se ad esempio si ritiene che nelle operazioni *ISAF* in Afghanistan e *Unified Protector* in Libia gli Stati partecipanti abbiano trasferito il controllo operativo alla NATO, è tale organizzazione a divenire Parte belligerante nel conflitto armato non internazionale a sostegno del governo locale e contro i Talebani nel primo caso, e nel conflitto armato internazionale contro le forze armate libiche nel secondo.

partecipano alle ostilità;⁷⁸ oppure se conduce in modo diretto delle attività di belligeranza, agendo indipendentemente dalla catena di comando dell'organizzazione internazionale.⁷⁹ In entrambe le ipotesi lo Stato diviene Parte belligerante non perchè eserciti un controllo di carattere globale sulle truppe, bensì in ragione del rapporto organico tra Stato e forze armate. Come già osservato, l'esercizio del controllo globale va determinato esclusivamente riguardo all'organizzazione internazionale, in virtù del fatto che essa non dispone di forze armate proprie.

In conclusione il test di controllo globale va preferito al test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIO per almeno tre ragioni. Da un punto di vista normativo, il test di controllo globale è consolidato all'interno del DIU e può trovare applicazione nel contesto delle operazioni di pace senza particolari impedimenti. In secondo luogo, il soddisfacimento dei requisiti specifici di tale test – l'organizzazione internazionale deve avere un ruolo nell'organizzare, coordinare o pianificare le operazioni militari – corrisponde in termini militari al controllo operativo, ossia al grado di controllo sulle truppe che gli Stati trasferiscono all'organizzazione internazionale alla guida di un'operazione di pace. In terzo luogo, il test di controllo globale fornisce maggiori garanzie di stabilità e certezza. Mentre il test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIO richiede una verifica caso per caso del controllo esercitato su di una condotta specifica, il test di controllo globale è strettamente connesso al controllo operativo sulle truppe, in qualche modo formalizzato negli accordi di comando e controllo e tendenzialmente più stabile nel tempo.⁸⁰

7. Conclusioni

Per i motivi di carattere sia normativo che pratico sopra esposti, a parere di chi scrive il test di controllo globale risulta più adatto rispetto al test di controllo effettivo *ex* Articolo 7 ARIO allo scopo di identificare le Parti belligeranti nelle operazioni di pace. Quest'ultimo test può invece essere utilizzato per stabilire l'attribuzione della condotta nel contesto della determinazione della responsabilità internazionale. Una delle tesi del presente contributo è che la coesistenza dei due test non comporti necessariamente

78 O. ENGBAHL, *Multinational Peace Operations Forces Involved in Armed Conflict* cit., 261-262; C. GREENWOOD, *IHL and United Nations Military Operations* cit., 17.

79 C. GREENWOOD, *IHL and United Nations Military Operations* cit., 17; T. FERRARO, *The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces* cit., 594-595.

80 Cfr. al riguardo anche T. FERRARO, *The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces* cit., 592.

un'ulteriore frammentazione del diritto internazionale, in particolare alla luce della distinzione tra norme primarie e norme secondarie.

Quando l'organizzazione internazionale è Parte belligerante in un conflitto armato la condotta delle ostilità da parte delle forze multinazionali è regolata dalle norme a questa applicabili, ossia il DIU consuetudinario. Se ciò da un lato comporta una certa uniformità nell'applicazione delle regole di condotta bellica, dall'altro rende inapplicabili le norme del DIU pattizio cui solo gli Stati sono soggetti. Al contempo uno Stato che partecipi a un'operazione di pace ma che non sia Parte belligerante nel conflitto armato mantiene comunque una serie di obblighi: addestrare le truppe alle norme del DIU, assicurare che queste lo rispettino ai sensi dell'Articolo 1 comune alle CG, nonché indagare ed eventualmente punire presunte violazioni commesse dai membri delle proprie forze armate.⁸¹

A fronte di una violazione del DIU, l'autore dell'illecito – sia esso un'organizzazione internazionale o uno Stato – è soggetto all'obbligo di riparare i danni.⁸² Lo Stato di nazionalità delle vittime di violazioni del DIU può invocarne la responsabilità in base alle norme degli ARIO e degli ARS, o alla protezione diplomatica.⁸³ Per ciò che riguarda gli individui, l'assenza di rimedi procedurali nell'ambito del DIU rende assai complesso ottenere le riparazioni direttamente dalla Parte belligerante.⁸⁴ Al riguardo rileva inoltre se l'autore dell'illecito sia lo Stato o l'organizzazione internazionale: mentre è possibile che taluni Stati consentano agli individui di adire le proprie corti per richiedere i danni causati da violazioni del DIU,⁸⁵ le NU e la NATO godono di immunità di fronte a qualsiasi corte nazionale.⁸⁶ Ciò

81 C. GREENWOOD, *IHL and United Nations Military Operations cit.*, 18; O. ENGBAHL, *Multinational Peace Operations Forces involved in Armed Conflict cit.*, 254.

82 *Customary International Humanitarian Law* (a cura di J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck), Cambridge 2005, vol. I, 537. Le NU riconoscono di essere internazionalmente responsabili per eventuali violazioni del DIU commesse da truppe sotto il proprio comando, salvo quando tali violazioni siano dovute a colpa grave o condotta illecita volontaria del personale militare. Cfr. UN Doc. A/51/389 del 20 settembre 1996, cit., parr. 16 e 44. Cfr. anche *Memorandum of Understanding between the United Nations and [Participating State] Contributing Resources to [the United Nations Peacekeeping Operation]*, UN Doc. A/C.5/63/18 del 29 gennaio 2009, Art. 9.

83 ARS, Artt. 42 ss.; DARIO, Artt. 43 ss.; *Draft Articles on Diplomatic Protection*, in *YILC*, 2006, vol. II, Part Two.

84 *Customary International Humanitarian Law cit.*, 544-545.

85 M. SASSÒLI, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *IRRC*, 2002, 419.

86 *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, New York, 13 febbraio 1946, Art. 2; *Agreement on the status of the North Atlantic Treaty Organization*,

rende improbabile che le vittime di violazioni del DIU commesse da truppe sotto comando NU o NATO possano ottenere le riparazioni direttamente da queste due organizzazioni.

In conclusione, se da un lato l'identificazione di un'organizzazione internazionale come Parte belligerante risulta positiva in termini di applicazione uniforme del DIU alla condotta bellica delle forze multinazionali, dall'altro comporta uno svantaggio significativo per le vittime di eventuali violazioni.

National Representatives and International Staff, Ottawa, 20 settembre 1951, Art. V; Corte Suprema dei Paesi Bassi, *Mothers of Srebrenica Association v. the State of the Netherlands and the United Nations*, [ECLI:NL:RBDHA:2014:8562] sentenza del 13 aprile 2012, parr. 4.3.6 e 4.3.14.

PARTE TERZA

Accertamento dell'illecito internazionale, standard probatori e istanze di riparazione

ALBERTO MIGLIO

Autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e risoluzione delle controversie in materia di investimenti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'autonomia dell'ordinamento dell'Unione: cenni ricostruttivi. – 3. I limiti derivanti dall'autonomia alla sottoposizione dell'Unione a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie secondo il parere 2/13. – 4. Le ragioni della Corte. – 5. L'autonomia dell'Unione e gli accordi in materia di investimenti: l'approccio dualistico seguito dalla Commissione. – 5.1. *I possibili modelli*. – 5.2. *Diversi meccanismi di risoluzione delle controversie accomunati dalla separazione tra ordinamenti*. – 5.3. *Le garanzie dell'autonomia*. – 6. L'alternativa consistente nel previo coinvolgimento della Corte di giustizia. – 7. Autonomia e determinazione del convenuto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Come è noto, una delle innovazioni più significative che si devono al Trattato di Lisbona consiste nell'attribuzione all'Unione europea, nell'ambito della politica commerciale comune, di competenza esclusiva in materia di investimenti esteri diretti¹. La nuova competenza, che ha immediatamente attratto l'attenzione della dottrina², pone numerosi e delicati problemi giuri-

1 Ai sensi dell'art. 207, par. 1, TFUE, «[l]a politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne [...] gli investimenti esteri diretti [...]. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione».

2 Si vedano, senza pretese di esaustività: M. BURGSTALLER, *European Law and Investment*

dici, dovuti alla natura di organizzazione internazionale *sui generis* dell'Unione e ai rapporti tra questa e gli Stati membri: si tratta di questioni che non soltanto risultano di grande attualità in un momento storico nel quale l'elaborazione di una politica dell'Unione in materia di investimenti è in pieno sviluppo³, ma che toccano anche nodi centrali dell'istituto dell'illecito internazionale cui questo volume è dedicato.

In primo luogo, sono evidenti le implicazioni sul piano dell'attribuzione delle condotte e della ripartizione della responsabilità, in particolare alla luce del recente parere 2/15, nel quale la Corte di giustizia ha affermato che gli accordi in materia di investimenti che prevedano meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie azionabili da investitori stranieri dovranno

Treaties, in *JIArb*, 2009, 181 ss.; R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il trattato di Lisbona*, in *DCI*, 2010, 403 ss.; C. HERRMANN, *Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon*, in *EZW*, 2010, 207 ss.; M.R. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *SIE*, 2010, 403 ss.; M. BUNGENBERG, *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics*, in *International Investment Law and EU Law* (a cura di M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hindelang), Berlin-Heidelberg 2011, 29 ss.; J. KLEINHEISTERKAMP, *The Future of the BITs of European Member States after Lisbon*, in *ASA Bull.*, 2011, n. 29, 212 ss.; S. HINDELANG, N. MAYDELL, *The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots*, in *International Investment Law and EU Law cit.*, 1 ss.; C. BROWN, M. ALCOVER-LLUBIA, *The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon*, in *YILP*, 2012, 3 ss.; A. DE LUCA, *New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy Under the Lisbon Treaty: Investment Liberalization vs. Investment Protection?*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy* (a cura di K.P. Sauvant), 2010/2011, Oxford 2012, 165 ss.; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford 2012; P. EECKHOUT, F. ORTINO, *Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment*, in *EU law after Lisbon* (a cura di A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley), Oxford 2012, 312 ss.; F. HOFFMEISTER, G. ÜNÜVAR, *From BITS and Pieces towards European Investment Agreements*, in *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (a cura di M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje), Baden-Baden 2013, 57 ss.; F. MARRELLA, *Unione europea ed investimenti esteri diretti*, in *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht, verso nuove regole. XVII Convegno SIDI, Genova, 31 maggio – 1 giugno 2012* (a cura di S.M. Carbone), Napoli 2013, 107 ss.

3 Sulle linee evolutive della politica dell'Unione in materia di investimenti v. N. JANSEN CALAMITA, *The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps*, in *LIEI*, 2012, 301 ss.; A. REINISCH, *The EU on the Investment Path - Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, in *SCJIL*, 2013, 111 ss.; J. MAUPIN, *Where Should Europe's Investment Path Lead? Reflections on August Reinisch, 'Quo Vadis Europe?'*, in *SCJIL*, 2014, 183 ss.; A. HERVÉ, *L'Union européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers: pour le meilleur ou pour le pire?*, in *CDE*, 2015, 178 ss; al tema è inoltre dedicato il volume speciale *The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT* del *Journal of World Investment and Trade* (Volume 15, Special Issue, 2014).

essere conclusi in forma mista⁴.

Il secondo profilo di interesse attiene alla concreta configurazione dei meccanismi giurisdizionali di controllo, la cui effettività incide sulla protezione degli investimenti e contribuisce a istituire un clima di fiducia a essi favorevole. Negli ultimi decenni, la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati relative all'applicazione di trattati bilaterali di investimento è risultata per lo più affidata all'arbitrato internazionale, mediante la previsione di modi di composizione delle controversie attivabili dagli investitori privati nei confronti dello Stato ospite (ISDS, *investor-State dispute settlement*)⁵. L'adattamento del modello a un ente *sui generis* e alla sua peculiare struttura giurisdizionale richiede tuttavia alcune cautele, onde assicurare che la configurazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie sia compatibile con i Trattati istitutivi dell'Unione.

Il presente contributo non ha l'ambizione di proporre una lettura di questi fenomeni nella prospettiva del diritto internazionale o di studiare l'impatto che l'attribuzione all'Unione della competenza in materia di protezione degli investimenti stranieri produce sugli istituti dell'illecito e della responsabilità. L'obiettivo è più modesto: si intende esaminare le implicazioni, per l'elaborazione di meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, dei vincoli che derivano dal principio di autonomia dell'Unione europea. La prospettiva seguita sarà dunque tutta *interna*, ma chi scrive si augura che questo esercizio prospettico possa offrire spunti di riflessione di qualche interesse per gli studiosi del diritto internazionale.

L'assunto di partenza – largamente condiviso in dottrina – è che i problemi fin qui molto sommariamente accennati debbano essere analizzati alla luce della rivendicazione di autonomia dell'ordinamento dell'Unione⁶. Proprio

4 La Corte ha infatti ritenuto che un regime giurisdizionale quale quello previsto, che sottrae le controversie relative all'applicazione dell'accordo alla cognizione delle corti nazionali, non potesse essere istituito senza il consenso degli Stati membri (CGUE, Parere 2/15 del 16 maggio 2017, punto 292).

5 Sulle caratteristiche del modello v., per tutti, A. DE LUCA, *L'arbitrato internazionale treaty-based sugli investimenti esteri*, in CS, 2007, 977 ss.

6 V. A. DIMOPOULOS, *The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law*, in LIEI, 2012, 447 ss.; ID., *The Involvement cit.*; K. VON PAPP, *Clash of "Autonomous Legal Orders": Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ*, in CMLR, 2013, 1039 ss.; D. GALLO, F.G. NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in FJIL, 2016, 1081 ss., spec. 1117 ss.; F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles of EU Law and International Investment Arbitration*, in DCI, 2016, 115 ss., spec. 133 ss.; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court under TTIP from the Perspective of the CJEU*, in

dall'affermazione del principio di autonomia, infatti, discendono molte delle difficoltà che si riscontrano nell'applicare all'Unione europea soluzioni consolidate nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, sia in relazione al tema dell'attribuzione delle condotte sia soprattutto in ordine alla disciplina degli strumenti di garanzia.

Peraltro, poiché l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione non opera soltanto rispetto alle relazioni esterne ma anche nei rapporti interni tra l'Unione e gli Stati membri, è opportuno premettere qualche considerazione generale su tale principio, muovendo dall'ipotesi – che il presente lavoro si propone di verificare – che l'insistenza della Corte di giustizia sull'autonomia dell'Unione rispetto a fonti esterne dipenda in larga misura da problemi di natura interna⁷.

La struttura del contributo sarà pertanto la seguente. Si proporrà in primo luogo una ricognizione della giurisprudenza relativa al principio di autonomia, nella sua duplice dimensione interna ed esterna (par. 2); particolare attenzione sarà dedicata al parere 2/13 e ai limiti da esso posti all'attribuzione di poteri a organi giurisdizionali istituiti da accordi internazionali conclusi dall'Unione (par. 3). Saranno successivamente avanzate alcune ipotesi circa le ragioni per le quali la salvaguardia delle competenze della Corte di giustizia assume, nella giurisprudenza, un rilievo del tutto preminente (par. 4). Si passerà poi a considerare le implicazioni del carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione per gli accordi in materia di investimenti: in questa prospettiva sarà esaminato criticamente l'approccio finora seguito dalla Commissione nei negoziati con Stati terzi (par. 5) e si valuterà la praticabilità di opzioni alternative (par. 6). Rammentate in termini estremamente sommari, e soltanto nella misura in cui rilevino ai fini della costruzione di meccanismi di risoluzione delle controversie, le implicazioni dell'autonomia dell'Unione in tema di attribuzione delle condotte (par. 7), si proporranno infine alcune considerazioni conclusive (art. 8).

2. L'autonomia dell'ordinamento dell'Unione: cenni ricostruttivi

L'affermazione del carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione risale alla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*, nella quale la Corte di giustizia definì la (allora) Comunità come «un ordinamento giuridico di nuo-

JWIT, 2016, 701 ss.; I. GOVAERE, *TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order*, College of Europe Research Paper in Law 01/2016.

⁷ V. *infra*, par. 2.

vo genere nel campo del diritto internazionale»⁸, dotato di caratteristiche peculiari.

La formula venne ripresa nella sentenza *Costa c. Enel* di poco successiva, sebbene con due variazioni, consistenti per un verso nella soppressione del riferimento al diritto internazionale – sicché la Corte si limitò ad affermare che «il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico» – per altro verso nella precisazione che il diritto comunitario, sebbene «integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri», è «scaturito da una fonte autonoma»⁹. L'autonomia si salda così inestricabilmente, in quanto ne costituisce il presupposto, ai caratteri che meglio definiscono l'originalità della costruzione comunitaria: il primato e l'efficacia diretta¹⁰.

A dispetto del suo carattere sfuggente, che rende arduo determinarne in maniera esaustiva e puntuale il significato e la portata¹¹, l'autonomia assurge dunque a principio cardine del sistema, in grado di definire e strutturare i rapporti tra ordinamenti. Ciò è sicuramente vero sul piano interno, nei rapporti tra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali. Basti pensare, oltre che ai ricordati principi del primato e dell'efficacia diretta, al monopolio rivendicato dalla Corte di giustizia nel controllo sulla validità degli atti dell'Unione¹², oppure alla complessa dinamica dei rapporti tra diritto UE e autonomia processuale degli Stati membri, o ancora all'affermata completezza del sistema di tutela giurisdizionale istituito dai Trattati¹³. La rivendicazione di autonomia opera tuttavia anche rispetto a norme esterne, atteggiandosi a criterio ordinante nella costruzione delle relazioni tra diritto dell'Unione e diritto internazionale¹⁴. È anzi proprio nell'ambito delle relazioni esterne che

8 CGUE, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, sentenza 5 febbraio 1963.

9 CGUE, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64, sentenza 16 luglio 1964.

10 Cfr. J.H.H. WEILER, U.R. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass*, in *HILJ*, 1996, 411 ss.

11 Sull'ambiguità semantica del concetto di autonomia v. R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague-London-New York 2004, 245 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *RDI*, 2016, 70 s.

12 CGUE, *Foto-Frost*, causa 315/85, sentenza del 17 dicembre 1987, punto 17.

13 V. CGUE, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986, punto 23; CGUE, *Unión de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, punto 40.

14 È opportuno rilevare che il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione nei termini indicati dalla giurisprudenza di Lussemburgo non comporta necessariamente l'adesione alla tesi secondo la quale l'Unione avrebbe perduto il proprio radicamento nel diritto internazionale: in proposito si veda l'attenta analisi di B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous Is Its Legal Order?*, in *ZÖR*, 2010, 141 ss., spec. 144 ss. Un

la Corte è tornata, oltre un quarto di secolo dopo la sentenza *Costa c. Enel*, a richiamare espressamente tale principio. In questo contesto, il carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione rappresenta infatti la logica premessa dell'obbligo di rispettarne, nell'esercizio della competenza esterna, le caratteristiche essenziali.

Nel parere 1/91, la Corte di giustizia ha affermato che, se in linea di principio l'Unione può concludere un accordo internazionale che istituisca una corte competente a dirimere le controversie tra le parti contraenti e a interpretare le disposizioni dell'accordo¹⁵, occorre tuttavia che tale sistema giurisdizionale non comprometta il sistema delle competenze definito dai Trattati¹⁶ e «l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario nel perseguimento delle finalità che gli sono proprie»¹⁷. Il parere 1/91 riguardava il progetto di accordo istitutivo dello Spazio economico europeo (SEE), inteso a estendere parte consistente dell'*acquis* comunitario a taluni Stati terzi. Poiché l'accordo, al fine di conseguire tale obiettivo di omogeneità¹⁸, conteneva disposizioni in parte identiche al Trattato CEE, vi era il rischio che il sistema giurisdizionale da esso istituito vincolasse la Corte di giustizia, pregiudicandone la competenza a interpretare il diritto comunitario secondo principi e criteri autonomi¹⁹. Merita osservare come, in questa costruzione, la garanzia dell'autonomia dell'ordinamento comunitario sia risultata saldamente ancorata alla «competenza esclusiva della Corte di giustizia» nell'assicurarne il rispetto, ricavabile dal combinato disposto dell'art. 164 del Trattato CEE – ora sostituito, con modifiche, dall'art. 19, par. 1, TUE – e dall'art. 219 del Trattato (ora art. 344 TFUE)²⁰. Esaminate le caratteristiche dell'architettura giurisdizionale prevista dall'Accordo SEE, la Corte ha ritenuto che essa non

esame di questo complesso problema teorico esulerebbe peraltro dall'oggetto e dalla finalità del presente lavoro: per interessanti considerazioni al riguardo, v. S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 80 s.

15 CGUE, Parere 1/91 del 14 dicembre 1991, punto 40.

16 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 35.

17 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 30.

18 V. il preambolo e l'art. 1, par. 1, dell'accordo SEE. Sulle difficoltà connesse all'ambizioso obiettivo di assicurare l'omogeneità tra la disciplina del mercato interno e la sua riproduzione sul piano internazionale nell'accordo SEE, v. B. BRANDTNER, *The 'Drama' of the EEA: Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *EJIL*, 1992, 300 ss.; I. GOVAERE, *External Competence: What's in a Name? The Difficult Conciliation between Dynamism of the ECJ and Dynamics of European Integration*, in *European Legal Dynamics* (a cura di P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf), College of Europe Studies, Bruxelles 2007, 467 ss.

19 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punti 30 ss., spec. 35 e 46.

20 CGUE, Parere 1/91 *cit.*, punto 35.

offrisse garanzie sufficienti a scongiurare il rischio evidenziato²¹.

Dalla prima applicazione del principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione nel settore delle relazioni esterne emerge dunque il collegamento strettissimo con le competenze della Corte, ribadito costantemente dalla giurisprudenza successiva, che ha altresì precisato la portata dei limiti individuati dal parere 1/91.

In primo luogo, la giurisprudenza ha confermato che un accordo internazionale può incidere sulle competenze della Corte²², nonché attribuirle funzioni ulteriori²³, a condizione che siano rispettati «i requisiti essenziali affinché sia lasciata inalterata la natura delle sue competenze»²⁴.

In secondo luogo, essa ha chiarito che un pregiudizio per l'autonomia dell'Unione può verificarsi in contesti molto diversi e non soltanto in presenza di accordi che riproducano il contenuto di disposizioni dei Trattati istitutivi.

Per un verso, nella sentenza *Commissione c. Irlanda* del 30 maggio 2006, il Giudice dell'Unione ha interpretato rigorosamente il monopolio della Corte a statuire sulle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati previsto dall'art. 344 TFUE. Muovendo dalla premessa secondo cui tale competenza si estende a ogni norma dell'ordinamento dell'Unione, che comprende, come è noto, gli accordi internazionali da essa conclusi, la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con l'art. 344 TFUE la sottoposizione a un tribunale arbitrale di una controversia tra Stati membri relativa all'applicazione di disposizioni della Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino, che disciplina una materia parzialmente rientrante nella competenza dell'Unione e della quale quest'ultima è parte²⁵.

Per altro verso, la conclusione di accordi internazionali non può neppure pregiudicare la competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione. Nel parere 1/09, la Corte ha dichiarato incompatibile con i Trattati il progetto di accordo istitutivo di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario: in questo caso il pregiudizio per l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione non sarebbe derivato dall'erosione della giurisdizione della Corte in relazione alle controversie

21 Nel successivo parere 1/92, la Corte ha invece giudicato compatibile con i trattati una nuova versione dell'accordo SEE, ritenendo che presentasse garanzie sufficienti a soddisfare le condizioni indicate nel parere 1/91 (CGUE, Parere 1/92 del 10 aprile 1992).

22 CGUE, Parere 1/00 del 18 aprile 2002, punto 21.

23 CGUE, Parere 1/92 *cit.*, punto 32.

24 CGUE, Parere 1/00 *cit.*, punto 23. La formula impiegata nel parere 1/92 è molto simile («a condizione che tale attribuzione non alteri la funzione della Corte, qual essa è concepita nel Trattato CEE»). Cfr. anche CGUE, Parere 1/09 dell'8 marzo 2011, punti 75-76.

25 CGUE, *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza 30 maggio 2006, spec. punti 126-129.

tra Stati membri, o tra Stati membri e Unione, bensì dall'elusione della competenza delle corti nazionali. Istituyendo un tribunale internazionale dotato di competenza esclusiva in relazione a numerose azioni in materia di brevetto comunitario²⁶, l'accordo avrebbe infatti sottratto tali materie alla cognizione dei giudici comuni, precludendo in tal modo il dialogo che tra questi e la Corte di giustizia si instaura per mezzo del rinvio pregiudiziale. Insistendo sul ruolo essenziale dei giudici nazionali nel sistema giurisdizionale dell'Unione²⁷, la Corte ha giudicato l'accordo proposto lesivo dell'autonomia dell'Unione²⁸.

La salvaguardia dell'autonomia rispetto all'ordinamento internazionale – c.d. autonomia “esterna” – non si esaurisce peraltro nell'esclusione dell'interferenza di altre corti. Essa si rende necessaria anche nella situazione, per certi versi opposta²⁹, nella quale, in assenza di strumenti di tutela offerti dall'ordinamento internazionale, l'ottemperanza a obblighi internazionali richieda il sacrificio di principi essenziali dell'ordinamento dell'Unione attinenti alla protezione dei diritti fondamentali, incluso il diritto alla tutela giurisdizionale. Questa prospettiva, la Corte ha individuato nella sentenza *Kadi*, seguendo un approccio essenzialmente dualista³⁰, taluni «principi costituzionali» dell'ordinamento dell'Unione insuscettibili di cedere di fronte a obblighi internazionali consuetudinari o pattizi³¹.

26 Per una ricostruzione dei caratteri essenziali dell'accordo, anche alla luce di precedenti modelli, v. T. JAEGER, *The EU Patent*: cui bono et quo vadit, in *CMLR*, 2010, 63 ss. Come è noto, a seguito del parere 1/09 il progetto di istituzione di una giurisdizione specializzata in materia brevettuale è stato perseguito mediante un accordo internazionale tra Stati membri, istitutivo un Tribunale unificato dei brevetti qualificandolo come una giurisdizione comune agli Stati contraenti (v. R. BARATTA, *The Unified Patent Court – What is the 'common' trait about?*, in *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale* (a cura di C. Honorati), Torino 2014, 101 ss.).

27 Insistono sull'importanza costituzionale del riconoscimento del ruolo essenziale dei giudici nazionali contenuto nel parere 1/09, in particolare, R. BARATTA, *National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *LIEI*, 2011, 297 ss., spec. 306; A. ROSAS, *The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09, in Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh* (a cura di P. Cardonnel, A. Rosas, N. Wahl), Oxford-Portland 2012, 105 ss.

28 CGUE, Parere 1/09 *cit.*, punti 80 ss.

29 Cfr. J.W. VAN ROSSEM, *The Autonomy of European Law: More Is Less?*, in *Between Autonomy and Dependence* (a cura di R.A. Wessel, S. Blockmans), The Hague 2013, 17: «Had there been an international body capable of reviewing the international measure that was at the roots of the contested regulation in *Kadi* [...] the ECJ might have refrained from exercising its power of judicial review».

30 V. G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *HILJ*, 2010, 2.

31 CGUE, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e

3. I limiti derivanti dall'autonomia alla sottoposizione dell'Unione a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie secondo il parere 2/13

Da ultimo, il principio di autonomia è stato ampiamente richiamato dal parere 2/13 relativo alla proposta di accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³². Poiché al parere si deve la formulazione più recente e completa degli ostacoli di natura costituzionale all'istituzione di un controllo esterno su obblighi internazionali dell'Unione, pare opportuno rammentarne sinteticamente i punti salienti.

Muovendo dalla premessa secondo la quale l'autonomia dell'Unione esige che la tutela dei diritti fondamentali «venga garantita nell'ambito della

C415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, punto 285.

32 CGUE, Parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Il parere è stato ampiamente commentato in dottrina: v., senza pretese di esaustività, I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano 2015, 273 ss.; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *DUE*, 2015, 623 ss.; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *SIE*, 2015, 243 ss.; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *FILJ*, 2015, 955 ss.; P. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and the Accession of the EU to the ECHR*, in *EYHR*, 2015, 31 ss.; D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *GLJ*, 2015, 105 ss.; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, in *GLJ*, 2015, 147 ss.; S.Ø. JOHANSEN, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, in *GLJ*, 2015, 169 ss.; A. ŁAZOWSKI, R.A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, 2015, 179 ss.; N. LAZZERINI, *"Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *OF*, 2015, 26 ss.; T. LOCK, *The future of EU accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *ECLR*, 2015, 239 ss.; S. PEERS, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GLJ*, 2015, 213 ss.; I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *CDE*, 2015, 47 ss.; E. SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL* 2015, 38 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 68 ss., spec. 97 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *DUDI*, 2015, 1 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *SIE*, 2015, 33 ss.

struttura e degli obiettivi»³³ di tale ordinamento, la Corte ha individuato diversi profili di incompatibilità del progetto di accordo con i Trattati.

Malgrado tali profili attengano pressoché tutti, in ultima analisi, alla salvaguardia dell'autonomia dell'Unione³⁴, un primo gruppo di censure affronta tale questione in modo più dettagliato. La Corte ha innanzitutto osservato che, mentre per effetto dell'adesione l'interpretazione della Convenzione europea data dai giudici di Strasburgo avrebbe necessariamente vincolato l'Unione e le sue istituzioni, la Corte europea non sarebbe per contro risultata vincolata all'interpretazione del diritto dell'Unione offerta dalla Corte di giustizia. Ciò sarebbe tuttavia equivalso a mettere in discussione «le valutazioni della Corte [UE] relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione»³⁵. Inoltre, l'accordo non avrebbe assicurato il necessario coordinamento tra la facoltà, riconosciuta dalla CEDU alle parti contraenti, di prevedere un livello di protezione dei diritti fondamentali superiore a quello disciplinato dalla Convenzione, e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*³⁶. Il progetto non avrebbe altresì previsto garanzie idonee a escludere l'interferenza del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo con gli obblighi gravanti sugli Stati membri in forza del principio della fiducia reciproca e, conseguentemente, un pregiudizio per «l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda»³⁷. Infine, la procedura di parere consultivo introdotta dal Protocollo n. 16 alla CEDU avrebbe potuto essere utilizzata dalle corti supreme nazionali – a giudizio della Corte – per eludere l'obbligo di sollevare domande di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE³⁸.

Un ulteriore profilo di incompatibilità ha riguardato la salvaguardia della competenza esclusiva della Corte protetta dall'art. 344 TFUE³⁹. Poiché l'a-

33 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 170.

34 V. D. HALBERSTAM, “*It's the Autonomy, Stupid!*” *cit.*; S. VEZZANI, *L'autonomia cit.*, 98.

35 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 186.

36 Nella sentenza *Melloni*, la Corte ha affermato che la facoltà degli Stati membri di invocare l'art. 53 della Carta incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare il primato, l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione, non potendosi permettere a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di norme di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta sulla base del rilievo che esse non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla costituzione dello Stato (CGUE, *Melloni*, causa C-399/11, sentenza del 26 febbraio 2013, spec. punto 58).

37 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 194.

38 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 196-199.

39 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 203-214.

desione avrebbe reso la Convenzione parte del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia avrebbe acquisito competenza esclusiva a conoscere delle controversie tra Stati membri, come pure tra questi e l'Unione, relative alla sua interpretazione e applicazione. Tale esclusività della competenza della Corte sarebbe tuttavia stata pregiudicata dall'esistenza, all'interno del sistema della Convenzione europea, di una procedura di composizione delle controversie tra le parti contraenti.

È stato parimenti ritenuto lesivo dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione il meccanismo del convenuto aggiunto, poiché, attribuendo alla Corte di Strasburgo il potere di decidere sull'ammissibilità della richiesta dell'Unione o di uno Stato membro di intervenire quale *co-respondent*, esso non sarebbe stato idoneo a escluderne l'interferenza nella ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri⁴⁰. Per analoghe ragioni è stata giudicata incompatibile con il diritto dell'Unione la facoltà lasciata alla Corte europea di attribuire la responsabilità per una violazione della Convenzione soltanto al convenuto o al convenuto aggiunto, in deroga alla regola generale che ne stabilisce la responsabilità congiunta⁴¹.

Simili censure hanno riguardato la procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia⁴². Secondo il parere 2/13, la salvaguardia delle attribuzioni della Corte avrebbe richiesto che in ciascuna controversia le istituzioni dell'Unione fossero messe «in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura»⁴³. La proposta di accordo non avrebbe tuttavia previsto una simile garanzia. Inoltre, la procedura di previo coinvolgimento non avrebbe garantito a sufficienza le attribuzioni della Corte poiché avrebbe permesso a quest'ultima di pronunciarsi in via preventiva sulla validità ma non sull'interpretazione di norme di diritto derivato⁴⁴.

Infine, il progetto di accordo è stato ritenuto incompatibile con i Trattati in quanto avrebbe consentito ai giudici di Strasburgo di esercitare un controllo giurisdizionale sugli atti adottati nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, allorché la Corte di giustizia dispone invece di competenze limitate in tale settore⁴⁵.

40 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 215-225.

41 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 229-230.

42 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 236-248.

43 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punto 241.

44 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 242-246.

45 CGUE, Parere 2/13 *cit.*, punti 255-256.

4. Le ragioni della Corte

Dalla sommaria rassegna della giurisprudenza che si è effettuata e, in particolare, dal parere 2/13 emerge con chiarezza che l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione è solitamente invocata a tutela delle competenze della Corte di giustizia. Questa constatazione sollecita alcune riflessioni in ordine alla funzione del principio di autonomia.

Stando alla giurisprudenza, la competenza giurisdizionale esclusiva della Corte di giustizia costituisce «un mezzo per garantire l'autonomia dell'ordinamento giuridico» dell'Unione⁴⁶. In realtà, come ha osservato la dottrina più attenta, sembrerebbe piuttosto vero l'inverso: l'autonomia dell'Unione appare un artificio retorico invocato a difesa della giurisdizione della Corte⁴⁷.

Questa impressione trova conforto nell'esame della giurisprudenza relativa alla preservazione delle funzioni attribuite dai Trattati ad altre istituzioni.

Come è noto, nella prassi recente si è assistito al conferimento a istituzioni dell'Unione, per mezzo di accordi internazionali conclusi tra Stati membri, di compiti ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione⁴⁸. Applicando il criterio enunciato nel parere 1/91, nella sentenza *Pringle* la Corte di giustizia ha ritenuto in linea di principio legittima tale prassi, a condizione che essa non snaturi le attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati fondativi⁴⁹.

Se si considera la concreta applicazione di tale *test*, si ricava tuttavia l'impressione che, malgrado la protezione dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione comporti il rispetto dei caratteri essenziali e delle competenze di tutte le istituzioni, questo criterio sia applicato con rigore differente a seconda che vengano in rilievo le attribuzioni della Corte di giustizia o di

46 Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro del 18 gennaio 2006, causa C-459/03, *Commissione v. Irlanda*, punto 10.

47 Così B. DE WITTE, *European Union Law cit.*, 150.

48 Su questo fenomeno v. P. CRAIG, *Pringle and the Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *ECLR*, 2013, 263 ss.; S. PEERS, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *ECLR*, 2013, 37 ss.; sia inoltre consentito rinviare a A. MIGLIO, *L'assegnazione di compiti alle istituzioni europee nell'ambito di accordi internazionali tra Stati membri*, in *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno* (a cura di O. Porchia), Napoli 2015, 143 ss.

49 La Corte, evocando i precedenti in materia di relazioni esterne (in particolare i pareri 1/92, 1/00 e 1/09), ha applicato anche in questo contesto il *test* elaborato in relazione all'attribuzione di compiti alle istituzioni da parte di accordi conclusi dall'Unione (CGUE, *Pringle*, causa C-370/12, sentenza del 27 novembre 2012, punto 158).

altre istituzioni⁵⁰. Nella vicenda all'esame della Corte nel caso *Pringle*, si trattava di valutare la compatibilità con i Trattati delle funzioni attribuite dall'accordo istitutivo del MES alla Commissione e alla Banca centrale europea⁵¹. Per quanto riguarda quest'ultima, la Corte ha ritenuto soddisfatta tale condizione poiché le funzioni ad essa assegnate dal Trattato MES sarebbero conformi alle attribuzioni conferitele dal diritto dell'Unione: l'art. 282, par. 2, TFUE, difatti, prevede che la BCE sostenga le politiche economiche generali nell'Unione, mentre l'art. 6, par. 2, dello statuto del SEBC e della BCE ne consente la partecipazione a istituzioni monetarie internazionali e l'art. 23 dello statuto la autorizza a stabilire relazioni con organizzazioni internazionali⁵². Quanto alla Commissione, il suo coinvolgimento risulterebbe funzionale all'esercizio di una delle funzioni tipiche di tale istituzione, ossia la promozione dell'interesse generale dell'Unione, cui corrisponde l'obiettivo del trattato MES. Inoltre, la Corte ha osservato che l'accordo consente alla Commissione di verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa conclusi dal MES, permettendo un più efficace coordinamento tra le fonti e, indirettamente, un controllo sul rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, a sua volta attribuzione propria della Commissione ai sensi dell'art. 17 TUE⁵³.

50 V., più diffusamente, A. MIGLIO, *L'assegnazione cit.*, p. 156.

51 Il trattato MES prevede che, qualora uno Stato contraente abbia presentato domanda di sostegno alla stabilità, la Commissione, su incarico del Consiglio dei governatori, valuti l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso o dei suoi Stati membri, la sostenibilità del debito pubblico e le esigenze finanziarie del membro del MES che ha presentato la richiesta (art. 13, par. 1). Se il Consiglio dei governatori decide di concedere l'assistenza finanziaria richiesta, spetta poi alla Commissione e alla BCE (e, ove possibile, al Fondo monetario internazionale) negoziare un protocollo d'intesa con lo Stato interessato (art. 13, par. 2), che sarà firmato dalla Commissione in nome e per conto del MES (art. 13, par. 4). Nell'ambito della politica di condizionalità cui è subordinata la concessione dell'assistenza finanziaria, alla Commissione e alla BCE è altresì affidato il compito di verificare il rispetto delle condizioni concordate (art. 13, par. 7). La relazione della Commissione prevista da quest'ultima disposizione è presa in considerazione dal Consiglio di amministrazione ai fini della decisione sul versamento delle rate successive alla prima nell'ambito dei diversi programmi di assistenza ai sensi degli artt. 15, 16 e 17 del trattato; a una valutazione condotta dalla Commissione di concerto con la BCE è del pari subordinata la concessione di ulteriori fondi agli Stati che abbiano ottenuto assistenza finanziaria precauzionale (art. 14). Infine, nell'ambito del meccanismo di sostegno al mercato secondario, gli interventi del MES finalizzati a evitare il contagio finanziario sono decisi sulla base di una analisi della BCE che riconosca l'esistenza di circostanze eccezionali sui mercati finanziari e di rischi che minacciano la stabilità finanziaria (art. 18, par. 2).

52 CGUE, *Pringle cit.*, punto 165.

53 CGUE, *Pringle cit.*, punto 164. Nella sentenza *Ledra Advertising* la Corte di giustizia

Almeno con riguardo alla BCE, il ragionamento della Corte non è molto persuasivo e pare invero fondato su un presupposto di fatto scorretto. Nell'ambito del MES, la Banca centrale europea svolge funzioni decisive nell'elaborazione dei programmi di assistenza finanziaria e nella vigilanza sul rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri quale condizione per la concessione dell'assistenza⁵⁴. L'operato della BCE nell'ambito del MES appare pertanto assai distante dalle funzioni tipiche assegnate a questa istituzione e non può essere convincentemente sussunto all'interno del generico potere di partecipare a istituzioni monetarie internazionali – quale peraltro il MES certamente non è – e di intrattenere relazioni con altre organizzazioni internazionali. Questa conclusione risulta implicitamente suffragata anche dalle conclusioni presentate nel caso *Gauweiler* dall'Avvocato generale Cruz Villalón, il quale ha rilevato alcune delle contraddizioni prodotte dall'attribuzione alla BCE dei compiti anzidetti. Secondo l'Avvocato generale, infatti, in presenza di misure di politica monetaria soggette – come quelle all'esame della Corte nel caso richiamato – a una rigorosa condizionalità, il “duplice ruolo” della BCE potrebbe dare adito a dubbi sulla coerenza di tali misure con le attribuzioni conferite dai Trattati all'istituzione monetaria dell'Unione⁵⁵.

Alla luce di queste considerazioni, è giocoforza concludere che, a fronte di un *test* molto stringente per quanto riguarda le competenze della Corte di giustizia, la giurisprudenza adotta un criterio di scrutinio assai più tollerante quando vengono in rilievo le attribuzioni di altre istituzioni. Questo approccio asimmetrico non soltanto conferma quanto si è osservato poc'anzi in ordine al rapporto tra autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione e giurisdizione della Corte ma genera inoltre due problemi speculari piuttosto seri: per un verso si limita la facoltà dell'Unione di sottomettersi a meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie, condizionandone le modalità di partecipazione alla vita giuridica internazionale⁵⁶; per altro verso, la giurisprudenza non sembra offrire garanzie sufficienti a fronte del rischio che, mediante la conclusione di accordi internazionali, si determini una alterazione delle funzioni essenziali di altre istituzioni e dell'equilibrio istituzionale⁵⁷.

ha ribadito tali conclusioni, ricavandone altresì un argomento in favore della configurabilità della responsabilità extracontrattuale dell'Unione in caso di mancata ottemperanza della Commissione a tale obbligo di vigilanza (CGUE, *Ledra Advertising e altri*, cause riunite da C8/15 P a C10/15, sentenza del 20 settembre 2016, punto 67).

54 V. l'art. 13 del Trattato MES.

55 Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 14 gennaio 2015, causa C62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400, punti 142-151.

56 V. J. ODERMATT, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, EUI Working Paper MWP 2016/07, 18.

57 Per una critica al *test* sviluppato nella sentenza *Pringle*, v. P. CRAIG, *Pringle and the Use*

È allora opportuno domandarsi quali siano le ragioni del particolare rigore di cui fa prova la giurisprudenza nel salvaguardare le prerogative della Corte.

L'insistenza sull'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e sui limiti che ne derivano in ordine alla creazione di meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie pare essenzialmente dettata da preoccupazioni di natura interna, relative ai rapporti con le giurisdizioni nazionali e alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri⁵⁸. Negli ordinamenti federali, uno dei compiti essenziali e riconosciuti di una corte suprema consiste nella vigilanza sul rispetto delle competenze che la costituzione attribuisce allo Stato federale e agli enti sub-statali. Nell'Unione europea, sebbene talune caratteristiche del sistema giurisdizionale evocino un modello di tipo federale, il ruolo della Corte di giustizia quale giudice ultimo dei conflitti di competenza tra Unione e Stati membri è viceversa fortemente contestato⁵⁹. Ciò è efficacemente dimostrato dalla giurisprudenza di alcune corti costituzionali nazionali – in particolare del Tribunale costituzionale federale tedesco – sui limiti al primato del diritto dell'Unione⁶⁰, non a caso indicata in

of EU Institutions cit., 275 ss.; A. DIMOPOULOS, *Taming the Conclusion of Inter Se Agreements between EU Member States: The Role of the Duty of Loyalty*, in YEL, 2015, 286 ss.

58 Come osserva un autore in riferimento al parere 2/13, «*the Court [...] do[es] not address what the draft accession agreement regulates but rather what it does not: the fragility of the cooperative relationship between the CJEU and domestic apex courts in the context of the preliminary reference procedure; the issues of overriding EU primacy through domestic human rights and the concept of mutual trust between the Member States; as well as the jurisdiction of the Court in the field of the Common Foreign and Security Policy (CFSP)*» (C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness cit.*, 149).

59 V. C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness cit.*, 153.

60 A partire dalla sentenza relativa al Trattato di Maastricht (BVerfG, 2 BvR 2134/92, c.d. *Maastricht-Urteil*), il *Bundesverfassungsgericht* si è riservato la facoltà di verificare che le istituzioni dell'Unione, inclusa la Corte di giustizia, non travalichino il confine delle competenze attribuite. Questo approccio, ribadito in successive pronunce (BVerfG, 2 BvE 2/08, c.d. *Lissabon-Urteil*; 2 BvR 2661/06, *Honeywell*; ordinanza del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler*), si pone in aperto contrasto con l'attribuzione alla Corte di giustizia del potere esclusivo di conoscere della validità degli atti dell'Unione, poiché di fatto autorizzerebbe i giudici nazionali a verificare la compatibilità degli atti dell'Unione con i trattati istitutivi (v. F.C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in *Principles of European Constitutional Law* (a cura di A. von Bogdandy, J. Bast), Oxford 2010, 399 ss.; ID., *Rebels without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *GLJ*, 2014, 130). Come risulta dalla giurisprudenza successiva (in particolare il *Lissabon-Urteil* e la decisione di rinvio nel caso *Gauweiler*), a questa modalità di controllo si affianca una ulteriore riserva rappresentata dalla salvaguardia dell'identità costituzionale. Proprio su questo terreno sembra giocarsi oggi molta parte dello "scontro tra corti": ancorché all'esito della vicenda OMT il Tribunale abbia riconosciuto la compatibilità con la Legge fonamen-

dottrina come uno dei fronti più esposti sui quali si gioca il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione⁶¹. Ebbene, proprio l'esperienza ricavata dalle resistenze alla piena affermazione del principio del primato talora opposte dai giudici nazionali contribuisce a spiegare la riluttanza della Corte di giustizia ad accettare la sottoposizione dell'Unione a strumenti internazionali di risoluzione delle controversie che potrebbero essere utilizzati per aggirarne il controllo.

Pare pertanto doversi concludere che a motivare la rivendicazione di autonomia dell'Unione rispetto ad altre corti internazionali non è tanto la mera insofferenza del controllo esterno⁶², quanto piuttosto la consapevolezza della fragilità dei principi – primato, effetto diretto, autonomia – sui quali si fonda il carattere sovranazionale dell'ordinamento dell'Unione, la cui effettività è strettamente dipendente dalla cooperazione delle autorità, in primo luogo

tale tedesca delle misure della BCE (sentenza 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler*) e appaia dunque come il principale “sconfitto” nella contesa per l’“ultima parola” (in questo senso L.F. PACE, *And indeed it was a (failed) nullification crisis: The OMT judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the OMT case*, in *Sidiblog*, 1° settembre 2016, <http://www.sidiblog.org/2016/09/01/and-indeed-it-was-a-failed-nullification-crisis-the-omt-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-and-the-winners-and-losers-of-the-final-showdown-in-the-omt-case/>), una lettura attenta della pronuncia suggerisce una impressione assai più sfumata e conferma, almeno in linea di principio, la persistente validità dei limiti al primato finora ricavati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (cfr. M. STARITA, *Openness towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht OMT Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme*, in *EP*, 2016, 395 ss.). Si tratta peraltro di limiti non soltanto teorici, poiché nel dicembre 2015 il *Bundesverfassungsgericht* ha negato la consegna, in esecuzione di un mandato di arresto europeo, di un individuo condannato in contumacia in Italia in quanto incompatibile con l'identità costituzionale della Germania (decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14).

61 V. I. PERNICE, *The Autonomy cit.*, 3. Recentemente, contestazioni per certi versi simili e similmente intese a salvaguardare l'identità costituzionale degli Stati membri sono giunte da altre corti nazionali, segnatamente dalla Corte costituzionale italiana: v. l'ord. n. 24 del 2017, con la quale la Corte costituzionale ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo a quest'ultima di avallare una interpretazione dell'art. 325 TFUE orientata alla tutela dei diritti fondamentali e prospettando l'eventualità della non applicazione di tale disposizione, come interpretata dai Giudici di Lussemburgo nel caso *Taricco* (sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, EU:C:2015:555), per contrasto i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano. Va tuttavia rilevato come la minacciata applicazione dei “controlimiti” da parte della Corte costituzionale italiana non si traduca in un controllo sulle competenze dell'Unione secondo il modello configurato dal *Maastricht-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco.

62 Propone questa lettura del parere 2/13, in termini particolarmente critici, V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno cit.*

giurisdizionali, degli Stati membri⁶³. Più che essere una manifestazione di forza, l'insistenza sul carattere autonomo dell'ordinamento dell'Unione e sulle conseguenze che ne derivano tradisce le debolezze strutturali insite nei rapporti tra Unione e Stati membri⁶⁴.

5. L'autonomia dell'Unione e gli accordi in materia di investimenti: l'approccio "dualistico" seguito dalla Commissione

5.1. I possibili modelli

I limiti individuati dalla giurisprudenza alla sottoposizione dell'Unione a strumenti di controllo esterno pongono costrizioni severe alla predisposizione di meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi dell'Unione in materia di investimenti. È pertanto necessario interrogarsi sul modo migliore per rispondere a tali preoccupazioni e sull'adeguatezza degli accorgimenti che sono state proposti.

L'obiettivo di preservare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione sarebbe certamente raggiunto se si adottasse la soluzione più radicale, consistente nell'esclusione di meccanismi di ISDS. Questo approccio, che trova un precedente nel trattato di libero scambio in vigore tra gli Stati Uniti e l'Australia⁶⁵ ed è da taluni stato suggerito come modello per la negoziazione di accordi dell'Unione⁶⁶, si presenta in due varianti. Secondo la prima, la giurisdizione sulle violazioni del trattato dovrebbe essere attribuita alle corti nazionali, le quali potrebbero – e dovrebbero, nel caso in cui giudicassero in ultima istanza – domandare alla Corte di giustizia, mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, di pronunciarsi sull'interpretazione di norme dell'Unione. La seconda ipotesi comporterebbe invece l'attribuzione della relativa competenza alla Corte di giustizia stessa⁶⁷, eventualmente me-

63 Cfr. D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!"* cit., spec. 113 ss.

64 Cfr. S. VEZZANI, *L'autonomia* cit., 115.

65 *United States-Australia Free Trade Agreement*, concluso il 18 maggio 2004 e in vigore dal 1° gennaio 2005; il testo dell'accordo è disponibile *on line* all'indirizzo https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf.

66 J. KLEINHEISTERKAMP, L. POULSEN, *Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals*, Global Economic Governance Programme & Blavatnik School of Government Policy Brief, dicembre 2014, consultabile *on line* sul sito <http://www.globaleconomicgovernance.org>.

67 V. S. HINDELANG, *Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU*

dianche l'istituzione di un tribunale specializzato.

Entrambe le varianti, comportando il sacrificio di un foro neutrale per la definizione delle controversie relative al rispetto degli obblighi previsti dall'accordo, presentano difetti non trascurabili: da un lato risultano difficilmente accettabili dalle controparti nei negoziati commerciali, dall'altro compromettono la tutela degli investitori dell'Unione qualora lo Stato terzo parte dell'accordo non possieda un sistema giurisdizionale efficiente e indipendente dagli altri poteri dello Stato⁶⁸. Queste soluzioni, per poter garantire tutela giurisdizionale agli investitori, presupporrebbero inoltre il riconoscimento dell'efficacia diretta delle disposizioni contenute negli accordi⁶⁹, in contrasto con la prassi volta a escludere tale effetto in tutti i più recenti accordi di libero scambio conclusi dell'Unione⁷⁰. Non vi è pertanto da stupirsi se l'eventualità di abbandonare del tutto il ricorso a meccanismi internazionali di composizione delle controversie non è stata seriamente contemplata dalle istituzioni.

Se dunque si assume che debbano essere previsti meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie azionabili dagli investitori, è necessario che la loro configurazione rispetti l'autonomia e i caratteri essenziali dell'ordinamento dell'Unione.

In particolare, uno dei problemi più delicati posti dalla necessità di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'UE consiste nell'evitare che un tribunale internazionale possa vincolare, anche indirettamente, la Corte di giustizia o le corti nazionali degli Stati membri nell'interpretazione e nell'applicazione di norme di diritto dell'Unione.

Nell'applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza richiamata agli accordi in materia di investimenti il profilo più delicato attiene alla salvaguardia dell'autonomia interpretativa della Corte di giustizia. In altre parole, l'attribuzione a un tribunale internazionale del potere di pronunciarsi sull'interpretazione e sull'applicazione degli accordi conclusi dall'Unione, eventualmente accertando la responsabilità dell'Unione o degli Stati membri per la loro violazione, non deve essere suscettibile di vincolare la Corte a una determinata interpretazione del diritto dell'Unione⁷¹.

Abkommen, WHI Paper 01/11, http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whipaper0111.pdf, 26. L'A. esprime peraltro perplessità nei confronti di questa soluzione.

68 Cfr. D. GALLO, F. NICOLA, *The External Dimension cit.*, 1095.

69 Cfr. D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo Sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero commercio dell'Unione europea*, in *DCI*, 2016, 837.

70 V. A. SEMERTZI, *The Preclusion of Direct Effect in the Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *CMLR*, 2014, 1125 ss.

71 Cfr. A. DIMOPOULOS, *The Compatibility cit.*, 469, nt. 5; F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles cit.*, 137.

Poiché tuttavia tale effetto potrebbe prodursi anche in via indiretta e di fatto in caso di accertata incompatibilità con l'accordo di una misura dell'Unione, ovvero di una misura adottata da uno Stato in esecuzione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, occorre che siano previsti accorgimenti idonei a salvaguardare la giurisdizione della Corte contro il rischio di interferenze esterne.

5.2. Diversi meccanismi di risoluzione delle controversie accomunati dalla separazione tra ordinamenti

Tale obiettivo può essere perseguito secondo due strategie. La prima, che può essere definita dualista⁷², punta alla netta separazione tra l'accordo internazionale e il meccanismo di risoluzione delle controversie da esso istituito, da un lato, e l'ordinamento dell'Unione e il suo sistema di rimedi, dall'altro. La seconda mira invece a istituire un più stretto collegamento tra i due sistemi, mediante la creazione di un foro speciale per la risoluzione delle controversie relative all'accordo funzionalmente connesso alla Corte di giustizia: la connessione potrebbe instaurarsi attraverso il potere di proporre rinvii pregiudiziali ovvero, secondo ipotesi più radicali e di più difficile realizzazione, mediante la previsione dell'appellabilità delle decisioni davanti alla Corte⁷³.

La prassi ricavabile dal contenuto degli accordi finora negoziati con Singapore⁷⁴, con il Vietnam⁷⁵ e con il Canada (*Comprehensive Trade and*

72 V. E. CASTELLARIN, *Enhanced dualism as a solution for the relationship between investment arbitration and the EU legal order*, paper presentato all'ESIL International Economic Law Interest Group, Oslo, 9 settembre 2015.

73 Il coinvolgimento della Corte è ipotizzato come alternativo ad altre modalità di ricorso da M. FRIGO, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea*, in *I negoziati per il Partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti* (a cura di P. Bilancia), San Giuliano Milanese 2015, 213. Secondo l'A. sarebbe opportuno «consent[ire] la scelta alternativa circa il ricorso – in sede di appello – a un nuovo tribunale o alla giurisdizione dello Stato ospite o della Corte di giustizia, nel caso di questioni che comportino responsabilità finanziaria dell'Unione secondo quanto stabilito dal regolamento 912/2014».

74 I negoziati si sono conclusi nell'ottobre 2014. La procedura di approvazione dell'accordo, il cui testo è peraltro stato reso pubblico (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>), è stata tuttavia sospesa in attesa che la Corte di giustizia si pronunciasse sull'estensione della competenza dell'Unione, al fine di determinare se l'accordo potesse essere concluso a livello bilaterale ovvero richiedesse il ricorso alla forma mista. Nel parere 2/15, la Corte ha ritenuto che non rientrassero nella competenza esclusiva dell'Unione segnatamente, le disposizioni dell'accordo in tema di investimenti diversi dagli investimenti diretti e quelle relative alla risoluzione delle controversie.

75 I negoziati sono stati dichiarati conclusi nel dicembre 2015 e il testo della bozza di

Investment Agreement, CETA)⁷⁶, nonché dalle proposte presentate dalla Commissione nel contesto del negoziato finalizzato alla conclusione di un ambizioso accordo di Partenariato transatlantico (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) con gli Stati Uniti⁷⁷, è nettamente orientata in direzione del primo indirizzo descritto.

Vi sono per il vero differenze significative nella costruzione dei meccanismi di risoluzione delle controversie contemplate dagli accordi in discorso. Da un lato, l'accordo di libero scambio negoziato con Singapore conserva il tradizionale meccanismo arbitrale, in sintonia con il modello prevalente nei trattati bilaterali sugli investimenti conclusi dagli Stati membri. Dall'altro lato, con la pubblicazione, nel novembre 2015, delle proposte negoziali dell'Unione per il capitolo del TTIP relativo agli investimenti⁷⁸, le cui linee essenziali hanno successivamente trovato accoglimento negli accordi con il Vietnam e con il Canada, la Commissione parrebbe a prima vista essersi orientata verso un modello ibrido tra la soluzione monistica e quella dualistica. Questa conclusione – che, come si vedrà, non è corretta – potrebbe essere suggerita dalla previsione, in luogo del tradizionale meccanismo di risoluzione delle controversie mutuato dall'arbitrato commerciale, dell'istituzione di un tribunale permanente di impronta pubblicistica⁷⁹.

accordo è consultabile *on line* all'indirizzo <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

76 La firma dell'accordo è stata autorizzata con decisione (UE) 2017/37 del Consiglio, del 28 ottobre 2016, *relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra* (in *GU L* 11 del 14 gennaio 2017, p. 1).

77 Ancorché i negoziati siano sospesi da gennaio 2017 e la conclusione di un accordo non appaia verosimile nel prossimo futuro, sia per le posizioni dell'Amministrazione Trump sia per la diffusa opposizione al progetto in numerosi Stati membri, il negoziato transatlantico ha rappresentato un importante banco di prova per l'elaborazione di una politica dell'Unione in materia di investimenti, anche con riguardo ai meccanismi di risoluzione delle controversie.

78 Il testo della proposta è consultabile *on line* all'indirizzo http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

79 Per una ricostruzione globale delle caratteristiche del modello, i cui tratti essenziali risultano comuni ai diversi accordi nonostante alcune differenze minori, v. S. SCHILL, *Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?*, in *Verfassungsblog*, 25 novembre 2015; Id., *The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?*, in *Verfassungsblog*, 29 settembre 2015; C. TITI, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, in www.transnational-dispute-management.com; D. GALLO, *Portata, estensione e limiti*, cit., 827 ss.; H. LENK, *An Investment Court System for the New Generation of EU*

Un importante elemento di novità degli accordi più recenti – peraltro già prefigurato, sebbene nella prospettiva di una multilateralizzazione del sistema, dalla Commissione⁸⁰ – è infatti rappresentato dalla scelta in favore di un organo giurisdizionale a carattere permanente, composto da un Tribunale di primo grado e da un Tribunale di appello. Rappresenta altresì una caratteristica distintiva del modello la previsione di un secondo grado di giudizio a cognizione piena: le sentenze emesse dal Tribunale di prima istanza possono essere impugnate per errore nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto, ma anche per errore manifesto di valutazione dei fatti nonché, in via sussidiaria, per i motivi indicati dall'art. 52 della Convenzione ICSID. In caso di fondatezza dell'impugnazione, si prevede che il Tribunale di appello possa, oltre che annullare la decisione di primo grado, modificarla in tutto o in parte, con effetto sostitutivo del lodo pronunciato in primo grado⁸¹.

Se questi elementi, al pari della previsione di rigorosi requisiti di trasparenza⁸², evocano un modello di tipo marcatamente pubblicistico⁸³, il sistema conserva nondimeno taluni tratti caratteristici dei più tradizionali meccanismi arbitrali. In particolare, sebbene l'istituzione di una giurisdizione permanente escluda l'intervento delle parti nella nomina del tribunale, l'autonomia delle parti rimane decisiva nella determinazione delle regole applicabili al procedimento, stante l'assenza di un regolamento di procedura del Tribunale⁸⁴.

Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, in EP, 2016, 665 ss.; L. PANTALEO, *Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System*, CLEER Papers 2016/1; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court cit.*

80 *Concept paper "Investment in TTIP and beyond – the path for reform" cit.*, 11.

81 V. l'art. 8.28, par. 2, CETA.

82 L'art. 8.3.20 dell'accordo UE-Vietnam e l'art. 8.36 CETA rinviano alle regole sulla trasparenza adottate dall'UNCITRAL, alle quali si aggiungono obblighi di trasparenza supplementari.

83 V. S. SCHILL, *Das TTIP-Gericht cit.*

84 Ad esempio, l'art. 8.23, par. 2, CETA consente la proposizione di una domanda al Tribunale «*under the following rules*:

(a) *the ICSID Convention and Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*;

(b) *the ICSID Additional Facility Rules if the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply*;

(c) *the UNCITRAL Arbitration Rules*; or

(d) *any other rules on agreement of the disputing parties*». Va tuttavia ricordato che il Tribunale dispone del potere di definire proprie «*working procedures*» (art. 9, par. 10, e art. 10, par. 10) e che il Committee on Services and Investment istituito dall'accordo ha il potere di «*adopt and amend rules supplementing the applicable dispute settlement rules*»

In questo senso si può dunque parlare di un modello ibrido⁸⁵, che propone talune scelte innovative pur preservando caratteristiche degli strumenti di risoluzione delle controversie attualmente prevalenti. La valorizzazione del carattere pubblicistico del sistema non è però indice di un mutamento di indirizzo in ordine ai rapporti tra l'accordo e i rimedi da esso previsti e il diritto dell'Unione. Al pari del dell'accordo UE-Singapore, la proposta europea relativa al TTIP e gli accordi UE-Canada e UE-Vietnam sono difatti improntati alla netta separazione tra ordinamento dell'Unione e ordinamento internazionale. Come dimostra un confronto tra i testi in esame, l'approccio dualistico vi è anzi perseguito con maggiore coerenza.

5.3. Le garanzie dell'autonomia

Un primo requisito essenziale, al fine di garantire la separazione dei due sistemi, è l'esclusione dell'efficacia diretta delle disposizioni dell'accordo. Questa soluzione è chiaramente espressa in tutti gli accordi considerati⁸⁶, che non presentano quindi, sotto questo profilo, alcun elemento di incompatibilità con i Trattati istitutivi. L'espressa esclusione dell'efficacia diretta, peraltro, risulta in piena continuità con una prassi consolidata ormai da diversi anni e comune pressoché a tutti gli accordi di libero scambio di ultima generazione – inclusi gli accordi di associazione conclusi con la Georgia, la Moldavia e l'Ucraina⁸⁷. Ancorché questo orientamento sia stato oggetto di critiche dottrinali, sia in ragione del sacrificio che comporta per la tutela dei diritti individuali sia per la lamentata inadeguatezza a garantire l'efficacia degli accordi stessi⁸⁸, l'esclusione di effetto diretto degli accordi internazionali appare funzionale a proteggere l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, limitando le interferenze giudiziarie nell'esercizio del potere legislativo e pertanto preservando l'equilibrio istituzionale⁸⁹.

(art. 8.44, par. 3, lett. b).

85 In questo senso C. TITI, *The European Union's Proposal cit.*, 24 ss.

86 V. art. 17.15 dell'accordo UE-Singapore; art. X.19 del capitolo 17 dell'accordo UE-Vietnam; art. 30.6 CETA.

87 V. A. SEMERTZI, *The Preclusion cit.*

88 V. M. CREMONA, *Guest Editorial: Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in *CMLR*, 2015, 358 s.; D. THYM, *The Missing Link: Direct Effect, CETA/TTIP and Investor-State Dispute Settlement*, in *EU Law Analysis*, 7 gennaio 2015, <http://verfassungsblog.de/en-verhinderte-rechtsanwendung-deutsche-gerichte-cetati-ip-und-investor-staat-streitigkeiten-2/>.

89 V. A. TANCREDI, *On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order*, in *International Law as Law of the European Union* (a cura di E. Cannizzaro, P. Palchetti, R.A. Wessel), Leiden-Boston 2012, 249 ss., spec. 260; A. SEMERTZI, *The Preclusion cit.*, 1158.

Al fine di prevenire un pregiudizio per l'autonomia dell'Unione, oltre all'efficacia diretta delle norme dell'accordo è altresì necessario – ma non sufficiente – escludere che il diritto dell'Unione sia parte del diritto applicabile. In caso contrario, si consentirebbe a un organo estraneo alla struttura giurisdizionale dell'Unione di applicare disposizioni di diritto UE senza che la Corte di giustizia possa pronunciarsi in via pregiudiziale sulla loro interpretazione, violando così un presidio essenziale dell'autonomia secondo quanto stabilito nel parere 1/09 e nel parere 2/13.

In questo caso il raffronto tra i testi esaminati rivela soluzioni divergenti e non tutte egualmente idonee a conseguire l'obiettivo perseguito.

L'art. 9.19, par. 2, della bozza di accordo UE-Singapore prescrive che il tribunale arbitrale debba applicare l'accordo «*in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties*». Nulla si dice, invece, circa il potere dei tribunali arbitrali di interpretare e applicare il diritto dell'Unione europea, evidentemente sulla base dell'implicito presupposto che questo sia considerato, alla stregua del diritto interno, quale mero fatto⁹⁰. Si tratta però di una soluzione tutt'altro che scontata, come dimostra la prassi arbitrale relativa al Trattato sulla Carta dell'Energia, concluso in forma mista dall'Unione e dagli Stati membri. Nel caso *AES c. Ungheria*, il tribunale ha assimilato il diritto dell'Unione al diritto interno, che, a differenza di «*rules and principles of international law*» richiamati dall'art. 26, par. 6, del Trattato, rileva esclusivamente come elemento di fatto: ciò, tuttavia, sul solo presupposto dell'accordo delle parti nel qualificare il diritto dell'Unione in tal senso⁹¹. All'opposto, nel caso *Electrabel c. Ungheria*, il tribunale, argomentando estensivamente sul punto, ha ritenuto di potere interpretare e applicare il diritto dell'Unione in quanto parte del diritto internazionale⁹².

90 Si tratta peraltro della soluzione suggerita dalla Commissione nel *concept paper Investment in TTIP and beyond - the path for reform* del 5 maggio 2015, consultabile all'indirizzo web http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, p. 10.

91 *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, par. 7.6.6: «*Regarding the Community competition law, it has a dual nature: on the one hand, it is an international law regime, on the other hand, once introduced in the national legal orders, it is part of these legal orders. It is common ground that in an international arbitration, national laws are to be considered as facts. Both parties having pleading [sic] that the Community competition law regime should be considered as a fact, it will be considered by this Tribunal as a fact*».

92 *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable law and Liability, 30 novembre 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>, par. 4.122: «*the Tribunal considers that EU law as a whole is part of the international legal order [...]. In the Tribunal's view, all EU legal rules are part of a regional system of international law and therefore have an*

In *Eureko c. Repubblica slovacca*⁹³ e in *Blusun c. Italia*⁹⁴, i tribunali hanno seguito un approccio sostanzialmente analogo.

Inoltre, ove non sia espressamente escluso dall'accordo, il potere del tribunale di applicare il diritto dell'Unione può derivare dalla discrezionalità concessa dalle regole di procedura applicabili. Alcuni dei regolamenti che possono essere scelti per disciplinare il procedimento concedono infatti al tribunale un margine di discrezionalità molto ampio nella determinazione del diritto applicabile al merito della controversia. Ad esempio, l'art. 33, par. 1 delle *Optional Rules for Arbitration Between International Organizations and Private Parties* (1996) della Corte permanente di arbitrato stabilisce che, in mancanza di scelta delle parti, qualora il caso veda coinvolti una parte privata e una organizzazione internazionale, il tribunale arbitrale debba prendere in considerazione sia le regole dell'organizzazione sia il diritto applicabile all'accordo o al rapporto al quale la controversia accede, nonché, ove appropriato, il diritto internazionale consuetudinario e i principi generali del diritto delle organizzazioni internazionali⁹⁵.

Alla luce di queste considerazioni, deve concludersi che la soluzione offerta dal progetto di accordo UE-Singapore è suscettibile di interpretazioni divergenti e non è pertanto idonea a tutelare l'autonomia del diritto dell'Unione.

L'approccio seguito nei negoziati con il Vietnam⁹⁶ e con il Canada⁹⁷ rivela, per contro, maggiore attenzione al profilo in esame. A integrazione della regola che richiede l'applicazione delle disposizioni dell'accordo e di «*other rules and principles of international law applicable between the Parties*», si esclude il potere del Tribunale di accertare la validità di una misura sulla base di norme di diritto interno di una delle parti e si precisa che tali norme interne debbano essere considerate alla stregua di elementi di fatto. Poiché il diritto dell'Unione indubbiamente costituisce il diritto interno di una delle parti contraenti, questa regola è destinata ad applicarsi a esso. Al fine di evitare che il

international legal character».

93 *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 ottobre 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>, par. 283: «*The Tribunal can consider and apply EU law, if required, both as a matter of international law and as a matter of German law*», in quanto *lex loci arbitri*.

94 *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 dicembre 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8967.pdf>, par. 278.

95 *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, art. 53, par. 1.

96 Art. 8.3.16, par. 2.

97 Art. 8.31, par. 2.

Tribunale, pur potendo conoscere del diritto interno delle parti soltanto quale elemento di fatto, aderisca a una interpretazione differente da quella seguita dalle corti interne, si introduce inoltre un obbligo di interpretazione conforme, in forza del quale il Tribunale dovrà seguire l'interpretazione – o l'interpretazione prevalente, secondo quanto prevede l'accordo UE-Canada – data dalle corti o dalle autorità competenti della parte contraente in questione. Infine, si precisa che il significato attribuito dal Tribunale a una norma di diritto interno non possa vincolare corti e autorità nazionali.

Accanto alla determinazione del diritto applicabile, un aspetto decisivo per garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, strettamente collegato alla già ricordata esclusione di effetto diretto delle disposizioni dell'accordo, attiene all'individuazione dei rimedi che possono essere disposti dal Tribunale. Al riguardo, occorre escludere che all'accertamento di una violazione dell'accordo possa conseguire l'imposizione in capo al convenuto soccombente di un obbligo di riparazione in forma specifica, in tal modo prevenendo il rischio che uno Stato membro, per conformarsi a un obbligo internazionale, sia tenuto a disapplicare una norma di diritto dell'Unione.

Per rispondere a questa preoccupazione, la soluzione che ha trovato accoglimento nei negoziati consiste nella drastica limitazione dei rimedi che possono essere concessi qualora il Tribunale riscontri che la parte convenuta ha violato una disposizione del trattato. Negli accordi UE-Canada⁹⁸ e UE-Singapore⁹⁹ si prevede che l'unica misura che il Tribunale possa sempre concedere sia il risarcimento del danno, mentre un rimedio di tipo restitutorio («*restitution of property*») è ammesso soltanto in caso di espropriazione e sempre che il convenuto non decida di optare invece per il risarcimento per equivalente. Questa soluzione appare generalmente idonea a fare salva l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, scongiurando il pericolo che la misura imposta dal Tribunale quale conseguenza dell'accertamento di un illecito confligga con un obbligo derivante dall'ordinamento dell'Unione.

Gli accorgimenti indicati – qualificazione del diritto dell'Unione quale mero fatto ed esclusione della riparazione in forma specifica – non escludono tuttavia ogni possibile contrasto tra la decisione di un tribunale arbitrale (o di una corte specializzata) che giudichi sul rispetto dell'accordo in materia di investimenti e una norma di diritto dell'Unione. L'esistenza di una “zona grigia” è comprovata dal noto caso *Micula*, nel quale il risarcimento del danno concesso dal tribunale arbitrale sulla base del trattato bilaterale sugli investimenti in vigore tra Svezia e Romania¹⁰⁰ è stato qualificato dalla

98 Art. 8.39, par. 1.

99 Art. 8.3.27, par. 1.

100 *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, *Final Award*, 11 dicembre 2013,

Commissione come aiuto di Stato illegittimo, sul presupposto che esso servisse a compensare l'investitore per la perdita di un beneficio contrastante con l'art. 107 TFUE¹⁰¹. In una fattispecie di questo genere, lo Stato membro interessato da un lato è tenuto, in forza del diritto internazionale, a dare esecuzione alla decisione del tribunale arbitrale, rimediando in tal modo alla violazione di una norma posta a tutela dell'investimento; dall'altro, se dà esecuzione al lodo, viola un divieto imposto dal diritto primario dell'Unione. L'insorgere di questo indesiderabile conflitto di obblighi a carico dello Stato non sembra tuttavia evitabile mediante una attenta formulazione dell'accordo, poiché ad essere incompatibile con il diritto dell'Unione è in tal caso l'ottemperanza stessa all'obbligo risarcitorio¹⁰².

Infine, un ultimo profilo che potrebbe incidere sul rispetto dell'autonomia dell'Unione attiene alla disciplina dei procedimenti paralleli, che devono essere evitati non soltanto per scongiurare il rischio di doppia compensazione degli investitori, ma anche per assicurare l'indipendenza del sistema di risoluzione delle controversie istituito dall'accordo rispetto al diritto interno – incluso il diritto dell'Unione – e ai rimedi che esso offre. Il problema è affrontato in modo simile da tutti i testi richiamati, i quali, pur con alcune differenze nella formulazione delle norme rilevanti, richiedono che l'investitore rinunci a eventuali azioni parallele promosse davanti a una corte nazionale in relazione a misure oggetto di contestazione dinanzi al tribunale internazionale per asserito contrasto con il trattato¹⁰³. Anche sotto questo profilo, peraltro, l'accordo

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>.

101 Con decisione C(2014) 6848 def. del 1° ottobre 2014 la Commissione ha aperto una indagine formale ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE, e ingiunto alla Romania di non dare esecuzione al lodo arbitrale in applicazione dell'art. 108, par. 3, TFUE. L'indagine si è conclusa con l'adozione della decisione (UE) 2015/1470 del 30 marzo 2015, con la quale la Commissione ha ordinato il recupero dell'aiuto di Stato e contro la quale sono attualmente pendenti due ricorsi davanti al Tribunale (causa T-694/15, *Ioan Micula e a. c. Commissione*; causa T-704/15, *Violel Micula e a. c. Commissione*); i ricorrenti hanno invece rinunciato all'azione proposta avverso la decisione C(2014) 3192 def., del 26 maggio 2014, con la quale la Commissione ha ordinato alla Romania di sospendere qualsiasi azione comportante l'esecuzione o l'applicazione del lodo (ordinanza del Tribunale del 29 febbraio 2016, causa T-646/14, *Micula e a. c. Commissione*, EU:T:2016:135).

102 Cfr. F. MUNARI, C. CELLERINO, *General Principles cit.*, 136.

103 Secondo quanto stabilisce l'art. 8.3.8 dell'accordo UE-Vietnam, «*A claimant may not submit a claim to the Tribunal if the claimant has a pending claim before any other domestic or international court or tribunal concerning the same measure as that alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) (Scope) and the same loss or damage, unless the claimant withdraws such pending claim*»). L'art. 9.17, par. 1, dell'accordo UE-Singapore contiene una regola simile, prevedendo che «*A claim may be submitted to arbitration under this Section only if [...] the claimant: (i) withdraws any pending*

negoziato con il Vietnam appare frutto di riflessioni più attente e mature rispetto all'accordo UE-Singapore. Esso estende infatti l'applicabilità del citato meccanismo di prevenzione dei procedimenti paralleli, oltre che all'investitore, a «*any person who, directly or indirectly, has an ownership interest in or is controlled by the claimant*»¹⁰⁴, onde evitarne l'elusione mediante il ricorso allo schermo societario.

6. L'alternativa consistente nel previo coinvolgimento della Corte di giustizia

Resta da domandarsi se le precauzioni fin qui esaminate siano sufficienti ad assicurare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione o se, invece, il perseguimento di un approccio dualistico quale quello adottato dalla Commissione, pur presentando indubbi vantaggi in termini di efficienza del sistema, non incontri limiti insormontabili.

È invero assai arduo offrire una risposta sulla base delle informazioni desumibili dalla giurisprudenza. Per un verso, l'approccio particolarmente rigoroso seguito dalla Corte di giustizia, in particolare nel parere 1/09 e nel parere 2/13, può giustificare un certo scetticismo e suggerire il ripiegamento su altre soluzioni. Per altro verso, è certamente vero che il contesto della protezione internazionale degli investimenti è diverso rispetto alle fattispecie in relazione alle quali la Corte si è pronunciata in passato. Si può quindi immaginare che una forma di coesistenza tra i due sistemi possa essere più agevolmente raggiunta, in modo non dissimile da quanto avviene per i rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, ossia in un contesto nel quale l'esistenza di un meccanismo internazionale di accertamento della responsabilità e di sanzione non lede l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione perché l'esclusione di efficacia diretta delle norme OMC e la competenza interpretativa della Corte di giustizia consentono di preservare la separazione tra i sistemi¹⁰⁵ e assicurano che il diritto dell'Unione, anche qualora sia in contrasto con obblighi inter-

claim submitted to a domestic court or tribunal concerning the same treatment as alleged to breach the provisions of Section A (Investment Protection); and (ii) declares that it will not submit such a claim before a final award has been rendered pursuant to this Section». Pressoché identico nel contenuto, ancorché con qualche variazione semantica, è l'art. 8.22, par. 1, CETA.

104 Art. 8.3.8, par. 2.

105 Cfr. F. SNYDER, *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in *CMLR*, 2003, 313 ss.

nazionali, possa continuare a dispiegare i suoi effetti, sebbene al prezzo di incorrere in responsabilità internazionale.

Poiché tuttavia permangono incertezze in merito all'adequatezza delle soluzioni considerate a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, come riconosce anche chi è maggiormente convinto che sia possibile assicurare la compatibilità di meccanismi di ISDS con il diritto dell'Unione mediante la separazione dei sistemi¹⁰⁶, si potrebbe ipotizzare, seguendo un orientamento che sembra riscuotere crescente consenso in dottrina¹⁰⁷, un parziale temperamento del modello dualistico finora seguito. Pur mantenendo la separazione tra l'accordo e il diritto dell'Unione nei termini che si sono visti, potrebbe essere introdotto un meccanismo modellato sul rinvio pregiudiziale, mediante il quale il tribunale istituito sulla base dell'accordo potrebbe richiedere alla Corte di giustizia di risolvere eventuali dubbi relativi all'interpretazione di norme dell'Unione¹⁰⁸.

La previsione di un meccanismo siffatto potrebbe apparire contraddittoria rispetto alla qualificazione del diritto dell'Unione come elemento di fatto anziché come parte del diritto applicabile. Una delle condizioni di ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale è infatti la rilevanza del

106 V. S. SCHILL, *Editorial cit.*, 379 ss., spec. 387 ss.

107 V. D. GALLO, F.G. NICOLA, *The External Dimension cit.*, 1128 ss.; D. GALLO, *Portata estensione e limiti cit.*; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *A Standing Investment Court cit.*

108 Più incerto è se un potere – o eventualmente un obbligo – di rinvio pregiudiziale possa essere ricavato in via interpretativa, qualificando i tribunali internazionali in materia di investimenti come «organ[i] giurisdizional[i] di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 267 TFUE: ancorché sostenuta da una parte consistente della dottrina (v. K. VON PAPP, *Clash of “Autonomous Legal Orders” cit.*; J. BASEDOW, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, in *JI Arb.*, 2015, 367 ss.; H. LENK, *An Investment Court System cit.*, 676) e avallata, sia pure in riferimento ai soli tribunali ICSID, dall'Avvocato generale Wathelet nelle conclusioni relative al caso *Genentech* (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 17 marzo 2016, causa C-567/14, *Genentech*, nt. 34), questa ricostruzione incontra un limite nella difficoltà di qualificare come giurisdizioni di uno Stato membro tribunali istituiti in forza di accordi internazionali conclusi con Stati terzi (si veda, in proposito, il parere 1/09 *cit.*, punto 71; cfr. anche, *mutatis mutandis*, CGUE, *Miles*, causa C-169/09, sentenza del 14 giugno 2011, nella quale la Corte di giustizia ha rifiutato di riconoscere come giurisdizione abilitata al rinvio pregiudiziale la Camera di ricorso delle scuole europee, costituita sulla base di un accordo internazionale). Di contro, come argomentato dall'Avvocato generale Wathelet nelle recenti conclusioni relative al caso *Achmea*, dovrebbe riconoscersi la facoltà di proporre un rinvio pregiudiziale ai tribunali istituiti sulla base di accordi bilaterali di investimento fra Stati membri, in quanto costituirebbero organi giurisdizionali “comuni” agli Stati membri interessati (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 16 settembre 2017, causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, punti 84-131).

quesito proposto ai fini della decisione della controversia, che presuppone evidentemente l'applicabilità della norma oggetto del rinvio al caso di specie. A ben vedere, si tratta tuttavia di una obiezione facilmente superabile. In primo luogo, ancorché ispirato al rinvio pregiudiziale, il meccanismo di previo coinvolgimento della Corte di giustizia previsto dall'accordo avrebbe diversa natura e la sua operatività non sarebbe condizionata alla sussistenza dei medesimi requisiti di ricevibilità applicabili alle domande di pronuncia pregiudiziale. In secondo luogo, tale strumento di dialogo risponderebbe a una evidente finalità pratica. Ancorché il tribunale competente a pronunciarsi sul rispetto dell'accordo non sia autorizzato a fondare la propria decisione su norme di diritto dell'Unione, poiché esse non fanno parte del diritto applicabile, è ben possibile che nel corso della controversia si renda necessario accertarne la portata e il significato, sia pure soltanto quale elemento di fatto. Può allora essere opportuno, qualora l'interpretazione di una norma dell'Unione sia controversa, che il dubbio interpretativo sia risolto dalla Corte di giustizia. Questa soluzione sarebbe inoltre coerente con il già ricordato obbligo di interpretazione conforme del diritto interno delle parti contraenti, imponendo al Tribunale di adeguarsi all'orientamento prevalente delle corti interne, inclusa evidentemente la Corte di giustizia. Non si tratterebbe del resto di un espediente inedito¹⁰⁹: basti pensare che l'istituto del previo coinvolgimento della Corte contemplato dal proposto accordo di adesione dell'Unione alla CEDU avrebbe dovuto operare in un contesto simile, poiché anche per la Corte europea il diritto interno delle parti contraenti rileva non in quanto parte del diritto applicabile, bensì in quanto elemento fattuale¹¹⁰.

7. Autonomia e determinazione del convenuto

Si è fatto cenno, in apertura di questo lavoro, ai problemi sollevati dalla partecipazione dell'Unione, accanto agli Stati membri, ad accordi internazionali in tema di investimenti e alle conseguenze che ne derivano in termini di attribuzione delle condotte e della responsabilità internazionale. Si tratta di questioni di vasta portata, che attengono a uno dei profili più delicati dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto internazionale e sollecitano rifles-

109 Per un esame dei precedenti, invero piuttosto numerosi, v. C. CONTARTESE, *The Procedures for Prior Involvement and Referral to the CJEU as Means of Judicial Dialogue between the CJEU and International Jurisdictions*, Geneva Jean Monnet Working Paper 27/16, <http://www.ceje.ch/files/3914/8094/2575/contartese-27-final.pdf>.

110 V. R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the CJEU's prior involvement mechanism*, in CMLR, 2013, 1325.

sioni più generali in merito alla ricerca di un regime di attribuzione della responsabilità applicabile all'Unione europea, non soltanto nel settore della protezione degli investimenti¹¹¹.

In relazione all'obiettivo di tutelare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il problema centrale consiste nella previsione di strumenti idonei a escludere che un tribunale internazionale possa pronunciarsi sulla divisione delle competenze tra Unione e Stati membri. L'analisi della giurisprudenza compiuta nelle pagine che precedono dimostra che la competenza esclusiva della Corte di giustizia a statuire su questo punto è un presidio irrinunciabile e gelosamente custodito dell'autonomia dell'Unione.

Alla luce di questa premessa, l'unica soluzione in grado di assicurare la compatibilità degli accordi dell'Unione in materia di investimenti con i Trattati istitutivi consiste nell'attribuzione all'Unione del potere esclusivo di stabilire con efficacia vincolante per il tribunale internazionale chi, tra l'Unione e lo Stato membro, debba assumere la qualità di convenuto. Questo approccio è stato seguito nei negoziati con il Canada¹¹², con Singapore¹¹³ e con il Vietnam¹¹⁴ ed è stato proposto dall'Unione nell'ambito dei negoziati con gli Stati Uniti¹¹⁵. La cornice entro la quale dovrebbero essere prese le decisioni indicate è rappresentata dal regolamento (UE) n. 912/2014¹¹⁶, che

111 Sul tema si vedano, in particolare, i contributi raccolti in *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives* (a cura di M. Evans e P. Koutrakos), Oxford 2013, nonché il volume di A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle operazioni militari dell'Unione europea*, Napoli 2016, spec. 189 ss., e la dottrina ivi citata.

112 Art. 8.21 CETA.

113 Art. 9.15, par. 2. A differenza degli altri testi, la bozza dell'accordo UE-Singapore non prevede espressamente l'efficacia vincolante della determinazione effettuata dall'Unione per il tribunale arbitrale.

114 Art. 8.3.6, par. 2.

115 Art. II.5 della proposta.

116 Regolamento (UE) n. 912/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, *che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte*, in *GU L* 257, p. 121; tra i commenti al regolamento v. A. HENKE, *L'Unione Europea e il contenzioso arbitrale in materia di investimenti: la proposta di Regolamento sull'allocatione della responsabilità finanziaria tra UE e Stati membri*, in *RA*, 2013, 787 ss.; A. DIMOPOULOS, *The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities*, in *CMLR*, 2014, 1671 ss.; J. KLEINHEISTERKAMP, *Financial Responsibility in European Investment Law and Policy*, in *ICLQ*, 2014, 449 ss.; B. CAPPIELLO, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi*

determina, oltre ai criteri per la ripartizione tra Unione e Stati membri della responsabilità finanziaria derivante dall'accertata violazione di accordi conclusi dall'Unione in materia di investimenti, i criteri e le procedure per l'individuazione della parte convenuta nei relativi procedimenti¹¹⁷.

È comprensibile che questa soluzione appaia insoddisfacente al giurista internazionalista, perché pone in discussione la stessa utilità del tentativo di determinare *a priori* criteri di attribuzione delle condotte e di allocazione della responsabilità validi nei confronti dell'Unione europea¹¹⁸. Tuttavia, ponendosi nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, e a meno di rinunciare a replicare sul piano internazionale la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri a favore dell'introduzione di una regola di doppia attribuzione¹¹⁹, l'opzione seguita appare l'unica realmente idonea ad assicurare il rispetto della divisione delle competenze quale definita dai Trattati istitutivi e, pertanto, la sola che possa sopravvivere allo scrutinio della Corte.

8. Considerazioni conclusive

Dalla ricognizione della giurisprudenza è emerso lo stretto legame tra autonomia dell'ordinamento dell'Unione e preservazione delle competenze della Corte di giustizia.

Al di là dell'effettivo rischio di concorrenza da parte di altre giurisdizioni internazionali, la ragion d'essere più profonda di questo nesso va ricercata negli elementi caratteristici che definiscono l'originalità dell'ordinamento dell'Unione europea e, pertanto, ne giustificano la pretesa di diversità e di

internazionali di investimento, in *DUE*, 2016, 71 ss.

117 A tal fine, l'art. 4, par. 1, del regolamento stabilisce che l'Unione debba assumere la qualità di parte convenuta «quando la controversia riguarda un trattamento messo in atto dalle istituzioni, dagli organi, uffici o dalle agenzie dell'Unione». Negli altri casi sarà di regola lo Stato membro ad agire come convenuto, ma alla Commissione è attribuito il potere di decidere diversamente in alcune ipotesi previste dall'art. 9 del regolamento, in particolare qualora la responsabilità finanziaria gravi sull'Unione ovvero la condotta sia stata messa in atto anche da istituzioni, organi o agenzie dell'Unione.

118 Sul nesso tra determinazione del convenuto, attribuzione delle condotte e allocazione della responsabilità negli accordi dell'Unione in materia di investimenti, v. L. PANTALEO, *Respondent Status and Allocation of International Responsibility under EU Investment Agreements*, in *EP*, 2016, 847 ss., spec. 857.

119 V. E. CANNIZZARO, *Beyond the Either/Or: Dual Attribution to the European Union and to the Member State for Breach of the ECHR*, in *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives* (a cura di M. Evans e P. Koutrakos), Oxford 2013, 295 ss.

autonomia. La costruzione di un sistema di tutela dei singoli fondato sui principi del primato e dell'effetto diretto, la garanzia dell'effettività e dell'uniforme applicazione del diritto per mezzo della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, la responsabilità dello Stato per i danni cagionati a privati in violazione del diritto dell'Unione sono tutti fattori che spiegano il successo e la forza dell'integrazione europea, ma ne rivelano al contempo la fragilità. Si tratta infatti di istituti che poggiano sul sottile e instabile fondamento della leale cooperazione e che presuppongono, per poter funzionare efficacemente, la collaborazione delle autorità nazionali, primi fra tutti i giudici. In tempi di crisi, non soltanto economica ma anche dei valori che si presumono comuni¹²⁰, tutto ciò non è scontato.

Le preoccupazioni – chiaramente leggibili e assai poco dissimulate – sottese alla giurisprudenza della Corte di giustizia che si è presa in esame sono dunque legittime e comprensibili. Non è detto però che siano sempre condivisibili le soluzioni cui esse conducono, specialmente in un settore, quale quello delle relazioni esterne, nel quale per definizione si confrontano, e devono trovare un sia pur precario equilibrio, l'esigenza di preservare la coerenza del sistema e la necessità di apertura verso l'esterno.

L'esercizio della competenza dell'Unione in tema di protezione degli investimenti stranieri rappresenta un banco di prova importante. Prima ancora che per la Corte, però, lo è per le istituzioni politiche che, nei limiti delle rispettive attribuzioni, hanno la responsabilità di contribuire a definire la politica dell'Unione in questo settore.

L'esame della prassi ricavabile dai negoziati finora condotti rivela come non sempre sia stata dedicata sufficiente attenzione alle garanzie dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione.

La soluzione dei problemi che la tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione pone per l'istituzione di strumenti internazionali di controllo, peraltro, non è né certa né agevole. In ultima analisi, la legittimità della creazione di un organo giurisdizionale internazionale demandato a conoscere del rispetto degli obblighi assunti dall'Unione – e dagli Stati membri, nel caso di accordi conclusi in forma mista – nei confronti di investitori stranieri e la sua concreta configurazione finiranno per dipendere dal rigore con il quale troveranno applicazione le condizioni individuate dalla Corte di giustizia, in particolare nel parere 1/09 e nel parere 2/13.

In tale contesto, la richiesta di parere preventivo proposta dalla Commissione ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE in relazione alla proposta di accordo UE-Singapore ha rappresentato una occasione mancata per chiarire molti dei problemi che si è cercato di esporre in questo scritto. La

120 Cfr. F. MUNARI, *Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, in *Governance economica europea cit.*, 33 ss.

domanda di parere ha infatti avuto ad oggetto la sola questione attinente all'estensione della competenza dell'Unione in materia di investimenti, al fine di accertare se l'accordo rientrasse nella competenza esclusiva dell'Unione o dovesse necessariamente essere concluso in forma mista. Sebbene una parte della dottrina abbia interpretato il parere – segnatamente la conclusione della Corte secondo la quale devono essere conclusi in forma mista gli accordi che contemplino meccanismi di risoluzione delle controversie azionabili dagli investitori che si sostituiscano alla giurisdizione delle corti nazionali – come una manifestazione di sfiducia verso i tribunali internazionali¹²¹, la compatibilità del contenuto dell'accordo con il diritto dell'Unione non era in discussione¹²². Nondimeno, la richiesta di parere preventivo recentemente proposta dal Belgio in relazione al meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'accordo Unione-Canada, ammesso che superi il vaglio di ricevibilità, consentirà alla Corte di risolvere alcuni dei nodi critici esaminati¹²³.

Se si considera che i meccanismi di risoluzione delle controversie previsti dagli accordi esaminati, siano essi di natura arbitrale o si rifacciano al modello di una corte permanente, sono progettati per operare in modo autonomo e isolato, riducendo non soltanto le interferenze con il diritto dell'Unione, ma anche le probabilità di coinvolgimento della Corte di giustizia nel loro funzionamento¹²⁴, è evidente che il ricorso al procedimento previsto dall'art. 218, par. 11, TFUE rappresenta la sede più opportuna per verificare se le soluzioni proposte assicurino un efficace bilanciamento tra apertura verso l'esterno e salvaguardia dell'autonomia e della coerenza del sistema¹²⁵.

121 V. D. SARMIENTO, *The Singapore Silver Bullet*, in *Verfassungsblog*, 17 maggio 2017, <http://verfassungsblog.de/the-singapore-silver-bullet/>.

122 CGUE, Parere 2/15 *cit.*, punto 30: «il presente parere della Corte verte soltanto sulla natura della competenza dell'Unione a firmare e concludere l'accordo previsto. Tale parere non pregiudica in alcun modo la questione se il contenuto delle disposizioni di detto accordo sia compatibile con il diritto dell'Unione».

123 La procedura di parere preventivo consente infatti alla Corte di pronunciarsi solo fintanto che il consenso dell'Unione ad essere vincolata dall'accordo sia definitivamente espresso (v. CGUE, Parere 1/94 del 15 novembre 1994, punto 12).

124 Cfr. L. ANKERSMIT, *The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System*, in *JEEPL*, 2016, 62 ss.

125 Cfr. I. GOVAERE, *TTIP and Dispute Settlement cit.*, 17 s.

GIULIA LANDI

Alla prova dei fatti: tendenze interpretative e standard della prova per l'attribuzione allo Stato di condotte individuali nella recente giurisprudenza delle corti internazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Attribuzione e corti internazionali, qualche definizione – 3. Corte internazionale di giustizia alla prova dei fatti – 3.1 Il rapporto tra dipendenza e potenziale controllo nel *Nicaragua test* – 3.2 Completa dipendenza e standard della prova in *Bosnia c. Serbia* e *Croazia c. Serbia* – 4. La Corte europea dei diritti dell'uomo tra giurisdizione e attribuzione – 4.1 Il controllo effettivo sull'ente separatista come prova dell'esercizio della giurisdizione – 5. Standard della prova e attribuzione in *Chiragov e al. c. Armenia* – 5.1 Un approccio deduttivo verso l'attribuzione della condotta – 5.2 *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia* – 5.3 Esercizio della giurisdizione e attribuzione da *Catan* a *Chiragov* – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli ultimi venti anni il tema dell'attribuzione della responsabilità dello Stato per condotte individuali ha conosciuto uno dei momenti più avvincenti della sua storia. Molte sono le sfide poste agli operatori del diritto nell'attribuire una condotta allo Stato, non solo dalle nuove fattispecie di illeciti -si pensi a quelli cibernetici- ma anche dagli scenari classici come i conflitti armati. Basti pensare al conflitto israelo-palestinese, o all'autoproclamatosi Stato Islamico per capire che nuove sfide mettono alla prova le regole sull'attribuzione. Se il tema era oggetto di differente interpretazione e scontri soprattutto tra la Corte internazionale di giustizia (di seguito CIG) e i tribunali penali internazionali, quello che Simma ha definito il *dialogue*

*des sourdes*¹ ha da qualche anno un nuovo interlocutore nella Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito CorEDU). Pur operando nel quadro della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (di seguito CEDU), la Corte si è trovata con crescente frequenza di fronte alla necessità di analizzare i profili di attribuzione in cause interstatali tanto quanto in ricorsi individuali. Il presente contributo si propone di analizzare le tendenze interpretative più recenti della CorEDU a partire dai casi *Sargsyan*² e *Chiragov*³ nella regione del Nagorno-Karabakh, in comparazione con l'ultima prassi in tema di attribuzione della CIG. Per quanto riguarda quest'ultima però, non basterà fare riferimento ai casi del 2015 *Croazia c. Serbia*, o del 2007 *Bosnia c. Serbia-Montenegro*, ma si dovrà tornare alla sentenza *Nicaragua c. USA*, pronuncia di riferimento della CIG in materia di attribuzione. Il punto che si sosterrà è che la CorEDU determina l'imputabilità della condotta senza provarla veramente. L'attribuzione viene piuttosto «dedotta» a partire da un riscontro generico sull'esercizio della giurisdizione. Questo metodo può essere condiviso se si pensa che la Corte non guardi tanto all'attribuzione, ma alla violazione degli obblighi positivi posti in capo agli Stati parte dalla Convenzione. Tuttavia, se si adotta questa posizione la giurisdizione deve essere verificata sulla base di elementi concreti. In altre parole, la tendenza interpretativa della Corte è molto pragmatica ma può essere apprezzata se, dal punto di vista giuridico, resta fondata su elementi probatori chiari e a patto che la CorEDU chiarisca quando condanna uno Stato per violazione dei suoi obblighi positivi. All'estremo opposto, la CIG corre il rischio di consolidare la propria giurisprudenza in materia di attribuzione della condotta per gravi illeciti internazionali sulla base di una interpretazione mista di standard tipici del diritto pubblico e penale.

2. Attribuzione e corti internazionali, qualche definizione

Data la complessità del tema, conviene cominciare con alcuni riferimenti. Per attribuzione della condotta allo Stato intendiamo «*the fact of ascribing to a subject of International Law the acts or omissions of individuals or bo-*

1 B. SIMMA: *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *EJIL*, 2009, 280.

2 Corte europea dei diritti umani, *Sargsyan c. Azerbaijan*, ricorso n. 40167/06, sentenza del 16 giugno 2015.

3 Corte europea dei diritti umani, *Chiragov e al. c. Armenia*, ricorso n. 13216/05, sentenza del 16 Giugno 2015.

dies under its effective authority»⁴. Quali sono le implicazioni per i giudici? L'attribuzione della condotta comporta un esercizio interpretativo talvolta complesso. Nel caso di organo *de jure* l'attribuzione è più agevole per il giudice, pur dovendo comunque verificare la normativa interna corrispondente. Per l'individuo non organo ai sensi dell'ordinamento interno invece, il giudice deve simultaneamente interpretare i fatti e stabilire oltre quale soglia effettivamente lo Stato stava controllando gli atti contestati. La chiave di questo esercizio quindi è l'effettività. Tuttavia, le corti internazionali spesso oscillano nell'individuare in quali casi un comportamento dello Stato effettivamente è determinante nell'orientare le azioni individuali. Questo fenomeno è diventato più visibile da quando altre corti oltre alla CIG si sono occupate di attribuzione, perché i criteri utilizzati dalla Corte dell'Aja sono stati re-interpretati o messi in discussione.

Il metodo consolidato nella giurisprudenza internazionale deriva dalla lettura combinata del Progetto di Articoli⁵ elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale (di seguito CDI) nel 2001 e dalla giurisprudenza della CIG, con un focus sui casi *Nicaragua c. USA*⁶, *Bosnia c. Serbia-Montenegro*⁷ e *Croazia c. Serbia*⁸: In linea generale, il cuore pulsante dell'attribuzione della condotta sta nel determinare il nesso tra Stato e atto dell'individuo e ciò a prescindere dal fatto che tali atti si inseriscano nel contesto di un conflitto armato internazionale o meno. Il Progetto di Articoli mette bene in luce come le regole sull'attribuzione ruotino attorno a due pilastri⁹: attribuzione della condotta di un organo *de jure* ex art. 4¹⁰ o attri-

4 J. SALMON, *Dictionnaire du Droit International Public*, Bruxelles 2001, 587.

5 Progetto di Articoli della Commissione di Diritto Internazionale sulla Responsabilità degli Stati, di seguito Progetto di Articoli, *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Fifty-Third Session*, in *YILC*, 2001, vol. 2, adottato dall'Assemblea Generale il 28 Gennaio 2002, GA/RES/58/63, UN Doc. A/587589

6 CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), sentenza del 17 giugno 1986.

7 CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia-Montenegro*), sentenza del 26 Febbraio 2007.

8 CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (*Croatia v. Serbia*), sentenza del 15 Febbraio 2015.

9 Questa osservazione vale rispetto al tema del presente contributo. L'autorevolezza del Progetto di Articoli non poggia soltanto sulla determinazione dell'organo *de jure*, ma anche, ad esempio, sulla definizione del comportamento *ultra vires* da parte dell'organo o sulla responsabilità per attività poste in essere dai movimenti insurrezionali ex art. 10.

10 Progetto di Articoli, art. 4: «*The conduct of any State organ shall be considered an act of the State under international law, whether that organ exercises legislative, executive, judicial or any other function, whatever position it holds in the organisation of the state, and*

buzione di atti di un individuo o un gruppo ai sensi dell'art. 8¹¹. Il Progetto di Articoli rispetto all'art. 8 indica tre possibilità di attribuzione: 1) istruzione; 2) direzione; 3) controllo. Nel caso dell'istruzione, l'attribuzione si riferisce al momento in cui viene presa una decisione, le altre due ipotesi invece si realizzano necessariamente con l'esecuzione dell'atto¹². Interessante notare che la CDI fa riferimento a individui «*acting on instructions of, or under the direction or control of the State*». Il focus della norma perciò pare essere non tanto l'atto del gruppo, ma delle forze dello Stato cui si deve attribuire la condotta¹³. Proprio la CIG elaborando il *Nicaragua test*¹⁴ ha consacrato questo approccio che si focalizza sullo Stato.

3. Corte internazionale di giustizia alla prova dei fatti

L'approccio della CIG alle questioni di attribuzione si può riassumere con un rimando diretto al caso *Bosnia c. Serbia*¹⁵. E' in questo contenzioso infatti che la Corte introduce il suo attuale modello interpretativo verso l'attribuzione della condotta, potendo basarsi sia sul progetto di articoli della CDI adottato 6 anni prima, che sulla propria giurisprudenza nei casi *Nicaragua c. USA* e *Congo c. Uganda*¹⁶. In primo luogo la Corte valuta se gli atti oggetto di giudizio sono stati posti in essere da organi dello Stato convenuto, organi che sono quindi il braccio armato dello Stato. Nel caso in cui non si dimostri che si tratti di organi *de jure*, la Corte verifica se gli agenti sono individui

whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the state. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State».

11 Progetto di Articoli, art. 8: «*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on instructions of, or under the direction or control of, that State carrying out the conduct*».

12 L. CAMERON, V. CHETAIL, *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Oxford 2013, 205-208.

13 A.J.J. DE HOOGH, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility*, in *BYIL*, 2001, 277.

14 *Progetto di Articoli cit.*, pp. 47-48.

15 CIG, *Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia- Herzegovina v. Serbia-Montenegro)*, sentenza del 19 Giugno 2007.

16 CIG, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, sentenza del 19 Dicembre 2005, para. 160.

che hanno agito sotto le istruzioni o il controllo diretto dello Stato terzo¹⁷.

In particolare, nel caso *Bosnia c. Serbia* la Corte doveva stabilire quale fosse la relazione tra la Serbia e il gruppo armato serbo bosniaco della proclamatasi repubblica Srpska. La Bosnia sosteneva che vi fossero prove sufficienti di finanziamento, coordinamento tra militari e dichiarazioni da parte di ufficiali serbi tali da ritenere che Belgrado controllasse le forze serbo bosniache. Secondo la CIG invece, le forze della Repubblica Srpska godevano di un grado di autonomia troppo consistente, che poteva far pensare non fossero sotto la direzione e il controllo effettivo serbo¹⁸. Nel respingere le pretese della Bosnia, la Corte ha ribadito anzitutto che l'attribuzione della condotta dell'individuo non organo allo Stato deve ritenersi eccezionale¹⁹. In ogni caso, deve essere provata la completa dipendenza dallo Stato in questione, sulla base del c.d. *Nicaragua test*²⁰.

3.1 Il rapporto tra dipendenza e potenziale controllo nel *Nicaragua test*

Nella sentenza *Nicaragua c. USA* la questione di attribuzione posta alla Corte riguardava le attività del gruppo paramilitare dei *contras* e il presunto supporto fornito loro da parte degli Stati Uniti al fine di destabilizzare il regime in Nicaragua. Il *Nicaragua test* consta di due parti, permettendo alla Corte di individuare due categorie di individui a cui possono essere imputati gli atti di uno Stato, nel caso in cui non siano organi *de jure*. Il primo gruppo comprende quegli agenti che sono *totally dependent* dallo Stato terzo, cioè pagati, equipaggiati e operanti secondo le direttive dello Stato. Il secondo gruppo invece comprende coloro che, nonostante vi siano prove di cooperazione o finanziamento dallo Stato terzo, conservano comunque un certo grado di autonomia. E' questo il caso del gruppo paramilitare dei *contras*. In *Nicaragua c. USA*, la CIG stabilisce che gli Stati Uniti addestrando i *contras* hanno violato il divieto consuetudinario di uso della forza, incorrendo perciò nella responsabilità internazionale. Al paragrafo 292, la Corte ritiene che gli Stati Uniti «*by those acts of intervention referred to in subparagraph (3) hereof [cioè the arming and training of the contras] which involve the use*

17 CIG, *Bosnia c. Serbia cit.*, riprendendo la lettera della sentenza *Nicaragua c. USA*, al para. 384: «*it should be ascertained whether the acts in question were committed by persons who, while not organs of the Respondent, did nevertheless act on the instructions of, or under the direction or control of, the Respondent*».

18 CIG, *Bosnia c. Serbia*, 471.

19 CIG, *Nicaragua c. USA*, 390-392.

20 CIG, *Bosnia c. Serbia*, 471: «*It has not been shown that the FRY army took part in the massacres, nor that the political leaders of the FRY had a hand in preparing, planning or in any way carrying out the massacres*».

of force, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to use force against another State». Come argomentato in dottrina, il testo lascia intendere che gli atti che la Corte attribuisce agli Stati Uniti per provarne la responsabilità sul piano internazionale siano quelli compiuti dagli stessi ufficiali americani nel fornire armi e addestrare i *contras*, non tanto l'atto dei singoli membri del gruppo paramilitare²¹. Accettando questa interpretazione però, l'attribuzione della condotta allo Stato risulta incerta. Ciò è ancor più vero data la chiarezza con cui invece la Corte sostiene la mancata attribuzione dell'atto per le violazioni di diritto internazionale umanitario. Tali violazioni poste in essere dai *contras* non sono imputabili agli Stati Uniti perché per quelli specifici atti non ci sono prove sufficienti a stabilire *l'effective control*. In altre parole, la Corte non ha elementi per dire che ciascuna di quelle violazioni sia stata ordinata dagli Stati Uniti, o che questi abbiano costretto i *contras* a portarle a termine. La *ratio decidendi* della Corte sembra essere guidata da uno specifico nesso causa effetto: dipendenza genera potenziale controllo. Maggiore è il grado di dipendenza, maggiore il controllo, maggiore la responsabilità. In altre parole, in caso di *effective control* il cuore della decisione non è stabilire se si è di fronte ad un organo *de jure* o *de facto*, ma se lo Stato terzo attraverso i suoi organi ha guidato, diretto le attività dell'ente.

3.2 Effective control e standard della prova in *Bosnia c. Serbia e Croazia c. Serbia*

Come già introdotto, l'autorevolezza del *Nicaragua test* è confermata dalla CIG in *Bosnia c. Serbia* nel 2007 e in *Croazia c. Serbia* nel 2015. In entrambe le sentenze il *Nicaragua test* viene preferito rispetto all'approccio adottato dalla Camera di Appello del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia (di seguito TPIJ) in *Tadić*²². Quest'ultima giurisdizione infatti aveva ritenuto che gli atti di gruppi armati organizzati – quali i ser-

21 La versione francese del par. 292 conferma questa interpretazione, ponendo l'accento sull'attività degli ufficiali USA «[...] ainsi que par les actes d'intervention impliquant l'emploi de la force visés au sous-paragraphe (3) ci-dessus, ont, à l'encontre de la République du Nicaragua, violé l'obligation que leur impose le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat». Si veda in questo senso M. SPINEDI, *On the Non Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia*, in JICJ, 2007, 834. Per un commento generale sull'organo *de facto* C. KRESS, *L'organe de Facto en Droit International Public. Reflections sur l'imputations a l'Etat d'un particulier à la lumière de développements récents*, in RGDIP, 2001, 93-144.

22 TIP per l'ex-Jugoslavia, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadić*, causa n. IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999.

bo-bosniaci - potessero essere attribuiti allo Stato se questo esercita su tali gruppi un *overall control*. L'*overall control test* non era pensato per sostituire l'*effective control* della CIG, né per essere applicato soltanto nella verifica della natura internazionale o meno di un conflitto armato²³. Ciò si nota in particolare dal fatto che la Camera di Appello del TPIJ richiama due diversi tipi di test. Da un lato, (i) in caso di atti compiuti da singoli individui ingaggiati dallo Stato per compiere specifiche violazioni, si richiede un controllo effettivo per ciascuna azione²⁴. Dall'altro lato, (ii) per azioni poste in essere da gruppi militari o paramilitari che hanno una propria struttura, secondo la Camera sarebbe inappropriato credere che ciascuna azione possa essere orientata da uno Stato terzo²⁵. E' qui che entra in gioco l'*overall control*. Si tratta di uno standard che è soddisfatto in presenza di un controllo generale, che richiede comunque il finanziamento, l'addestramento e le prove di coordinamento dell'attività militare, ma permette maggiore margine di manovra. La Camera quindi non contesta il metodo della CIG, piuttosto effettua un distinguo negli ambiti di applicazione, da un lato l'*effective control* per gli individui singoli, dall'altro l'*overall control* per i gruppi armati²⁶.

Nelle sentenze del 2007 e del 2015 si può ravvisare un innalzamento dello standard utilizzato in *Nicaragua c. USA*, irrigidendo le posizioni della Corte. Due elementi vengono in rilievo: 1) l'interpretazione restrittiva del *Nicaragua test*; 2) l'utilizzo di standard tipici del diritto penale per verificare l'elemento soggettivo dell'illecito statale di genocidio. Sul primo punto,

23 In *Tadić*, la questione giuridica che la Camera di Appello del TPI per l'ex-Jugoslavia si trova a risolvere è primariamente di giurisdizione. La Camera di primo grado aveva ritenuto che Tadić non fosse responsabile per gravi violazioni delle quattro convenzioni di Ginevra ex art. 2 dello statuto del TPI perché tale articolo non era applicabile a conflitti di natura interna come quello serbo bosniaco. Il Procuratore appellando la decisione aveva contestato la natura interna del conflitto. In questo panorama, le norme di diritto internazionale generale in materia di responsabilità dello Stato venivano in rilievo *ad adiuvandum* nell'interpretare quando un movimento armato appartiene ad uno stato terzo così da rendere la natura del conflitto internazionale come stabilito all'art. 4(A)(2) della III Convenzione di Ginevra. Si veda A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Test Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *EJIL*, 2007, 649-668.

24 TPI per l'ex-Jugoslavia, *Tadić cit.*, par. 141.

25 Ibid., para. 131-137.

26 Il test è stato applicato anche nell'ambito di altri procedimenti internazionali, in particolare dalla Corte Penale Internazionale (CPI) nel caso *Lubanga*. Si veda CPI, Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, causa n. ICC-01/04-01/06, 2007, para. 208-211; CPI, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, causa n. ICC-01/04-01/06, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 2012, par. 551 e per un commento T.R. LIEFLÄNDER, *The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*, in *CJICL*, 2012, 191-212.

nonostante riporti la lettera del *Nicaragua test*, la CIG fa riferimento esclusivamente a gruppi o enti che agiscono in completa dipendenza dallo Stato terzo²⁷. In questo senso, il metodo visto sopra – dipendenza genera potenziale controllo – si applica in modo ancora più restrittivo. La Corte infatti non distingue tra le ipotesi di agenti *totally dependent* e agenti che conservano un ampio grado di autonomia come aveva fatto nel 1986²⁸. Nel 2015 la questione dell'attribuzione viene affrontata in modo circoscritto. La Corte non ritiene necessario pronunciarsi ulteriormente sull'attribuzione della condotta dato che l'elemento oggettivo del genocidio non è stato verificato²⁹. I termini 'serbi' e 'forze serbe' sono entrambi usati nella sentenza senza pregiudizio rispetto all'attribuzione della condotta dolosa allo Stato³⁰. Per quanto concerne lo standard probatorio, la CIG fa riferimento a «evidence [...] fully conclusive»³¹. Il livello di certezza richiesto è al di là di ogni ragionevole dubbio, terminologia tipica del diritto penale. In particolare, la Corte utilizza questo standard del diritto penale tipico della verifica della *mens rea* individuale per determinare il sussistere dell'elemento soggettivo dell'illecito. In *Croazia c. Serbia* la Corte non ha menzionato esplicitamente lo standard, ma questo è deducibile dal suo approccio³². La CIG infatti ritiene che il *dolus specialis* del genocidio sia determinato quando gli elementi probatori «could only point to the existence of such intent»³³. Lo standard della prova utilizzato è quindi uno standard misto, che si rifà al diritto penale ma che si applica alla responsabilità dello Stato per fatto illecito³⁴.

27 CIG, *Bosnia c. Serbia cit.*, para. 392: “[...] provided that in fact the persons, groups or entities act in “complete dependence” on the State, of which they are ultimately merely the instrument”.

28 S. TALMON, *The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities*, in *ICLQ*, 2009, 497.

29 CIG, *Croazia c. Serbia cit.*, parr. 441-442.

30 CIG, *Croazia c. Serbia cit.*, par. 104.

31 CIG, *Bosnia c. Serbia cit.*, para. 208: «claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive. The Court requires that it be fully convinced that allegations made in the proceedings [...] have been clearly established. The same standard applies to the proof of attribution for such acts».

32 Si vedano S. SCHACKELFORD, *Holding States Accountable for the Ultimate Human Rights Abuses: a review of the ICJ's Bosnian Genocide Case*, Human Rights Brief, 2007, <https://www.wcl.american.edu/hrbrief/14/3shackelford.pdf>; B. BONAFÈ, *Responsabilità dello Stato e dell'individuo per crimine di genocidio: persistenti incertezze nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia*” SidiBlog, 20 Febbraio 2015, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1344> (visitati entrambi il 22 Giugno 2016).

33 CIG, *Croazia c. Serbia cit.*, para. 148, corsivo nostro.

34 G. GAJA, *Sul ruolo della Corte internazionale di giustizia nell'accertamento del diritto*

In virtù della gravità dell'atto di genocidio non sorprende l'adozione di un simile criterio. Tuttavia, l'utilizzo dello standard delle giurisdizioni penali complica lo sviluppo dell'argomentazione della CIG, perché da un lato non rende possibile distinguere tra responsabilità di tipo civile -o per meglio dire pubblico dato che ci si riferisce allo Stato- e penale. Dall'altro lato, si rende quasi impossibile provare l'illecito di genocidio. Di fronte a questo rigore, di tutt'altro approccio sembra essere la CorEDU.

4. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra giurisdizione e attribuzione

L'attribuzione allo Stato di condotte poste in essere da enti "para-statali" o separatisti non è una questione nuova per la Corte di Strasburgo. Dalla fine degli anni novanta del secolo scorso con la creazione di Cipro Nord, la Corte ha infatti avuto a che fare di frequente con enti quali Transnistria, Ossezia del Sud e Nagorno-Karabakh. La presenza di enti separatisti nel territorio di uno Stato parte alla Convenzione pone la Corte di fronte alla necessità di affrontare le questioni giuridiche legate sia allo *status* di tali enti, sia al loro rapporto con stati terzi. Nel giugno 2015 sono state rese due sentenze aventi ad oggetto violazioni del diritto di proprietà come protetto dall'art.1 del primo Protocollo³⁵ alla CEDU nella regione del Nagorno-Karabakh³⁶. I

internazionale, in *Il ruolo del Giudice Internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario* (a cura di F. Salerno), 1995, 233-235.

35 Primo Protocollo Addizionale alle CEDU, firmato il 20 Marzo 1952, entrato in vigore il 18 Marzo 1954.

36 La regione del Nagorno-Karabakh costituisce una delle più contese dell'intero Caucaso fin dalla fine dell'Ottocento. Attualmente, i profili giuridici più interessanti rispetto al Nagorno-Karabakh riguardano la proclamata indipendenza dall'Azerbaijan, tema che in questa sede non dobbiamo trattare. Tuttavia, una breve nota storica si rende necessaria. La regione del Nagorno-Karabakh è sempre stata terra di transito e, di conseguenza, etnicamente mista. Alla fine dell'Ottocento il dominio russo sul territorio favorisce da un lato la presenza armena e dall'altro fomenta le insofferenze dell'Azerbaijan, il quale non gode di un trattamento privilegiato da parte dei russi e non ha un apparato centrale pienamente efficiente. Le prime mire indipendentiste risalgono al 1918, periodo della rivoluzione d'ottobre durante il quale la Russia troppo concentrata sulle problematiche interne perde parzialmente il controllo sulla zona caucasica. La decisione del governo centrale russo nel 1920 di includere il Nagorno-Karabakh nel territorio dell'Azerbaijan, sanzionata definitivamente dalla Costituzione dell'URSS, rappresenta il momento di svolta nella storia della regione. Le pretese da parte dell'Armenia continuano e prendono forza nel 1988, grazie al momento di confusione interno alla potenza sovietica. Ha così inizio una guerra civile sul territorio conteso tra Armenia e Azerbaijan che culmina nella dichiarazione di indipendenza

casi *Chiragov e al. c. Armenia* e *Sargsyan e al. c. Azerbaijan* sono stati trattati dalla Corte simultaneamente perché il nesso territoriale era il medesimo. Tuttavia, in questa sede ci si concentrerà su *Chiragov*, dove i profili di attribuzione della condotta di individui privati allo Stato sono più approfonditi³⁷.

Il caso origina dalla domanda di sei cittadini azeri che lamentano la violazione da parte dell'Armenia dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale e dell'art. 8 della CEDU. Secondo i ricorrenti l'Armenia, occupando il distretto di Lachin avrebbe impedito loro di rientrare in possesso delle proprietà abbandonate per lo scoppio del conflitto del Nagorno-Karabakh nel 1992. Di qui, i ricorrenti lamentano il mancato risarcimento del danno³⁸. A fianco della violazione primaria, si lamenta la violazione degli artt. 13 – mancanza di rimedi effettivi- e 14 – discriminazione su base etnica e religiosa. La Corte ha accolto favorevolmente le accuse di *Chiragov e al.*, ritenendo che l'Armenia non

del Nagorno-Karabakh nel 1994. La repubblica del Nagorno-Karabakh si autoproclama in osservanza del combinato della Legge sulla secessione e della Costituzione dell'Unione Sovietica. Lasciando da parte le questioni legate alla conformità della secessione al diritto interno vigente, la creazione del Nagorno non sarebbe probabilmente avvenuta senza l'appoggio armeno, tenuto conto delle dimensioni della regione e della forza del movimento. Il Nagorno-Karabakh non è stato riconosciuto dalla maggior parte dei membri della comunità internazionale e il contenzioso diplomatico tra Armenia e Azerbaijan è stato mediato dall'OSCE e il c.d. Gruppo di Minsk, senza tuttavia aver prodotto risultati. Nel 2007 i tre Rappresentati del Gruppo USA, Francia e Russia hanno proposto una serie di Basic Principles per la soluzione del contenzioso. Tra le proposte, il ripristino del controllo azero sul territorio del Nagorno in cambio della concessione di un interim status all'ente Nagorno-Karabakh fino alla decisione finale da prendersi con un referendum. Nessun accordo formale sulla base di questi principi è stato ancora firmato. Si veda *Self-Determination and Secession in International Law* (a cura di H. Kruger, in C. Walter), Oxford 2014, 214-220; N. RONZITTI, *Il Conflitto del Nagorno Karabakh e il Diritto Internazionale*, Torino 2014.

37 La distinzione maggiore tra i due giudizi riguarda lo status dei territori nel quale sono avvenute le violazioni. In *Chiragov* la zona di riferimento è il Lachin, una striscia di terra azera che separa il paese dall'Armenia, ma controllata dall'ente secessionista Nagorno-Karabakh. In *Sargsyan* invece le doglianze riguardano proprietà nel distretto di Gulistan, zona rimasta quasi deserta dopo gli scontri del 1992-1994. Si tratta, infatti, di un territorio di frontiera tra Azerbaijan e Nagorno, probabilmente minato e con gruppi armati che stazionano sulla linea di confine. Per la prima volta, la Corte ha a che fare con un territorio dove non solo non è chiaro se le autorità dello Stato convenuto abbiano effettivo accesso, ma soprattutto dove non risiedono individui. Si veda in questo senso l'opinione concorrente del giudice Ziemele in *Sargsyan c. Azerbaijan*, in particolare sui concetti di responsabilità limitata e presunzione di giurisdizione sotto la CEDU ai para. 2-5; 8.

38 *Chiragov e al. c. Armenia cit.*, par. 1-25. Nello specifico, i ricorrenti sostenevano che i loro antenati di etnia mista azero-kurda avessero vissuto nel Lachin da centinaia di anni. Nel maggio 1992, con lo scoppio del conflitto in Nagorno, erano stati costretti a rifugiarsi a Baku. Da allora, la presenza di forze armate armene aveva loro impedito di far ritorno a casa.

avesse alcun motivo per negare ai ricorrenti l'accesso alle proprietà situate nel Lachin senza predisporre una equa soddisfazione in cambio.

Le violazioni della Convenzione si inseriscono in una situazione tipica per il diritto internazionale, quale il conflitto tra enti statali e gruppi armati o più in generale i conflitti su territori contesi. Nonostante la CorEDU si trovi di fronte ad una questione di diritto internazionale pubblico *tout court*³⁹, operando nel quadro della CEDU essa deve anzitutto verificare che al tempo della violazione vi fosse esercizio della giurisdizione dello Stato convenuto sul territorio in questione, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione⁴⁰. Si tratta di una verifica preliminare imprescindibile, poiché funge da base per la valutazione della eventuale violazione di obblighi positivi o negativi. Come già ricordato, infatti, nel quadro della protezione dei diritti umani la CEDU impone agli stati parte sia di astenersi dal porre in essere comportamenti che possono generare una violazione, che di agire per proteggere da violazioni gli individui posti sotto la loro giurisdizione.

4.1 Il controllo effettivo sull'ente separatista come prova dell'esercizio della giurisdizione

Secondo i ricorrenti l'esercizio della giurisdizione armena sul Lachin discende (i) dal diretto controllo e supporto dello Stato verso le forze del Nagorno-Karabakh, o in alternativa, (ii) dall'esercizio di autorità di parte delle forze armene presenti sul territorio del Nagorno. Già qui, si introduce un tema fondamentale per capire la giurisprudenza della Corte rispetto agli enti separatisti, cioè il legame tra attribuzione e giurisdizione. Cominciando dalla giurisdizione, il punto centrale del ricorso di *Chiragov e al.* è l'applicazione extraterritoriale della Convenzione, come consolidatasi in particolare nei casi *Al-Skeini e al. c. GB*⁴¹; *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia*⁴² e *Catan e al. c. Moldavia e Russia*⁴³.

39 La Corte ha più volte affermato che di fronte a questioni puramente giuridiche internazionali le sue decisioni si basano sul diritto internazionale applicabile. La giurisprudenza in questo senso è ampia: Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati v. Francia, Germania e Norvegia*, ricorso n. 71412/01 e 78166/08, sentenza del 31 maggio 2007, para. 122; Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e al. c. Belgio*, ricorso n. 52207/99, sentenza del 12 dicembre 2001, para. 57.

40 S. TALMON, *The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities cit.*, 493-512.

41 Corte europea dei diritti umani, *Al Skeini e al. c. GB*, ricorso n. 721/0755, sentenza del 7 luglio 2011, para. 149-150.

42 Corte europea dei diritti umani, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, ricorso n. 48787/99, sentenza dell'8 luglio 2004.

43 Corte europea dei diritti umani, *Catan e altri c. Moldavia e Russia*, ricorso n. 43370/04,

Il termine giurisdizione ex. art. 1 della Convenzione deve essere interpretato anzitutto in senso territoriale. Progressivamente, tuttavia, la Corte ha elaborato alcune eccezioni a questa interpretazione, sia nel caso in cui le violazioni abbiano avuto luogo in territori contesi che in caso di *occupatio bellica*⁴⁴. Quando la Corte entra nel merito in *Chiragov*, scarta subito l'ipotesi di esercizio di autorità da parte di ufficiali armeni direttamente sul territorio⁴⁵. Formula invece la questione nel senso di dover provare *l'effective control* per poter stabilire la responsabilità dell'Armenia per violazione della Convenzione⁴⁶. In questo senso, la Corte anticipa già l'impostazione della propria argomentazione, lasciando intuire che oscillerà tra giurisdizione e attribuzione. A prova di questa interpretazione, si può far riferimento al caso *Jaloud c. Paesi Bassi*⁴⁷: benché la Corte poi non si soffermi sul punto nel dispositivo, nella sentenza attribuzione e giurisdizione vengono chiaramente definiti istituti diversi⁴⁸, al contrario che in *Chiragov*.

Nel determinare l'esercizio della giurisdizione, la Corte non ritiene necessario verificare con esattezza quanti militari armeni siano presenti nel Nagorno-Karabakh⁴⁹, nonostante ciò fosse oggetto di contesa tra le parti. Facendo leva sui report dell'Institute for International and Strategic Studies⁵⁰

8252/05 e 18454/0619, sentenza del 19 ottobre 2012.

44 In questo senso Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, (preliminary objections), ricorso n. 15318/89, sentenza del 23 marzo 1995, par. 62; Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia*, (merits), ricorso n. 15318/89, sentenza del 18 dicembre 1996, par. 52; Corte europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, sentenza del 4 luglio 2001, par. 76; *Banković e al. c. Belgio cit.*, par. 70; *Ilasçu cit.*, par. 314-316; *Al-Skeini c. Regno Unito cit.*, par. 138.

45 *Chiragov cit.*, para. 169: «*The court first considers that the situation pertaining in Nagorno-Karabakh is not one of Armenian state agents exercising authority and control over individuals abroad*».

46 Ibid.: «*the issue to be determined on the facts of the case is whether the Republic of Armenia exercised and continues to exercise effective control over the mentioned territories and as a result may be held responsible for the alleged violations*».

47 Corte europea dei diritti umani, *Jaloud c. Paesi Bassi*, ricorso n. 47708/08, sentenza del 20 novembre 2014.

48 Ibid. par. 154: «*the test for establishing the existence of 'jurisdiction' under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under general international law*». Si veda J. M. ROONEY, *The Relationship between attribution and jurisdiction after Jaloud v. Netherlands*, in NILR, 2015, 407.

49 *Chiragov cit.*, par. 180.

50 INSTITUTE FOR INTERNATIONAL AND STRATEGIC STUDIES (IISS), Report, *The Military Balance*, edizioni 2002-2005, come riportato in *Chiragov cit.*, par. 63.

e dell'International Crisis Group⁵¹ che testimoniano la presenza militare armena e il finanziamento armeno alle attività di gestione del territorio del Nagorno, nonché sulla presenza di ex ufficiali armeni tra le figure politiche in Nagorno-Karabakh⁵², la Corte conclude che «*the NKR and its administration survive by virtue of the military, political, financial and other support given to it by Armenia, which consequently exercises effective control*»⁵³. Riferendosi soltanto all'esercizio di una «*domination over the territory*»⁵⁴ la Corte evita di schierarsi dal lato dell'*occupatio bellica* o del controllo su una autorità subordinata. Questo, secondo il giudice Gyulumyan, è il difetto primario della sentenza. Non distinguere il tipo di controllo esercitato sul territorio impedisce alla Corte di sviluppare una *ratio decidendi* ben argomentata⁵⁵. E' pur vero, però, che più di un elemento nella sentenza sembra suggerire la presenza di una *subordinate local administration*. La Corte infatti menziona anche altre fonti di supporto finanziario verso il Nagorno-Karabakh, quali quelli statunitensi o provenienti dalla diaspora armena⁵⁶. In questo senso non si può intendere che la regione azera sia stata annessa o posta sotto occupazione. La Corte si riferisce al Nagorno-Karabakh come ad un ente, parte contraente all'accordo di cooperazione con l'Armenia del 1994. Perciò, pare si riconosca al Nagorno un discreto grado di autonomia, altrimenti la Corte avrebbe potuto limitarsi a parlare di gruppi armati o movimenti separatisti⁵⁷. Inoltre, fin dalla sentenza su Cipro Nord⁵⁸ la Corte non

51 International Crisis Group (ICG), Report, *Nagorno-Karabakh: Viewing the Conflict from the Ground*, 14 Settembre 2005, 9-10.

52 Ibid., par. 181: «*integration of the two entities is further shown by the number of politicians who have assumed the highest offices in Armenia after previously having held similar positions in the NK Republic*».

53 Ibid. par. 186.

54 Ibid. par. 168.

55 Chiragov cit., Opinione Dissenziente del giudice Gyulumyan, par. 50: «*The fundamental problem lies in the Court's failure to distinguish situations where the control over the territory is established through «a subordinate local administration» from situations where control is established through «the Contracting State's own armed forces». And this is not simply a difference in fact; it is a difference in law, since both situations are concerned with different rules of attribution*».

56 Chiragov cit., par. 185.

57 Nell'opinione dissenziente, il giudice contesta il fatto che non indicando il grado di controllo, la Corte si lascia ampio margine di manovra per oscillare tra l'applicazione degli artt. 4 e 8 del Progetto di Articoli. Tuttavia, a ben vedere la Corte non si spinge a tanto. Con la dovuta cautela, si può dire che se la Corte definisce il Nagorno un ente e non un braccio armato armeno, essa lasci spazio almeno implicitamente all'applicazione del solo art. 8.

58 Si veda in esempio *Loizidou c. Turchia*, (preliminary objections) cit., par. 62; *Loizidou*

aveva escluso che oltre all'*occupatio bellica* potessero esserci altre situazioni tali da giustificare l'esercizio di un controllo effettivo sul territorio, indicando in esempio esplicitamente la presenza di una *subordinate administrative authority*⁵⁹. Tuttavia, proprio perché sta parlando di una autorità subordinata è necessario provare l'attribuzione.

5. Standard della prova e attribuzione in *Chiragov e al c. Armenia*

La necessità di stabilire che tipo di controllo uno Stato terzo eserciti su un ente non statale si è posta per la prima volta in seguito alla creazione di Cipro Nord. In *Loizidou*, la Corte aveva descritto il controllo turco in termini di una *effective authority* che impartiva un *effective overall control*⁶⁰. Appoggiandosi sull'ampio materiale di prova dell'occupazione turca nonché sulle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza⁶¹ che chiedevano di non riconoscere l'occupazione illegittima di Cipro Nord, l'attribuzione alla Turchia degli atti turco-ciprioti era provata⁶². In *Chiragov* però lo status dell'Armenia non è assimilabile a quello della Turchia. Nello specifico, si potrebbe dire che ci sono elementi quali il massiccio dispiego di forze armate che fanno pensare che nel 1992 la creazione del Nagorno-Karabakh sia avvenuta con l'indispensabile sostegno dell'Armenia. Tuttavia, è molto difficile stabilire che importanza abbia mantenuto questo sostegno nel tempo, con il progressivo rafforzarsi delle forze del Nagorno-Karabakh. Soprattutto pesa la mancata presa di posizione della comunità internazionale. Mancano documenti vincolanti che si spingano oltre la constatazione di un'alta presenza armena sul territorio. Le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non fanno direttamente riferimento alla occupazione armena, come si nota dal fatto che il

c. Turchia (merits) cit., par. 52.

59 Se si accetta questa interpretazione però, non si capisce come mai la Corte abbia inserito nella parte del diritto le quattro convenzioni di Ginevra e le convenzioni dell'Aja, elemento questo che aggiunge forza alla tesi della relativa ambiguità della sentenza sul tema.

60 *Loizidou c. Turchia (merits) cit.*, par. 52-56; *Cipro c. Turchia cit.*, par. 77. Una variante dell'*effective overall control* è stata proposta in *Issa e al. c. Turchia*, dove al Corte riferendosi al controllo della missione turca nel nord dell'Iraq ha usato la formula «*temporary effective overall control*». Corte europea dei diritti umani, *Issa e al. c. Turchia*, ricorso. n.31821/96, sentenza del 16 novembre 2004, par. 74.

61 Si vedano le risoluzioni del CdS, n. 541(1983) del 18 novembre 1983, par. 1-2 e 7 e n. 550(1984) dell'11 maggio 1984.

62 Sostegno alle determinazioni della Corte in *Loizidou c. Turchia* lo troviamo anche nel Commentario al Progetto di articoli della CDI *cit.*, riguardo l'applicazione dell'art. 8., p. 48.

ritiro delle truppe sia chiesto attraverso il generico «*demands the withdrawal of all the occupying forces*»⁶³.

In *Chiragov* la Corte dà ampio peso al report di Human Rights Watch⁶⁴, alle dichiarazioni di ufficiali armeni e all'accordo di cooperazione in materia militare sottoscritto da Armenia e Nagorno nel 1994. Quella di utilizzare report di organizzazioni non governative e dichiarazioni non è peraltro una prassi consolidata nella giurisprudenza di Strasburgo: in *Loizidou* quanto in *Ilascu*, la Corte ha ritenuto necessario basarsi sui lavori delle commissioni di inchiesta⁶⁵. Ai sensi dell'art. 38 della CEDU la Corte può procedere all'esame di testimoni o organizzare essa stessa inchieste. Le commissioni di inchiesta sono una prassi piuttosto rara: in virtù del ruolo di ultima istanza della Corte, non deve sorprendere che questa giurisdizione sia refrattaria verso l'organizzazione di commissioni di inchiesta⁶⁶. Tuttavia, nel caso in cui vi siano sostanziali divergenze riguardo la ricostruzione dei fatti, la Corte procede all'istituzione di una commissione, sia in sede di pronuncia di ammissibilità che durante il procedimento. In *Ilascu* la delegazione di quattro giudici che aveva intervistato numerosi testimoni in Moldavia aveva fornito supporto considerevole all'elaborazione del dispositivo della Corte⁶⁷. Ecco quindi che in *Chiragov e al.* l'Armenia aveva chiesto di fornire più informazioni attraverso una commissione di inchiesta⁶⁸, ma la Corte ha ritenuto non

63 CdS, risoluzione n. 822(1993) del 30 aprile 1993, operative 1. Si veda anche CdS, risoluzione n. 853(1993) del 29 Luglio 1993, operative 8: «...*urges the government of the Republic of Armenia to continue to exercise its influence to achieve compliance by the Armenians of the Nagorno Karabakh of resolution 822*». Per avere una presa di posizione più diretta contro l'Armenia si deve guardare alla risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/62/243 del 14 Marzo 2008, operative 2: «*demands the immediate [...] withdrawal of all Armenian forces from all occupied territories of the Republic of Azerbaijan*».

64 HUMAN RIGHTS WATCH, Report, *Seven Years of Conflict on Nagorno-Karabakh*, 8 Dicembre 2004, disponibile su <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/AZER%20Conflict%20in%20N-K%20Dec94.pdf> (visitato 1 Giugno 2016)

65 Sul punto v. l'Opinione Dissenziente del Giudice Gyulumyan, par. 43. Il giudice nota in particolare come l'art. 19 della Convenzione pone alla Corte il dovere di «*ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting parties*». La Corte cioè sarebbe stata posta nel caso di specie di fronte all'obbligo giuridico di istituire una commissione di inchiesta, soprattutto per potersi esprimere nel merito del caso.

66 P. LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford 2011, 55. Per una delle prime pronunce in questo senso si veda Corte europea dei diritti umani, *Klaas c. Germania*, ricorso n. 15473/89, sentenza del 22 settembre 1993, par.29.

67 Corte europea dei diritti umani, Comunicato Stampa del 18 marzo 2003 relativo a *Ilascu c. Moldavia e Russia*.

68 *Chiragov cit.*, Grand Chamber Hearing, 22 Gennaio 2014.

fosse necessaria⁶⁹. Per contro, la CIG in *Nicaragua c. USA* aveva delineato un modello di valutazione delle prove molto scrupoloso. Il modello dava particolare rilevanza ai c.d. *disinterested statements*, dichiarazioni da parte di rappresentanti aventi ad oggetto critiche verso il proprio Stato di appartenenza, mentre poco peso è dato alle testimonianze degli ufficiali militari.⁷⁰ C'è da dire però che la scrupolosità della Corte prendeva forza dal fatto che il supporto statunitense alle attività dei *contras* fosse largamente provato⁷¹.

Interessante proprio rispetto ai documenti è l'approccio della CorEDU all'accordo militare tra Armenia e Nagorno-Karabakh. Il testo sembra suggerire ben più di un coinvolgimento. Nell'argomentazione della Corte uno degli elementi portanti è l'art. 4 dell'accordo⁷², che prevede il diritto per le forze armate delle due parti contraenti di svolgere parte del servizio militare in uno dei due paesi. Tuttavia, da notare è anche l'art. 5(1), in base al quale qualora i militari del Nagorno in addestramento in Armenia pongano in essere crimini, saranno processati sotto la giurisdizione del Nagorno-Karabakh. Esercitare la giurisdizione è forse la più eclatante prova di *effectivité* su un territorio⁷³. Se avesse perseguito questa linea però, la Corte probabilmente si sarebbe trovata ad ammettere la capacità di esercizio della giurisdizione del Nagorno-Karabakh, andando contro il proprio impianto della sentenza dato che se è il Nagorno a esercitare la giurisdizione, non può essere l'Armenia. Ecco quindi che il punto di vista della Corte sullo *status* del Nagorno-Karabakh è deducibile dall'interpretazione dell'accordo. La Corte non arriva a sostenere che Nagorno-Karabakh e Armenia siano un unico ente, ma trova una propria chiave di lettura. Ritiene che le milizie del Nagorno-Karabakh siano più di un semplice movimento ribelle interno all'Azerbaijan, ma comunque la Corte afferma che le forze NKR non possano aver operato senza il sostegno armeno. Da qui, il giudizio può passare alle questioni di attribuzione.

69 A onor del vero però, è bene notare che la decisione di aprire una missione di fact-finding è influenzata anche da ragioni temporali. In *Tanli c. Turchia* la Corte, ritenendo che fosse passato ormai troppo tempo da quando gli atti oggetto di giudizio erano stati compiuti, non ha ritenuto utile procedere con una propria inchiesta. Si veda Corte europea dei diritti umani, *Tanli c. Turchia*, ricorso n. 26129/95, sentenza del 10 aprile 2001, par. 7.

70 P. REICHLER, *The Impact of the Nicaragua Case on Matters of Evidence and Fact-Finding*, in *LJIL*, 2012, 151.

71 Il Congresso degli USA ad esempio aveva legiferato specificamente sul finanziamento ai gruppi paramilitari in Nicaragua. *Nicaragua c. USA cit.*, par. 152.

72 *Chiragov cit.*, par. 74-75.

73 M.G. KOHEN, *Possession Contestée et Suvreaintè Territorial*, Ginevra 1997, 191-212.

5.1 Un approccio deduttivo verso l'attribuzione della condotta

Rispetto all'attribuzione, la Corte si pone sulla difensiva affermando che il materiale a sua disposizione non le permette di sapere con precisione quale sia la composizione delle forze armate in Nagorno-Karabakh. Ciò non le impedisce comunque di determinare la responsabilità armena per le violazioni commesse nel Lachin. Tuttavia, non troviamo direttamente nessun riferimento all'attribuzione dell'atto⁷⁴. La Corte piuttosto pare dedurre che gli atti oggetto di violazione siano da attribuire all'Armenia. Considera il controllo effettivo una questione di fatto⁷⁵ e crea il nesso tra giurisdizione e violazione nel par. 186, quando sostiene che Nagorno-Karabakh e Armenia siano altamente integrate⁷⁶. Da qui, l'attribuzione svanisce dalle argomentazioni. Si potrebbe pensare che in realtà la Corte non abbia bisogno di argomentare sull'attribuzione, perché determina la responsabilità dell'Armenia per violazione dei propri obblighi positivi. In questo senso però, la Corte avrebbe dovuto fondare meglio la sua verifica dell'esercizio della giurisdizione. Nonostante in *Chiragov* appaia più chiaro, l'approccio meno stringente alla giurisdizione si poteva intravedere già in *Ilascu* e soprattutto in *Catan*.

5.2 *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia*

In *Ilascu*, la questioni giuridiche legate all'attribuzione non vengono affrontate nel dettaglio e direttamente. La Corte ha a disposizione molteplici elementi probatori che dimostrano il controllo russo e questo le permette di esprimersi in maniera meno approfondita dal punto di vista teorico. La responsabilità della Russia per gli atti avvenuti in Transnistria è verificata sullo standard della «*decisive influence*»⁷⁷ e il tipo di controllo è definito come *overall control over an area outside its national territory*⁷⁸. Pur essendo uno standard di valutazione che ricorda quello del TPIJ ed è perciò incentrato sul controllo complessivo dello stato terzo sul movimento armato, la Corte

74 I termini «*attribution*» o «*imputability*» sono infatti pressoché assenti, non solo in *Chiragov* ma nella giurisprudenza recente della Corte. In *Catan*, ad esempio, il termine *attribution* è usato solo quando la sentenza riporta la giurisprudenza della CIG applicabile al caso di specie, par. 76.

75 *Chiragov cit.*, par. 107.

76 Ibid., par. 186 «*the two entities are highly integrated in virtually all important matters and that this situation persists to this day[...]*Armenia, consequently, exercises effective control over NagornoKarabakh and the surrounding territories, including the district of Lachin».

77 *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia cit.*, par. 392.

78 Ibid., par. 316.

fa riferimento in maniera scrupolosa alle attività alle quali gli agenti russi stessi hanno partecipato. Per la propria argomentazione infatti, la Corte ha a disposizione prove chiare di partecipazione e comando russo rispetto alle violazioni commesse durante la detenzione dei ricorrenti⁷⁹. In questo senso, se da un lato i profili di attribuzione sono più chiari, la Corte non lascia capire se siano anche gli atti dei separatisti in Transnistria ad essere attribuiti alla Russia o se il focus siano solo le attività russe⁸⁰.

5.3 Esercizio della giurisdizione e attribuzione da *Catan* a *Chiragov*

In *Catan* l'ambiguità si riproduce, ma il materiale probatorio non è così chiaro quanto in *Ilascu*. In *primis* la Corte afferma che giurisdizione e attribuzione sono due istituti diversi⁸¹, ma la responsabilità della Russia viene provata sul modello *Ilascu*. *Catan* anzi apre la strada a *Chiragov* nella misura in cui le due pronunce condividono alcuni elementi. Il primo è il nesso temporale. La Corte ha a che fare con violazioni occorse in uno spazio temporale diverso da quello di *Loizidou* o *Ilascu*. Non si tratta infatti di eventi avvenuti al momento della nascita di un ente o in una situazione di contrasto armato tra governo centrale e gruppi separatisti. Il periodo di riferimento in *Catan* è successivo alla formazione della Transnistria, proprio come il periodo di tempo nel quale i ricorrenti in *Chiragov* lamentano le violazioni della CEDU. Con il passare del tempo e l'installarsi di un gruppo paramilitare in un determinato territorio, è probabile che il sostegno dello Stato terzo diminuisca, o comunque che assuma tratti diversi che richiedono la prova scrupolosa dell'attribuzione dell'atto individuale allo Stato terzo. In questo quadro, la verifica della giurisdizione soltanto sulla base di alcuni report di ONG e di dichiarazioni ufficiali risulta lacunosa.

79 *Ilascu e al. c. Moldavia e Russia cit.*, par. 393. Si veda M. MILANOVIC, *Grand Chamber Judgement in Catan and Others*, EJIL Talk, 21 ottobre 2012, <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/> (visitato il 21 giugno 2016); J.M. ROONEY: *The Relationship Between Attribution and Jurisdiction cit.*, 402.

80 Ibid. par 385: «*In the Court's opinion, all of the acts committed by Russian soldiers with regard to the applicants, including their transfer into the charge of the separatist regime, in the context of the Russian authorities' collaboration with that illegal regime, are capable of engaging responsibility for the acts of that regime*». Si veda anche Corte europea dei diritti umani, *Castello-Roberts c. Regno Unito*, ricorso n. 13134/87, sentenza del 25 marzo 1993, par. 23-28.

81 *Catan e al c. Moldavia e Russia cit.* par. 115: «*the test for establishing the existence of «jurisdiction» under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under international law*».

Il secondo elemento comune riguarda l'onere della prova. In *Chiragov* la Corte sembra definire uno standard probatorio che ruota attorno a espressioni come « *it could not be expected* » o « *it is hardly conceivable that Nagorno-Karabakh – an entity with a population of less than 150000 ethnic Armenians – was able, without the substantial military support of Armenia, to set up a defence force in early 1992* »⁸². L'interlocutore della Corte sembra essere di più il convenuto, il quale ha l'onere di sovvertire un risultato per così dire prevedibile. Ciò suggerisce un rovesciamento dell'*onus probabandi*, che riporta al giudizio in *Catan*, quando la Corte aveva sostenuto la sua posizione contro la Russia affermando che questa non era riuscita a provare che le condizioni per l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione erano cambiate dopo *Ilascu*⁸³. Ecco quindi che se si vuole trovare un precedente nell'atteggiamento della Corte in *Chiragov*, questo pare essere soprattutto *Catan*⁸⁴.

Conclusioni

Sulla base di quanto messo in luce fin qui, molteplici riflessioni sono possibili. Una prima nota generale riguarda l'impatto di linee giurisprudenziali molto diverse sulla frammentazione del diritto. Le tendenze della CIG e della CorEDU sembrano consolidarsi ciascuna nella propria dimensione e irrigidirsi. Questo certamente non a favore dell'interpretazione uniforme del diritto⁸⁵. Per quanto concerne la CIG, l'adozione di standard penalistici in materia di illecito statale di genocidio lascia perplessi⁸⁶. Se da un lato si tratta di una scelta condivisibile date le informazioni che la Corte aveva a disposizione sul conflitto in Ex-Jugoslavia e data la gravità dell'illecito, resta una linea interpretativa che rischia di indebolire la portata applicativa della Convenzione del 1948. Quest'ultima, infatti, non ha solo l'obiettivo di prevenire ma anche di punire. Intersecare due regimi di responsabilità – penale

82 Ibid. par. 174

83 *Catan e al. c. Moldavia e Russia cit.*, par. 149-150.

84 In questo senso anche M. MILANOVIC, che evidenzia la differenza tra *Catan* e *Ilascu* in, *Grand Chamber Judgment in Catan and Others*, EJILTalk, 21 ottobre 2012, <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/> (visitato il 15 Marzo 2016)

85 L. LINDROOS, *Addressing Norm Conflicts In A Fragmented Legal System: The Doctrine Of Lex Specialis*, in *NJIL*, 2005, 27-66.

86 B. BONAFÈ, *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti* (a cura di M. Spinedi, A. Giannelli, M.L. Alaimo), Giuffrè 2007.

individuale e statale- non pare essere lo scopo della Convenzione.

L'approccio della CorEDU è maggiormente pragmatico, tuttavia può andare a detrimento di solide argomentazioni giuridiche. Si può pensare che la Corte cerchi di colmare da un lato il vuoto creato dal mancato accordo sul territorio conteso e dall'altro il possibile *vacuum* normativo⁸⁷ nel sistema di protezione dei diritti umani stabilito dalla Convenzione. Si sarebbe quindi di fronte ad una *lex specialis* sull'attribuzione nel caso della CEDU, dove il livello di controllo ricorda l'*overall control test* elaborato dal TPIJ- e l'attribuzione viene dedotta⁸⁸?

Si potrebbe dire di sì, con la necessaria cautela però. In generale, il punto di vista della CorEDU ci pare condivisibile, soprattutto nell'ottica della tutela dell'individuo. Si tratta, semmai, di affinare il metodo di scrutinio. Definire il controllo in maniera variabile – da *effective* a *overall*, a *decisive influence*- può anche essere visto in senso positivo. Per quanto poi accolto in via generale, il *Nicaragua test* è pur sempre stato elaborato nell'ambito di una precisa situazione. Perciò si potrebbe riflettere se un unico test sia utile ai giudici, dato che l'esistenza di un certo grado di controllo dipende dalla specificità di ciascun caso⁸⁹. La CorEDU adotta un metodo di scrutinio misto, che intreccia *overall control* e prova della giurisdizione. Questo perché si trova di fronte a enti dallo *status* giuridico congelato, nei confronti dei quali la comunità internazionale non è in grado di prendere una posizione comune. L'obiettivo finale non sembra essere quello di derogare al regime esistente o di creare una specifica procedura, quanto rispondere ad un vuoto del sistema internazionale stesso nell'interesse dell'individuo. Come messo in luce da Ziemele, non c'è dubbio che lo scopo della Corte di assicurare un risarcimento a coloro che forzatamente hanno dovuto abbandonare i propri possedimenti sia condivisibile⁹⁰. È oltremodo condivisibile che tale diritto debba prevalere anche di fronte ad una comunità internazionale in fase di stallo. Del resto, il Progetto di Articoli non è rimasto cieco di fronte all'esi-

87 *Cipro c. Turchia cit.*, par. 78. Critici su questo punto nelle opinioni parzialmente dissenzienti e dissenzienti sono sia il giudice I. Ziemele, al par. 11, che il giudice A. Gyulumyan ai par. 58-59.

88 Di questa opinione A. BERKES, *The Nagorno-Karabakh Cases before the European Court of Human Rights: Pending Cases and Certain Forecasts on Jurisdiction and State Responsibility*, in *MLLWR*, 2013, 415.

89 Questa argomentazione è stata proposta, ad esempio, dal vice Presidente della CIG Al-Khasawneh in *Bosnia c. Serbia*, notando come non solo esistano vari gradi di controllo ma che il gruppo serbo bosniaco presentava una “*unity of goals, unity of ethnicity and a common ideology, such that the effective control over non-State actor would not be necessary*”. CIG, *Bosnia c. Serbia cit.*, Opinione Dissenziente del Giudice Al-Khasawneh, par. 37.

90 *Chiragov cit.*, Opinione parzialmente dissenziente del Giudice I. Ziemele, par. 1.

stenza di enti che cercano di controllare territori contesi. L'art. 10 stabilisce che un movimento insurrezionale una volta diventato Stato sia esso stesso responsabile per la condotta dei suoi individui. Il comma 3 però lascia impregiudicata l'attribuzione della condotta ad uno Stato terzo, regolata dal combinato disposto degli artt. da 4 a 9, che vanno interpretati e applicati secondo la giurisprudenza consolidata⁹¹.

In *Jaloud*, i giudici Raimondi e Spielman nella propria opinione concorrente hanno considerato l'attribuzione una *non issue*⁹². Una simile presa di posizione pare rischiosa: stabilire la giurisdizione non implica che ogni atto sospetto di costituire una violazione della Convenzione sia attribuibile allo Stato in questione. L'attribuzione è una questione giuridica di rilievo in ogni caso davanti alla Corte, perché gli stati agiscono per via degli individui. Un approccio più flessibile si può accettare se la Corte si concentra su gli obblighi posti in capo agli stati di agire per proteggere dalle violazioni gli individui posti sotto la loro giurisdizione. In altre parole, si rinvencono due ipotesi: da un lato (i) la questione dell'attribuzione non è sollevata perché, essendo il sospettato un organo *de jure* non c'è necessità di ulteriore prova. Dall'altro, (ii) si può pensare che nel quadro di un trattato sulla tutela dei diritti umani, gli obblighi positivi non rendano necessaria la precisa attribuzione dell'atto⁹³. In questo ultimo caso però, la prova della giurisdizione diventa fondamentale. L'alta integrazione tra due enti sulla base di riscontri generici e in un periodo di tempo molto ampio come quello dell'esistenza del Nagorno-Karabakh non è sufficiente. Servono riferimenti più chiari, magari da specifiche commissioni di inchiesta, che mettano al riparo la Corte dalle critiche di argomentazioni incerte e eccessivo attivismo nelle cause simili che le si presenteranno, quali *Georgia c. Russia* o *Ucraina c. Russia*.

91 Progetto di Articoli, *cit.*, art. 10: «1. *The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.* 2. *The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.* 3. *This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9*».

92 *Jaloud c. Netherlands cit.*, Opinione Concorrente di D. Spielman e G. Raimondi, par. 7.

93 M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford 2011, 136-142.

Lo standard di prova nell'attribuzione degli attacchi informatici

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano d'indagine. – 2. Definizione di 'attacco informatico'. – 3. Attacchi informatici e (inversione dell') onere della prova. – 4. Lo standard di prova nel diritto internazionale – 4.1. Lo standard di prova più adeguato al contesto degli attacchi informatici: il caso delle elezioni statunitensi del 2016 e l'affare *Stuxnet*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione e piano d'indagine

Nel corso dell'ultimo decennio, attacchi informatici sono stati realizzati sempre più frequentemente. Gli esempi in tal senso sono molteplici, basti pensare all'attacco informatico che colpì l'Estonia nel 2007¹; all'utilizzo di attacchi informatici di tipo *DDoS* (*Distributed Denial of Service*)² durante la

1 Durante l'attacco in questione furono colpiti diversi obiettivi: i server delle istituzioni responsabili per l'infrastruttura di Internet nella nazione, i siti internet di alcuni organi costituzionali del paese, e alcuni servizi di *e-banking* che controllano circa il 75-80% del mercato bancario estone. Cfr. E. TIKK, K. KASA, L. VIHUL, *International Cyber Incidents Legal Considerations*, Tallin 2010, 14 ss; I. TRAYNOR, *Russia accused of unleashing cyberwar to disable Estonia*, The Guardian, 17 maggio 2007, disponibile su <https://www.theguardian.com/world/2007/may/17/topstories3.russia> (visitato il 24 febbraio 2017).

2 Costituisce una variante del cd. DoS (*Denial of Service*) e rispetto a quest'ultimo ha la caratteristica di utilizzare un maggior numero di macchine, precedentemente infettate (che insieme costituiscono una cd. *botnet*), e di sferrare l'attacco sfruttando proprio il numero elevato di computer e le richieste di dati provenienti da questi, al fine di rendere da un lato più consistente l'attacco, dall'altro più difficile l'individuazione dell'origine.

guerra Georgia-Russia del 2008³; a *Stuxnet*, nome del *software* informatico che nel 2010 colpì la centrale nucleare iraniana di Natanz⁴; alla serie di attacchi iniziati nel 2012 (cd. Operation Ababil) da parte del gruppo *Qassam Cyber Fighters* ai danni di alcuni istituti finanziari americani; all'attacco commesso ai danni della *Sony Picture Entertainment* nel dicembre del 2014, nel quale un gruppo di hacker è riuscito a sottrarre una ingente quantità di dati, anche personali, al fine di renderli di pubblico dominio. E più di recente all'attacco informatico da parte di un gruppo di *hacker* i cd. *Russian civilian and military intelligence services* (RIS), pubblicamente accusati dagli Stati Uniti di aver, dietro istruzione del governo russo, influenzato le elezioni statunitensi.

Questi sono solo alcuni degli esempi più significativi di attacchi informatici⁵, che risultano accomunati per lo meno da una circostanza: la difficoltà di individuare con certezza il responsabile che si cela dietro quella condotta, unitamente alla difficoltà di attribuire quel comportamento allo Stato e quindi ritenere quest'ultimo responsabile.

Detta difficoltà origina essenzialmente da due circostanze. La prima si riferisce al tipo di collegamento che deve intercorrere tra *hacker* privati e lo Stato affinché la condotta possa essere a quest'ultimo imputabile. È questa l'ipotesi in cui a rilevare sono i criteri di attribuzione così come formulati dalla giurisprudenza internazionale, dalla Commissione del Diritto Internazionale, ed infine, con specifico riferimento alle attività informatiche, nel Manuale di Tallin⁶.

3 Durante la guerra, la Georgia affermò la responsabilità della Russia per aver utilizzato attacchi contro un gran numero di siti internet georgiani, sia commerciali che governativi, al fine di impedirne l'accesso. Cfr. M.E. O' CONNELL, *Cyber Security and International Law*, Londra 2012, 3.

4 Il worm *Stuxnet* venne scoperto nel 2010 dopo aver infettato l'impianto SCADA (*Supervisory Control and Data Acquisition*) della centrale nucleare Busher. Lo scopo dell'attacco fu non solo quello di bloccare l'utilizzo della centrale iraniana, ma anche e soprattutto quello di infettare tutti i computer che erano venuti in contatto con la rete informatica della centrale stessa. Infatti, i suoi effetti sono stati segnalati anche in Cina, Pakistan e Indonesia. Cfr. G. TAPPERO MERLO, *Soggetti e ambiti della minaccia cibernetica: dal sistema-paese alle proposte di cyber-governance?*, in *CI*, 2012, 30, nt. 14.

5 Per ulteriori esempi v. TIKK, K. KASA, L. VIHUL, *International Cyber Incidents cit.*, 15 ss.

6 L'esigenza di adottare tale manuale è scaturita in seguito all'attacco informatico avvenuto nel 2007 in Estonia. In quella circostanza data la portata dell'attacco, che coinvolse un gran numero di siti Internet, sia istituzionali che facenti capo a banche, testate giornalistiche etc., un gruppo di studiosi, su iniziativa della Nato *Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (CCDCOE), ha per la prima volta affrontato – in maniera sistematica – i problemi che riguardano il cd. *cyberspace*, dando vita al *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (d'ora in poi Manuale di Tallin). Agli inizi del 2017, lo stesso gruppo di esperti ha aggiornato la

La seconda difficoltà attiene invece al *quantum* probatorio che deve essere raggiunto affinché la ‘condotta cibernetica’ sia in concreto riferibile ad uno Stato (problema definito come «*the quantum of evidence necessary to substantiate the factual claims made by the parties*»)⁷.

Se con riguardo al primo aspetto la dottrina si è più volte interrogata, giungendo in alcuni casi all’introduzione di criteri di imputazione nuovi che prendessero specificamente in considerazione gli aspetti tecnici del cyberspazio ovvero, in altri casi, a riconoscere un generale obbligo di *due diligence* in capo allo Stato, anche con riferimento alle infrastrutture cibernetiche presenti sul proprio territorio, il problema dello *standard* di prova invece non sembra essere sufficientemente analizzato.

Ebbene, muovendo dalla delimitazione del concetto di attacco informatico (par. 2), il presente contributo intende indagare le problematiche relative esclusivamente agli aspetti probatori sottesi all’attribuzione di un attacco del genere ad uno Stato, e che si sostanziano appunto nella determinazione sia del titolare soggettivo dell’*onus probandi* (par. 3) sia dello standard probatorio (par. 4).

2. Definizione di ‘attacco informatico’

Il termine ‘attacco informatico’ (*cyber attack*) si inserisce nel più ampio contesto delle cd. *Computer Network Operations* (d’ora in poi CNO).

Diverse sono le fonti che cercano di fornire, in maniera più o meno completa, una nozione di attacco informatico. Una prima definizione è quella ascrivibile ad un’agenzia specializzata in seno alla NATO, la *Nato Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (d’ora in poi CCDCOE) che nel 2013 ha pubblicato il cd. Manuale di Tallin. Quest’ultimo definisce un *cyber attack* come un’operazione informatica, sia offensiva sia difensiva, che può ragionevolmente causare lesione o morte di persone ovvero danni o distruzione di oggetti⁸.

precedente versione del Manuale, presentando il Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to Cyber Operations. A differenza del precedente, la versione 2.0 ha aggiunto ulteriori considerazioni relative al diritto internazionale applicabile alle cyber operations. Da una prima lettura è infatti possibile notare come siano stati trattati ed analizzati la maggior parte degli aspetti del diritto internazionale, da quelli di carattere generale (sovranità, giurisdizione) ad alcuni regimi specifici (in materia di diritti umani, diritto del mare, diritto diplomatico e consolare).

7 M. ROSCINI, *Evidentiary Issues in International Disputes Related to State Responsibility for Cyber Operations*, in *TILJ*, 2015, 240.

8 Manuale di Tallin, rule 30, secondo cui: «*a cyber attack is a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to person or*

Più nello specifico, secondo tale definizione due sono gli elementi che consentono ad una azione di essere qualificata come attacco informatico: da un lato, la presenza di un «*act of violence*»⁹; dall'altro lato, la produzione diretta o indiretta di conseguenze distruttive. Dal primo elemento si evince che non tutte le operazioni informatiche devono essere qualificate come attacchi informatici, restando escluse – ad esempio – quelle ipotesi di mera *intelligence* che si concretizzano nel cd. *cyber espionage*¹⁰. Dal secondo elemento, invece, deriva la circostanza che ad essere rilevanti non sono solo quegli attacchi che hanno come diretta conseguenza la distruzione di un oggetto, ma anche quelle ipotesi in cui ciò si verifica in via indiretta¹¹.

Questa definizione, tuttavia, se appare condivisibile laddove fonda la qualificazione di una operazione come 'attacco informatico' dando rilevanza alle conseguenze sia dirette che indirette che da una tale condotta possono derivare, d'altro canto ci sembra criticabile nella misura in cui considera come attacchi informatici anche quelle operazioni che si esplicano in condotte meramente difensive¹².

Definizioni di *cyber attack* sono rintracciabili anche in fonti ulteriori, alcune governative altre inter-governative. Da un lato, infatti, abbiamo quella fornita dagli Stati Uniti, in particolare dalla *United States Cyber Command* (d'ora in poi USCYBERCOM)¹³, dall'altro lato quella della *Shanghai Cooperation Organization* (d'ora in poi SCO), un organismo intergover-

damage or destruction to objects».

9 *Ibidem*, rule 30, par. 3.

10 Quando ci riferiamo al cd. *cyber espionage* intendiamo: «*the science of covertly capturing e-mail traffic, text messages, other electronic communications, and corporate data for the purpose of gathering national-security or commercial intelligence*». Cfr. A. HATHAWAY, R. CROTOF, *The Law of Cyber-Attack*, in *CalLR*, 2012, [questo non era stato ancora citato, quindi serve l'indicazione completa] *cit.*, 829, nt. 48. Si veda inoltre S. CARREA, *La disciplina dell'illecito alla prova dell'evoluzione tecnologica: il cyberespionage*, in questo volume.

11 Manuale di Tallin, rule 30, par. 3.

12 Un esempio di tale operazione può essere l'utilizzo di antivirus che proteggono computer o una rete di computer da attacchi esterni; ome tale, una operazione del genere non sembra riconducibile nel novero delle definizioni di attacco informatico. Differente, invece, è il discorso con riguardo alla cd. *active defense* intesa come una 'contromisura elettronica' «*designed to strike attacking computer systems and shut down cyber attacks midstream. (...) For the most part, active defenses are classified, though programs that send destructive viruses back to the perpetrator's machine or packet-flood the intruder's machine have entered the public domain*», cfr. J. CARR, *Inside Cyber Warfare*, Sebastopol 2010, 46.

13 Trattasi di un Commando, facente parte dell'esercito americano, specializzato in tutte quelle attività di coordinamento, di pianificazione e di conduzione di operazioni nel contesto del cd. cyberspazio. Cfr. <http://www.arcyber.army.mil/Organization/USCyberCommand>.

nativo fondato nel 2001 dai Capi di Stato di Cina, Russia, Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan e Uzbekistan.

La prima fa riferimento ad una definizione militare di *cyber attack* fornendone una nozione più limitata: gli attacchi informatici sarebbero quelle azioni, compiute attraverso l'uso di computer ovvero di altri dispositivi elettronici, che intendono manomettere o distruggere le infrastrutture informatiche 'critiche' di uno Stato ovvero il loro funzionamento¹⁴. Tali attacchi possono essere compiuti anche indirettamente attraverso l'uso di trasmettitori elettronici, *malware*¹⁵ o anche con differenti periferiche. Anche qui, come nella definizione adottata nel Manuale di Tallin, l'attenzione è posta sugli obiettivi di tali attacchi e le loro conseguenze (cd. *Objective-based approach*)¹⁶. Tuttavia, siffatta definizione non ci sembra del tutto convincente. Invero, la stessa limiterebbe notevolmente l'ambito di operatività degli attacchi informatici, escludendo quegli attacchi che non sono rivolti verso infrastrutture informatiche che siano classificate come 'critiche' da uno Stato¹⁷.

14 Si riporta la definizione completa: «*a hostile act using computer or related networks or systems, and intended to disrupt and/or destroy an adversary's critical cyber systems, assets, or functions. The intended effects of cyber attack are not necessarily limited to the targeted computer systems or data themselves—for instance, attacks on computer system witch are intended to degrade or destroy infrastructure or C2 capability. A cyber attack may use intermediate delivery vehicles including peripheral devices, electronic transmitters, embedded code, or human operators. The activation or effect of a cyber attack may be widely separated temporally and geographically from the delivery*». Cfr. Gen. J. E. CARTWRIGHT, *Memorandum for Chiefs of the Military Servs., Commanders of the Combatant Commands, Dirs. of the Joint Staff Directories on Joint Terminology for Cyberspace Operations* 5, 2011, 5, par. 10.

15 Con tale termini si fa riferimento a un qualsiasi software utilizzato per rubare informazioni sensibili, accedere a sistemi informatici privati o mostrare pubblicità indesiderata. I tipi di *malware* più noti sono i *virus* e i *worm*.

16 A. HATHAWAY, R. CROTOF, *The Law of Cyber-Attack cit.*, 824.

17 Il problema della definizione di infrastrutture critiche di uno Stato si è posto anche in relazione al cd. approccio *target based* o *strict liability*. Questo approccio si baserebbe sul bersaglio, oggetto dell'attacco. In particolare, sarebbero ritenuti attacchi vietati alla luce del diritto internazionale quelli rivolti a 'infrastrutture nazionali definite come critiche'. D'accordo con altri autori, riteniamo che questo tipo di approccio sia inappropriato ai nostri fini. Almeno per due motivi: in primo luogo, non vi è una definizione internazionalmente accettata di 'infrastruttura critica', e ciò potrebbe comportare una interpretazione estensiva o restrittiva del termine in relazione alle concrete circostanze che si palesano. In secondo luogo, questo approccio non è sorretto da una pressa statale. Cfr. S. M. Condrón, *Getting It Right: Protecting American Critical Infrastructure, in HJLT*, 2007, 415-416; I. COUZIGOU, *The Challenges Posed by Cyber Attacks to the Law on Self-Defence*, in *European Society of International Law Conference Paper n. 16/2014*, 2014, 8.

D'altro canto, invece, la definizione fornita dalla SCO comprende quelle azioni, perpetrate con l'uso delle nuove tecnologie di informazione e comunicazione, volte a destabilizzare le decisioni prese dalla società e dallo Stato: siano questi di tipo politico, economico ovvero culturale; definendo così la *information war* come «*mass psychological brainwashing to destabilize society and State (...)*» (cd. *Means-based approach*)¹⁸. Una definizione così ampia appare immotivatamente estesa. Il rischio concreto che si corre è appunto quello di limitare qualsiasi attività che ha luogo in Internet. A ben vedere, in considerazione dei paesi che compongono la SCO, tale pericolo non appare così peregrino; basti pensare alle censure che in molti dei paesi suindicati vengono mosse alla libera espressione in Internet con particolare riguardo alle tematiche di carattere politico¹⁹.

La definizione di attacco informatico maggiormente utilizzata in dottrina, che condividiamo, è quella fornita dal Dipartimento della difesa americano. Quest'ultimo definisce i *Computer Network Attack* (d'ora in poi CNA) come quelle azioni intraprese con l'utilizzo di reti di computer al fine di 'oscurare' (in inglese, *deny*), 'interrompere', 'degradare' o 'distruggere' le informazioni contenute nel computer, reti di computer o, anche, i computer e le reti stesse²⁰. Tale definizione ci dà, in primo luogo, la possibilità di distinguere il diverso grado di ingerenza che, attraverso un attacco informatico, può essere attuato nei confronti di uno Stato.

Inoltre, la proposizione di una gradualità, circa l'invasività degli attacchi,

18 A. HATHAWAY, R. CROOTOF, *The Law of Cyber-Attack cit.*, 825.

19 *Ibidem*.

20 Vale la pena specificare il significato che viene dato ai singoli termini utilizzati. Laddove si parla di 'oscurare' (*deny*) si intende il diniego all'accesso di informazioni, ad utenti autorizzati, per un determinato periodo di tempo; 'l'interruzione', invece, è quella operazione volta alla riprogrammazione in maniera surrettizia di altri computer per interromperne i processi. Un esempio classico di tale tipologia di attacco è quello volto alla forzata sospensione della energia elettrica, in una data area, attraverso la manomissione di quei sistemi che erogano l'energia stessa. Per 'degradazione' si intende un particolare tipo di attacco volto a ridurre la capacità di elaborazione dei sistemi informatici, attraverso l'induzione all'uso di mezzi meno efficienti, con lo scopo di rallentare i cicli logistici e decisionali; infine, la tipologia più invasiva di attacco è quella che si esplica attraverso la 'distruzione' di una rete di computer e le sue risorse sia *software* che *hardware*. Al fine di raggiungere tale scopo si fa uso di specifici programmi informatici come *virus*, *malware*, *worm* etc. Cfr. UNITED STATES DEPARTMENT OF DEFENCE, *An Assessment of International Legal Issues in Information Operations*, 1999; W. J. BAYLES, *The Ethics of Computer Network Attack*, in *JUSAWC*, 2001, 44-58; UNITED STATES DEPARTMENT OF DEFENCE, *Dictionary of Military and Associated Terms*, 2010; A. BUFALINI, *Uso della forza, legittima difesa e problemi di attribuzione in situazione di attacco informatico*, in *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo* (a cura di A. Tanzi, A. Lanciotti), Napoli 2011, 432.

ci permette di meglio individuare le possibili contromisure che lo Stato vittima dell'attacco può eventualmente utilizzare in autotutela. Riteniamo, infatti, che tanto nel caso di operazioni meno invasive, quanto nelle ipotesi di attacco informatico con conseguenze distruttive, si possa ritenere integrato l'elemento oggettivo dell'illecito internazionale, essendo violato il principio del non intervento e della sovranità territoriale dello Stato vittima²¹.

In secondo luogo, la definizione implicitamente dà rilevanza all'aspetto delle conseguenze dell'attacco. Riteniamo necessario aver riguardo a quest'ultima caratteristica per una serie di motivi: anzitutto, perché ci permette di escludere, dal novero degli attacchi informatici, quelle operazioni che rientrano semplicemente in un avanzato uso della tecnologia per radiocomandare armi a distanza (basti pensare, ad esempio, all'uso di droni) o all'ipotesi differente di *cyber espionage*²². Inoltre, così procedendo, si esclude la possibilità che attraverso un uso ampio della nozione di attacco informatico ne discenda un modo per controllare e censurare la libertà di espressione (soprattutto in ambito politico) in internet.²³ Si pensi ad esempio ai recenti sforzi da parte di alcuni governi (Iran, Egitto) di limitare l'uso dei nuovi *media* alle organizzazioni politiche²⁴.

3. L' (inversione dell') onere della prova e gli attacchi informatici

Il problema dell'individuazione degli elementi probatori necessari affinché una condotta possa essere attribuita ad uno Stato è ricorrente nella giurisprudenza internazionale. Nel caso *Nicaragua*, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia (d'ora in poi CIG) osservò che ad assumere importanza «(...) is (...) not the legal process of imputing the act to a particular State for the purpose to establishing responsibility, but the prior process of tracing material proof of the identity of perpetrator»²⁵. Non molto diversamente, secondo il Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, « [i]n order to attribute an act to the State, it is necessary to identify with reasonable certainty the

21 A. BUFALINI, *Uso della forza, legittima difesa e problemi di attribuzione cit.*, 416.

22 V. M. ANTOLIN-JEKINS, *Defining the Parameters of Cyberwar Operations: Looking for Law in all Wrong Places?*, in *NLR*, 2006, 138.

23 A. HATHAWAY, R. CROTOF, *The Law of Cyber-Attack cit.*, 824-825.

24 *Ibidem*; S.K. DEHGHAN, *Iran Clamps Down on Internet Use*, *The Guardian*, 5 gennaio 2012, disponibile su <https://www.theguardian.com/world/2012/jan/05/iran-clamps-down-internet-use> (visitato il 24 febbraio 2017).

25 CIG, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), sentenza del 17 giugno 1986.

*actors and their association with the State»*²⁶.

Queste considerazioni ci sembrano senz'altro applicabili al contesto degli attacchi informatici, con la dovuta precisazione che, in questo ambito, occorre tener conto dell'architettura stessa che permette di compiere una tale tipologia di attacco; in altre parole, di quelle caratteristiche di 'natura tecnica'²⁷ che permettono, ancora prima di attribuire una condotta ad uno Stato, di determinarne l'autore.

Prima di analizzare la problematica relativa al *quantum* della prova, è necessario tuttavia chiedersi quale sia lo Stato in capo al quale incombe l'onere probatorio.

Da un punto di vista generale, la regola secondo cui *onus probandi incumbit actori*, a dispetto dei suoi diversi approcci e dai diversi gradi della sua applicazione, è stata utilizzata da molteplici tribunali internazionali²⁸, potendosi ritenere una regola generale del processo internazionale.

Tuttavia, com'è noto, nell'ambito del processo internazionale l'individuazione delle parti e la distinzione tra attore e convenuto non sempre è agevole²⁹. Se invero nell'ambito della teoria generale del processo la contrapposizione è particolarmente pregnante, soprattutto con riguardo all'onere della prova, determinando così un vantaggio nei confronti del convenuto, qualora l'attore fornisca una insufficiente ovvero una parziale dimostrazione dei fatti³⁰; in ambito internazionale questa distinzione non solo non è sempre chiara (si pensi ad esempio all'ipotesi in cui gli Stati stipulino uno *special agreement*), ma spesso non risulta nemmeno decisiva³¹.

Ebbene, il principio in esame può ritenersi applicabile non solo allo Stato (attore) ma più in generale alla parte che affermi l'esistenza o il verificarsi di quel determinato fatto³².

Allo stesso tempo non può escludersi che tale regola conosca delle ecce-

26 Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, *Yeager c. Repubblica islamica dell'Iran*, 1987.

27 Per un approfondimento, si veda N. C. ROWE, *The Attribution of Cyber Warfare*, in *Cyber Warfare: A multidisciplinary Analysis* (a cura di J.A. Green), Londra 2015, 61-73.

28 A. RIDDELL, *Evidence, fact-finding, and experts*, in *The Oxford Handbook of International Adjudication* (a cura di C. Romano, K. Alter, Y. Shany), Oxford 2013, 858.

29 Cfr. L.F. BRAVO, *La prova nel processo internazionale*, Napoli 1958, 96 ss.

30 *Ibidem*, 97.

31 R. WOLFRUM, M. MOLDNER, *International Courts and Tribunals, Evidence*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (a cura di R. Wolfrum), 2013, par. 70-74.

32 In questo senso si veda, CIG, *Case concerning pulp mills on the river Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010, secondo cui: «*the Court considers that, in accordance with the well-established principle of onus probandi incumbit actori, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts*».

zioni, con conseguente inversione dell'onere della prova. Ci si chiede allora se tale ultima ipotesi possa essere giustificata nell'ambito delle operazioni informatiche. In altre parole, se sia lo Stato accusato di aver perpetrato un attacco informatico ad essere investito dell'obbligo di dimostrare la propria estraneità ai fatti o se invece l'onere spetti allo Stato che abbia subito l'attacco.

In dottrina non sono mancate ipotesi che hanno suggerito tale inversione dell'onere probatorio. Tali teorie ci sembrano riconducibili, come già accennato nel paragrafo iniziale circa i problemi relativi all'attribuzione, a due differenti filoni: il primo basato sull'introduzione di un diverso criterio di attribuzione, dal quale ne discende, come corollario, un onere della prova in capo allo Stato dal quale è partito l'attacco³³; e un secondo più generale basato sull'applicazione dell'obbligo di *due diligence* al cyberspazio³⁴.

Il primo orientamento dottrinale muove dalla constatazione che le peculiarità degli attacchi informatici determinerebbero l'esistenza di una *attribution asymmetry*³⁵. Per far fronte a questa asimmetria è stata suggerita l'applicazione di un ulteriore criterio di imputazione, diverso dai criteri classici, che meglio risponderebbe alle esigenze del cd. *cyber domain*³⁶, vale a dire il cd. 'controllo virtuale'.

Secondo l'autore (Margulies) agisce in controllo virtuale lo Stato che finanzia ovvero equipaggi un individuo o un gruppo di individui con uno specifico *software* informatico che successivamente, senza ricevere istruzioni dallo Stato 'controllante', ponga in essere un attacco informatico³⁷.

Lo Stato vittima di tale attacco, una volta appurato che l'azione è riconducibile a un individuo (o gruppo di individui) soggetto al controllo virtuale di un altro Stato, potrà chiedere a quest'ultimo informazioni sull'attacco³⁸.

Lo Stato che esercita il controllo virtuale, a questo punto, potrà decidere di fornire le informazioni richieste, dimostrando *a)* la propria estraneità rispetto alle attività poste in essere dai soggetti privati; ovvero *b)* l'incapacità di controllare le azioni del soggetto o gruppo di soggetti che ha compiuto l'attacco. In alternativa, lo Stato potrà rifiutarsi di fornire tali informazioni. In tal caso, esso sarà ritenuto direttamente responsabile per l'attacco infor-

33 P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attack: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility*, in *MJIL*, 2013, 4

34 K. ZIOLKOWSKI, *General principles of international law as applicable in cyberspace*, cit., 169-170

35 P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attack cit.*, 4

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*, 5.

38 *Ibidem*, 19.

matico, con la conseguenza che lo Stato vittima potrà reagire attraverso l'adozione di contromisure³⁹. In altri termini, il criterio in esame si traduce in un'inversione dell'onere della prova a carico dello Stato in controllo virtuale. Su di esso, infatti, graverebbe una presunzione di responsabilità superabile soltanto attraverso la prova dell'assenza di coinvolgimento o dell'incapacità di controllare le azioni dell'individuo (o del gruppo di individui) autore dell'attacco informatico.

Il secondo orientamento ha fatto leva – più in generale – sull'esistenza di un obbligo di *due diligence* per lo Stato, il quale sarebbe tenuto ad adottare tutte le misure di sicurezza nazionale per evitare, ancor prima che si verifichi un attacco, che le proprie infrastrutture cibernetiche possano non solo essere danneggiate, ma anche utilizzate per sferrare un attacco nei confronti di un terzo Stato⁴⁰. È facile vedere come questa proposta si traduca, in ultima analisi, in un'inversione dell'onere della prova: sarà infatti lo Stato da cui è partito l'attacco a dover dimostrare di aver assunto tutte le misure (preventive) necessarie⁴¹.

Così brevemente delineati gli estremi del problema, va sottolineato che, nonostante le peculiarità tecniche degli attacchi informatici, un'inversione dell'onere della prova non appare giustificabile. Anzitutto, com'è noto, anche laddove lo Stato sia a conoscenza delle condotte (in questo caso di tipo informatico) perpetrate, esso non può ritenersi direttamente responsabile per la condotta medesima⁴². In questo caso si determinerà una violazione dell'obbligo di *due diligence*, ma non ci sembra che questa violazione comporti di *per sé* una responsabilità dello Stato per ogni azione informatica illecita commessa sul proprio territorio, né tantomeno l'onere di provare l'adozione di tutte le misure necessarie per evitarlo.

Ma vi è di più. A ben vedere, una costante giurisprudenza della CIG, inaugurata dal noto caso del *Canale di Corfù*, stabilisce che, sebbene uno Stato eserciti un controllo effettivo sul proprio territorio, ciò «*neither involves prima facie responsibility nor shifts the burden of proof*»⁴³. Il principio

39 *Ibidem*, 19-21; T. GILL E P. DUCHEIN, *Anticipatory Self-Defense in the Cyber Context*, in *ILS*, 2013, 452-458.

40 K. ZIOLKOWSKI, *General principles of international law cit.*, 169-170

41 In una prospettiva analoga si è suggerito di risolvere i problemi posti dall'attribuzione di un attacco informatico attraverso un rovesciamento dell'onere della prova «*from the investigator and accuser to the nation in which the attack software was launched*». In questo senso si veda R.A. CLARKE E R.K. KNAKE, *Cyber War: The Next Threat to National Security and What to Do About It*, New York 2010, 249.

42 M. ROSCINI, *Evidentiary Issues in International Disputes cit.*, 245

43 CIG, *The Corfù Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949. Va tuttavia precisato come in virtù di tale controllo sul territorio, e la conseguente difficoltà

stabilito dalla Corte ci sembra ancora più incisivo nell'ambito degli attacchi informatici. E infatti, prendendo in considerazione la struttura di Internet, che si caratterizza per essere un sistema decentralizzato dove le comunicazioni avvengono attraverso 'pacchetti di dati' che viaggiano tra differenti computer e che generalmente ogni computer è identificato da un Indirizzo IP, il problema sorge in virtù della possibilità di mascherare ovvero occultare la propria identità (ad esempio attraverso l'utilizzo dei cd. *proxy*), con la conseguenza che l'origine dell'attacco potrebbe solo apparentemente provenire da quel territorio dello Stato. Ad esempio nel noto caso *Stuxnet* alcuni dati provenivano da server situati in Danimarca e in Malesia⁴⁴. Dunque, qualora si applicasse tale inversione probatoria ne discenderebbe l'erroneo coinvolgimento di Stati del tutto estranei e (probabilmente) innocenti, che solo apparentemente avrebbero preso parte all'operazione informatica in quanto 'territorialmente coinvolti' nell'attacco⁴⁵.

4. Standard di prova nel diritto internazionale

Sebbene il problema dell'individuazione dell'autore materiale di una condotta sia anzitutto una questione fattuale, non può prescindere dalla sua dimensione giuridica⁴⁶, e cioè dall'esigenza di determinare lo standard di prova necessario affinché la condotta in questione possa essere attribuita ad un certo soggetto. Si tratta di una esigenza che viene in rilievo anche in presenza di un attacco informatico e che richiede anzitutto di individuare i diversi *standard* di prova generalmente utilizzabili a livello internazionale, standard che solo in parte risultano modellati su quelli adottati a livello interno, in particolare nei paesi di *common law*. Se infatti negli ordinamenti di *civil law*, con riferimento alle controversie civilistiche, non è previsto uno specifico standard di prova, ma il giudice ha la possibilità di volta in volta di

per lo Stato di reperire prove dirette e valide a provare la responsabilità dello Stato, la Corte ammetta il ricorso a deduzione e a prove indirette. Questo aspetto verrà approfondito al paragrafo 4.

44 N. FAILLIERE, L.O. MORCHU, E. CHIEN, *W32. Stuxnet Dossier*, Cupertino 2012, 21.

45 Nel medesimo senso si veda, M. ROSCINI, *Evidentiary Issues in International Disputes cit.*, 248; R. GEISS, H. LAHMANN, *Freedom and Security in Cyberspace: Non-Forcible Countermeasures and Collective Threat-Prevention*, in *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace* (a cura di K. Ziolkowski), Tallin 2013, 628. Si veda anche Manuale di Tallin, *Rule 7 e Rule 8*. In senso contrario, R.A. CLARKE E R.K. KNAKE, *Cyber War: The Next Threat to National Security cit.*, 249.

46 R. GEISS, H. LAHMANN, *Freedom and Security in Cyberspace cit.*, 623.

valutare le prove secondo un proprio personale convincimento⁴⁷, con l'obbligo di motivare il ragionamento logico-giuridico che lo ha condotto a quel giudizio, i sistemi di *common law* prevedono generalmente criteri prestabiliti. Si tratta soprattutto del criterio noto come *preponderance of evidence* (o anche *balance of probabilities*)⁴⁸, tipicamente utilizzato in ambito civilistico e secondo il quale un fatto può dirsi provato quando le prove addotte forniscano, rispetto a quelle fornite della controparte, un convincimento maggiore⁴⁹; e il *beyond reasonable doubt standard*, utilizzato soprattutto per i procedimenti di tipo penalistico⁵⁰.

Ebbene, nel diritto internazionale, pur non essendovi norme di carattere generale che determinano uniformemente il *quantum* probatorio necessario per affermare la responsabilità di uno Stato⁵¹, non solo *standard* probatori vengono costantemente utilizzati a livello giudiziale⁵², ma sono suscettibili anche di essere classificati per lo meno secondo quattro modelli⁵³:

a) il cd. *prima facie* rappresenta lo standard meno stringente essendo sufficiente che la prova fornita sia solo indicativa dell'esistenza di quel deter-

47 A. RIDDELL, *Evidence, fact-finding, and experts cit.*, 860.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 Invero, il principio secondo cui il fatto debba essere provato 'al di là di ogni ragionevole dubbio' in ambito penalistico è stato utilizzato affermato anche in ordinamenti di *civil law*, si pensi appunto a quello italiano, soprattutto con riguardo al nesso di causalità. Cfr. *ex multis*, Cassazione penale, Sezioni unite, sentenza dell'11 settembre 2002 n° 30328 (Sentenza Franzese).

51 J.A. GREEN, *Fluctuating Evidentiary Standards for Self-Defence in the International Court of Justice*, in *ICLQ*, 2009, 165

52 CIG, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, sentenza del 27 giugno 1985; CIG, *The Corfù Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949; CIG, *Case concerning Oil Platform (Iran v. USA)*, sentenza del 6 novembre 2003; CIG, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, sentenza del 19 dicembre 2005,

53 A questi va aggiunto il *fully conclusive* standard menzionato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso dello *Stretto di Corfù* e richiamato da ultimo nelle decisioni sul *Bosnian Genocide* e *Croatian Genocide*. Cfr. CIG, *Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), sentenza del 26 febbraio 2007; CIG, *Application of the convention on prevention and punishment of the crime of genocide* (Croatia v. Serbia), sentenza del 3 febbraio 2015; per i recenti sviluppi della Corte internazionale di giustizia in materia di standard di prova nei crimini di genocidio si veda, P. TZENG, *Proving Genocide: The High Standards of the International Court of Justice*, in *YJIL*, 2015, 419-425.

minato fatto; b) il già richiamato standard del cd. *preponderance of evidence*, che secondo alcuni sarebbe il più appropriato da utilizzare nell'ambito delle controversie inter-statali⁵⁴; c) lo standard del cd. *beyond reasonable doubt*, anch'esso mutuato dai sistemi di *common law*, e sovente utilizzato, date le conseguenze derivanti dalla decisione, in ambito penale internazionale. Lo stesso Statuto di Roma stabilisce infatti che «*in order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt*»⁵⁵; d) infine, lo standard definito *clear and convincing*⁵⁶, che si colloca a metà strada tra quelli 'meno stringenti' (*prima facie* e *preponderance of evidence*) e quello previsto dallo Statuto della Corte penale internazionale. Affinché si possa ritenere raggiunto tale *quantum probatorio* è necessario convincere «*the aribiter (...) that it is substantially more likely than not that the factual claims that have been made true*»⁵⁷. Quest'ultimo standard è stato utilizzato in diverse pronunce internazionali (soprattutto in materia di legittima difesa)⁵⁸, e a dispetto dello standard del *preponderance of evidence*, si rivela particolarmente adeguato laddove vengano in rilievo questioni attinenti alla responsabilità internazionale dello Stato⁵⁹.

4.1. Lo 'standard di prova' più adeguato al contesto degli attacchi informatici: il caso delle elezioni statunitensi del 2016 e l'affare Stuxnet

Una volta delineati i modelli di standard probatorio astrattamente utilizzabili, occorre ora stabilire quale tra questi risulti il più adeguato rispetto al contesto degli attacchi informatici. E, successivamente, se la specificità del contesto informatico di *per sé* giustifichi l'utilizzo di uno standard probatorio meno stringente.

54 R. WOLFRUM, M. MOLDNER, *International Courts and Tribunals, Evidence*, cit. para. 77

55 Rome Statute of International Criminal Court, 1998, art. 66;

56 J.A. GREEN, *Fluctuating Evidentiary Standards* cit., 167

57 *Ibidem*.

58 Nel caso *The Trail Smelter Arbitration Case* (Stati Uniti c. Canada) del 1905, il Tribunale arbitrale ha affermato «*no State has the right to use or permit the use of its territory in a manner as to cause injury (...) to the territory of another; when the case is of serious consequence ant the injury is established by clear and convincing evidence*»; in modo simile si veda, Corte inter-americana dei diritti umani, sentenza del 29 luglio 1988, *Velasquez Rodriguez Case*.

59 M. ROSCINI, *Evidentiary Issues* cit., 249; a favore dell'utilizzo di tale criterio si veda, tra gli altri, M.E. O' CONNELL, *Evidence of Terror*, in *JCSL*, 2002, 22-28; ID., *Rules of Evidence for the Use of Force in International Law's New Era*, in *NDLS*, 2006, p. 45; J.A. GREEN, *Fluctuating Evidentiary Standards* cit., 167.

Esclusa l'applicabilità dei due criteri diametralmente opposti (*prima facie* e *beyond reasonable doubt* standard), in quanto con l'utilizzo del primo vi sarebbe un'alta possibilità di incorrere in errate o false attribuzioni, mentre invece con il secondo sarebbe richiesto uno standard di prova oggettivamente irraggiungibile⁶⁰ (per il contesto degli attacchi informatici), non ci resta che prendere in esame i due criteri residuali.

Se da un lato è condivisibile quanto affermato dalla CIG, secondo cui non dovrebbe essere richiesto uno standard probatorio così rigoroso da rendere la prova indebitamente stringente⁶¹, dall'altro lato non appare giustificabile l'adozione di uno standard più elastico, come il *preponderance of evidence*, solo a causa delle difficoltà tecniche che caratterizzano gli attacchi informatici. Infatti l'adozione di un determinato standard non è previsto per favorire o meno il suo raggiungimento, ma piuttosto per salvaguardare la controparte da false attribuzioni.

Tuttavia, data la mancanza di decisioni da parte di tribunali internazionali relative allo specifico argomento degli attacchi informatici, occorre stabilire se vi sono indicazioni nella prassi degli Stati che depongono nel senso di adottare uno standard più rigoroso come quello di una prova che sia *clear and convincing*.

Invero, diversi paesi sembrano procedere proprio in questa direzione. Se si guarda all'Italia, ad esempio, il Comitato Parlamentare per la sicurezza della Repubblica ritiene necessario dimostrare «in modo inequivocabile che l'attacco sia originato in un Paese sovrano e che sia stato ordinato da strutture governative e non da gruppi di hacker»⁶² richiedendo a tal fine delle «prove informatiche inconfutabili»⁶³. Allo stesso tempo, il Comitato Parlamentare riconosce la difficoltà nel soddisfare tale condizione, sostenendo la possibilità dell'esistenza di tracce digitali su server dislocati in diversi Stati.

Anche la Germania in maniera non dissimile ha evidenziato come nel caso di una 'non affidabile attribuzione' si potrebbe incorrere nel rischio di una «*false flag attacks*» con evidenti problematiche per la sicurezza nazionale e conseguenti errori⁶⁴.

60 M. ROSCINI, *Evidentiary Issues cit.*, 252.

61 Corte internazionale di giustizia, sentenza del 6 luglio 1957, *The case of certain norwegian loans* (France v. Norway), opinione separata giudice Sir Hersch Lauterpatcht.

62 Comitato Parlamentare per la sicurezza della Repubblica, *Relazione sulle possibili implicazioni e minacce per la sicurezza nazionale derivanti dall'utilizzo dello spazio cibernetico*, 2010, p. 26;

63 *Ibidem*.

64 Permanent Mission of Federal Republic of Germany to the United Nations to the Office

Infine il Governo olandese, avallando le conclusioni di un gruppo di esperti (composto da membri dell'*Advisory council on international affairs* e dell'*Advisory committee on issues of public international law*, i quali hanno fornito un *report* sul cd. *cyber warfare*), ha ritenuto che l'utilizzo della forza in legittima difesa potrebbe essere usata solo laddove l'origine dell'attacco e l'identificazione del responsabile siano «*sufficiently certain*»⁶⁵.

In definitiva, se la prassi sembra deporre per l'utilizzo di uno standard di prova più stringente rispetto a quello del *preponderance of evidence*, resta da chiedersi come possa 'concretamente' essere soddisfatto tale standard nel complesso contesto degli attacchi informatici.

Le difficoltà degli Stati nel fornire gli elementi probatori adeguati vengono alla luce laddove si esaminano alcuni dei casi assai significativi di attacchi informatici, come ad esempio il caso che ha coinvolto la Russia nelle recenti elezioni del presidente degli Stati Uniti e il caso *Stuxnet*.

Per quanto riguarda il primo, in particolare, è noto che secondo i risultati inseriti nel *Joint Analysis Report* (formulato dal Dipartimento della sicurezza interna e l'FBI), l'attribuzione dell'attacco alla Russia da parte del governo americano sarebbe sorretta da diverse indicazioni di carattere tecnico: attraverso l'individuazione di *tools* e le infrastrutture utilizzate, gli Stati Uniti hanno ritenuto i *Russian civilian and military intelligence services* (un gruppo di *hacker* russi) responsabili di aver compromesso le elezioni americane⁶⁶, e di aver agito dietro istruzioni del governo russo.

In un successivo documento, fornito dall'*Intelligence* americana, intitolato *Background to "Assessing Russian Activities and Intentions in Recent US Election": The Analytic Process and Cyber Incident Attribution*, il cui obiettivo sarebbe stato quello di ridurre le incertezze che riguardano le attività provenienti da paesi stranieri, anche con riguardo agli aspetti cibernetici⁶⁷, è stata ricostruita a partire dal 2012 la propaganda che il governo russo, attraverso l'utilizzo di *mass media*, ha perpetrato ai danni della democrazia statunitense⁶⁸ e sono stati indicati seppur parzialmente i criteri che gli anali-

for Disarmament Affairs, *note no. 516*, 5 novembre 2012.

65 RIJKSOVERHEID, *Government response to the AIP/CAVV report on cyber warfare*, 17 gennaio 2012, 5. Questa indicazione pur non rientrando pienamente nello *clear and convincing* standard richiede indubbiamente un *quantum* probatorio più elevato rispetto a quello riferibile al *preponderance of evidence*.

66 Dipartimento della sicurezza interna statunitense e Federal Bureau of Investigation, *Grizzly steppe- Russian Malicious Cyber Activity*, 29 dicembre 2016, 1.

67 Office of the Director of National Intelligence of USA, *Background to "Assessing Russian Activities and Intentions in Recent US Election": The Analytic Process and Cyber Incident Attribution*, 6 gennaio 2017, 1

68 *Ibidem*, p. 6.

sti hanno adottato per risalire agli autori dell'attacco.

A bene vedere, tuttavia, non sembrano sussistere delle prove dirette 'chiare e convincenti' dell'attribuzione degli attacchi informatici al governo russo. Piuttosto sembra evincersi un utilizzo di prove indirette e deduzioni per corroborare l'idea della paternità russa dell'attacco. In particolare infatti il documento, una volta analizzato il contesto politico e i rapporti internazionali tra le due potenze, sottolinea un comportamento recidivo della Russia volto ad influenzare la politica interna di Stati stranieri attraverso un'ingerenza nel processo elettorale.

In modo non dissimile sembrano essere state utilizzate prove indirette anche in un altro caso di attacco informatico del 2010, l'affare *Stuxnet*⁶⁹. Dall'analisi effettuata da esperti iraniani è emerso che, dato il livello di complessità del software e la specificità delle informazioni in esso contenute, gli attacchi potevano essere imputati esclusivamente ad uno Stato e non a soggetti privati, in quanto solo gli appartenenti a cariche governative potevano essere a conoscenza di quelle informazioni⁷⁰.

Quello che emerge chiaramente da entrambi gli esempi proposti è che, a differenza di quanto sostenuto in astratto, quando gli Stati si sono trovati a sostenere l'attribuzione di un attacco informatico ad uno Stato straniero hanno fatto spesso ricorso all'utilizzo di prove indirette e deduzioni.

A noi sembra, invero, che anche alla luce delle indicazioni fornite dalla CIG allorquando nel caso del *Canale di Corfù* ha riconosciuto la possibilità allo Stato vittima di ricorrere a «*inferences of fact and circumstantial evidence*», in virtù dell'effettivo controllo esercitato da uno Stato sul proprio territorio, il principio possa essere riproposto nel contesto degli attacchi informatici. In particolare ritenendo che, laddove lo Stato riesca a provare in maniera 'chiara e convincente' la propria impossibilità nel fornire prove dirette a causa, ad esempio, del controllo effettivo esercitato dall'altro Stato sul proprio territorio (e quindi anche delle infrastrutture cibernetiche su di esso presenti), questi possa avvalersi di deduzioni e prove indirette.

5. Osservazioni conclusive

⁶⁹ Per una breve ricostruzione del caso si veda la nota 4.

⁷⁰ J. RICHARDSON, *Stuxnet as Cyberware: Applying the Law of War to the Virtual Battlefield*, in *JMJTP*, 2011, 6.

L'indagine svolta ha messo in luce come, nonostante le richiamate peculiarità di carattere tecnico che caratterizzano gli attacchi informatici (tra cui la possibilità di mascherare ovvero oscurare la propria identità), non appare giustificabile un'inversione dell'onere probatorio in capo allo Stato dal quale l'attacco ha avuto origine.

Così facendo infatti si finirebbe con il coinvolgere tutti quegli Stati che solo apparentemente hanno avuto un ruolo nell'illecito internazionale, in quanto 'territorialmente' implicati nell'attacco. Allo stesso modo, sebbene possa ritenersi esistente in capo agli Stati un obbligo di *due diligence* anche con riferimento alle proprie infrastrutture cibernetiche, questo non sembra giustificare di *per sé* un'inversione dell'onere della prova. Va da sé che anche rispetto alle controversie interstatali in ambito cibernetico risulta applicabile il principio *onus probandi incumbit actori*.

Quanto poi allo *standard* di prova che deve essere soddisfatto affinché uno Stato si possa ritenere responsabile per un attacco informatico, tra quelli individuati dalla giurisprudenza internazionale il cd. *clear and convincing standard* ci sembra non solo quello maggiormente richiamato dagli Stati, ma anche il più adeguato al contesto in esame. Tuttavia, circa i mezzi di prova che possono essere utilizzati, appare evidente che in alcune circostanze, a causa dell'oggettiva impossibilità di fornire delle prove dirette che siano 'chiare e convincenti', possa ammettersi l'utilizzo di deduzioni e prove indirette purché l'impossibilità risulti essere a sua volta 'chiaramente e convincentemente provata'.

La riparazione per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario tra rinuncia dello Stato e diritto individuale

Sommario: 1. Introduzione – 2. Alcuni elementi di prassi in materia di rinuncia e le principali tesi sui possibili limiti del diritto dello Stato alla rinuncia. – 3. Rinuncia e interessi collettivi nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato. – 4. Riflessioni conclusive sul possibile ruolo di forme alternative e collettive di riparazione.

1. Introduzione

I conflitti armati internazionali sono quasi sempre segnati dalla commissione di gravi violazioni di diritti umani fondamentali e delle regole del diritto umanitario poste a protezione degli individui coinvolti dagli eventi bellici. Una volta terminato il conflitto, si pone il problema di riparare in maniera adeguata quelle violazioni.

L'obbligo di riparare il danno derivante da un illecito internazionale ha trovato da tempo consacrazione nelle parole della Corte permanente di giustizia internazionale nel noto caso sulla *Fattoria di Chorzów*, secondo cui sarebbe «*a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form*»¹. Non solo, tale riparazione deve, «*as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*»².

1 CPGI, *Chorzów Factory Case* (Germania c. Polonia), sentenza del 13 settembre 1928.

2 *Ibidem*.

Se i gravi illeciti internazionali che uno Stato commette nei confronti della popolazione civile o dell'esercito nemico implicano certamente un obbligo di riparazione, più complesso risulta determinare i soggetti che possono rivendicare un diritto alla riparazione e quelli (non necessariamente gli stessi) nei confronti dei quali il relativo obbligo deve essere adempiuto. Il diritto di invocare la responsabilità dello Stato autore dell'illecito e di richiedere una riparazione del danno subito spetta certamente allo Stato leso (art. 42 (b)(i) del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato). Nelle ipotesi di violazione di norme che pongono obblighi nei confronti dell'intera comunità internazionale, anche gli Stati diversi da quello leso sembrano titolati ad invocare la responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito e chiedere la riparazione nell'interesse dello Stato leso o dei beneficiari dell'obbligo violato (art. 48, par. 2, lett. b del Progetto).

Si discute se, in caso di violazioni dei diritti umani e delle regole del diritto umanitario, un diritto alla riparazione spetti anche agli individui vittime di quei comportamenti illeciti. Vi è oggi una tendenza a riconoscere l'esistenza nel diritto internazionale generale di un vero e proprio diritto individuale alla riparazione per tali violazioni³. Tale tendenza avrebbe trovato, secondo alcuni, conferma nell'adozione da parte dell'Assemblea generale dei *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for the Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*⁴. Theo Van Boven, ad esempio, il cui lavoro è all'origine della risoluzione dell'Assemblea, ritiene che ci siano buone ragioni per considerare questo documento «*as declaratory of legal standards in the area of victims' rights*». Tra questi standard normativi è incluso l'art. 11, lett. b, che prevede una «*adequate, effective and prompt*

3 Si veda, tra i tanti, C. EVANS, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflicts*, Cambridge 2012, 38-42; E. CANNIZZARO, *Is there an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the Jurisdictional Immunity Case*, in *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy/Unité Et Diversité Du Droit International, Melanges En L'Honneur Du Professeur Pierre-Marie Dupuy* (a cura di D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville, J.E. Viñuales), Leiden 2014, 495-502. Assai noto e ancor più datato il dibattito che si è sviluppato intorno alla applicabilità del diritto umanitario, e in particolare delle regole pattizie in materia di riparazione, ai rapporti tra Stato e individuo. Cfr. per due diverse prospettive R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for States Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview*, in *JICJ*, 2003, 339-347 e C. TOMUSCHAT, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford 2003, p. 294. Per una più ampia analisi della materia si veda G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli 2009.

4 Assemblea Generale, risoluzione 60/147, 16 Dicembre 2005.

reparation for harm suffered»⁵. L'individuo sarebbe quindi titolare del diritto di essere risarcito dallo Stato autore di gravi illeciti internazionali per le violazioni dei diritti umani e delle regole del diritto umanitario che ha subito nel corso della guerra. In termini generali, l'affermazione di un diritto individuale alla riparazione emergerebbe come conseguenza naturale dell'importanza che la tutela dei diritti umani ha assunto nell'ordinamento internazionale e dei corrispettivi spazi di soggettività che l'individuo sarebbe riuscito nel tempo a conquistare nei confronti dello Stato. Le convenzioni regionali a tutela dei diritti dell'uomo sarebbero un segno tangibile, per quanto limitato, di questa evoluzione dell'ordinamento internazionale. I principi e i diritti fondamentali riconosciuti in quelle convenzioni, in particolare il diritto individuale ad un rimedio effettivo e l'obbligo per gli Stati di garantire agli individui un'adeguata riparazione, si sarebbero in sostanza consolidati e affermati come norme consuetudinarie.

In realtà, l'esistenza di un diritto individuale alla riparazione nel diritto internazionale generale non è supportata da particolari elementi di prassi ed è contestata da parte della dottrina⁶. Peraltro, anche si ammettesse l'esistenza di un diritto individuale alla riparazione nel diritto internazionale generale, restano da risolvere una serie di problemi di non facile soluzione. Risulta innanzitutto complesso determinare quali rimedi giurisdizionali o di altra natura l'individuo abbia a disposizione per far valere tale diritto. Di fronte ai tribunali del proprio Stato di cittadinanza o del luogo in cui è avvenuta la violazione, il ricorso individuale può trovare nel principio dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero un ostacolo insormontabile⁷. D'altro

5 T. VAN BOVEN, *Victims' Right to a Remedy and Reparation Reparations: The New United Nations Principles and Guidelines*, in *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: systems in place and systems in the making*, (a cura di C. Ferstman, M. Goetz, A. Stephens) Leiden, 2009, p. 32. Altri si sono invece espressi in modo critico, ritenendo che la risoluzione non rispecchi la reale posizione dell'individuo nel diritto internazionale, cfr. C. TOMUSCHAT, *Human Rights and National Truth Commissions*, in *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights* (a cura di P. Baher, C. Flinterman, M. Senders), Amsterdam 1999, 152.

6 Si veda in questo senso, C. TOMUSCHAT, *Individuals*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson), Oxford 2010, 989.

7 È noto come la Corte internazionale di giustizia abbia recentemente concluso che «under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict», cfr. CIG, *Jurisdictional Immunity of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012. Anche la Corte europea dei diritti umani ha negato, pur con maggiori difficoltà, una possibile eccezione all'immunità pur a fronte di violazioni di norme cogenti. Nonostante questa prassi giurisprudenziale, l'idea che potrebbe nel tempo affermarsi una tale eccezione non è

canto, è spesso difficile per la vittima ottenere riparazione attraverso il ricorso ai tribunali dello Stato autore dell'illecito.

Tra gli ostacoli che talora si oppongono alle pretese di risarcimento avanzate da vittime di gravi violazioni commesse nel corso di un conflitto armato vi è la possibilità che queste si vedano opporre il fatto che il proprio Stato di nazionalità abbia, attraverso un trattato concluso a seguito del conflitto, già ricevuto una qualche forma di riparazione dei danni causati dalla guerra e/o abbia rinunciato a reclamare in futuro ulteriori risarcimenti. Esiste ormai una prassi significativa al riguardo⁸. È prassi diffusa tra gli Stati, infatti, quella di concludere dei *lump-sum agreements* volti a regolare i risarcimenti dovuti dalle parti a seguito del conflitto. Nella maggior parte di questi accordi vi sono disposizioni in cui uno Stato dichiara di rinunciare a far valere in futuro ulteriori rivendicazioni in relazione ai danni subiti nel corso del conflitto⁹.

L'ipotesi della rinuncia dello Stato al risarcimento del danno causato dalle azioni belliche solleva alcune interessanti questioni giuridiche sui rapporti tra Stato e individuo in tema di riparazioni. Ciò che qui interessa, in particolare, è che in molti casi queste rinunce coprono anche le eventuali pretese alla riparazione che potrebbero essere vantate dai cittadini dello Stato che esprime la rinuncia. In pratica, attraverso tali disposizioni pattizie, lo Stato rinuncia, non solo ai propri futuri reclami, ma anche ai possibili ricorsi che potrebbero essere esperiti dai propri cittadini. È allora fondamentale capire se la crescente affermazione dei diritti individuali e l'esistenza di interessi collettivi dell'intera comunità internazionale incidano sul potere dello Stato di disporre, in nome e per conto dei propri cittadini, di un diritto alla ripara-

del tutto da escludere (cfr. Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani v. United Kingdom* ric. n. 35763/9721, sentenza del 21 novembre 2001, par. 79 e *Jones e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014). Diversi autori mettono in luce la possibile e progressiva affermazione di un diritto individuale alla riparazione, ma la mancanza di meccanismi giurisdizionali idonei a far valere tale diritto, cfr. C. TOMUSCHAT, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, in *State Responsibility and the Individual, Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (a cura di A. Randelzhofer, C. Tomsuchat), The Hague-London-Boston 1999, 1-25; altri sostengono che gli Stati siano sempre tenuti a riconoscere un rimedio effettivo per la violazione dei diritti umani, cfr. D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford 2015, 103.

8 Parte di questa prassi verrà richiamata nel prossimo paragrafo.

9 Come si vedrà nel corso dell'indagine, l'atto di rinuncia è stato a più riprese opposto dai tribunali giapponesi ai ricorrenti nei casi relativi ai risarcimenti dovuti alle «*comfort women*». Si veda per un'analisi della giurisprudenza rilevante S. H. BONG, *Compensation for Victims of Wartime Atrocities: Recent Developments in Japan's Case Law*, in *JICJ*, 2005, 187 ss.

zione per le gravi violazioni dei diritti fondamentali o delle regole del diritto umanitario. Ci si può domandare se tale potere di rinuncia subisca oggi delle limitazioni o rimanga piuttosto un diritto dello Stato che può essere sempre discrezionalmente esercitato¹⁰. Naturalmente, gli effetti della rinuncia e le possibili restrizioni ad un tale potere dello Stato possono essere osservati sia in un'ottica interstatale che nelle relazioni tra Stato rinunciante e i propri cittadini vittime delle violazioni. Il primo angolo prospettico è quello che interessa la presente indagine.

2. Alcuni elementi di prassi in materia di rinuncia e le principali tesi sui possibili limiti del diritto dello Stato alla rinuncia

La prassi statale di rinunciare a far valere il diritto alla riparazione in nome e per conto dei propri cittadini è piuttosto consistente, anche se risale per lo più all'epoca successiva alla seconda guerra mondiale. Un esempio, tra i tanti, potrebbe essere quanto previsto dall'art. 14(b) del Trattato di San Francisco del 1951, in forza del quale «*the Allied Powers waive all reparations claims of the Allied Powers, other claims of the Allied Powers and their nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war, and claims of the Allied Powers for direct military costs of occupation*»¹¹. Le ragioni storiche che hanno condotto all'inserimento di clausole di rinuncia nei trattati di pace conclusi alla fine della seconda guerra mondiale possono essere rintracciate nell'esperienza immediatamente successiva alla prima guerra mondiale. Si ritiene, infatti, che l'atteggiamento punitivo nei confronti della Germania sia stato una delle principali cause dell'instabilità politica che ha poi favorito l'ascesa al potere di Hitler e condotto allo scoppio della seconda guerra mondiale¹².

10 Il problema della legittimità della rinuncia alla riparazione non è nuovo. È qui interessante rilevare che, in un'epoca in cui non vi era ancora stata l'affermazione dei diritti umani, si giustificava il ricorso alla rinuncia più per ragioni pratiche che sulla base di principi giuridici. Si veda G. FITZMAURICE, *The Juridical Clauses of the Peace Treaties*, in *RCADI*, 1948-II, 341-342.

11 Trattato di pace con il Giappone, 8 settembre 1951. Si possono menzionare, tra gli altri, anche l'art. 77 del Trattato di pace con l'Italia del 1947 e gli artt. 23, par. 3 e 27, par. 2 del Trattato di pace con l'Austria del 1955.

12 Per quanto si tenda a concordare sul fallimento del trattato di Versailles del 1919, le letture storiche sulla eccessività o meno delle richieste economiche divergono. Nel senso del contenuto estremamente afflittivo andavano già, com'è noto, le dure critiche al Trattato di Versailles compiute da J. M. KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, Londra 1919. Vi è invece chi ritiene che le sanzioni economiche previste nel Trattato di Versailles

La portata e gli effetti di queste clausole di rinuncia sono recentemente al centro di accese controversie di carattere politico o giudiziario. Si pensi ai differenti punti di vista espressi dal governo greco e da quello tedesco sulle riparazioni ancora dovute dalla Germania per alcuni dei massacri compiuti dai Germani nazisti durante l'occupazione della Grecia. I contrasti tra i due governi si sono incentrati su diversi elementi di carattere giuridico, politico ed economico. Tra questi, forse il più importante riguarda proprio la portata della presunta rinuncia della Grecia a qualsiasi richiesta di riparazione¹³.

Un altro esempio attiene alla clausola di rinuncia contenuta nell'art. 77, par. 4, del Trattato di pace tra l'Italia e le Potenze alleate del 1947. L'interpretazione di tale clausola è stata oggetto di un confronto tra Germania e Italia nella fase scritta del recente contenzioso in materia di immunità giurisdizionale dello Stato. La Corte internazionale di giustizia non ha però ritenuto necessario, per giungere ad una decisione del caso, esprimersi sull'esistenza di un diritto individuale alla riparazione per le violazioni del diritto umanitario e sul contenuto della rinuncia italiana¹⁴. In particolare, la Corte non ha chiarito se la rinuncia, come sostenuto dall'Italia, non fosse riferita alle gravi violazioni del diritto dei conflitti armati, ma riguardasse esclusivamente rapporti di natura economica e commerciale¹⁵. Peraltro, l'Italia ha osservato come, all'epoca dell'accordo, non si fosse a conoscenza di molti dei crimini nazisti e di conseguenza le riparazioni dovute per questi fatti non potessero essere oggetto di alcuna rinuncia¹⁶.

erano tutto sommato contenute e che il reale fallimento del trattato di pace sia da rinvenire nel mancato rispetto da parte della Germania delle condizioni imposte dagli Alleati, cfr. R. HENIG, *Versailles and After: 1919 – 1933*, London 1995, 61. Molte analisi storiche insistono maggiormente sulla c.d. «war-guilt clause», l'art. 231 del trattato che addossava alla Germania tutte le responsabilità della guerra, come il vero «gift to German nationalism», si veda, per tutti, E. HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914–1991*, Londra 1994, 98.

13 La polemica ha ripreso vigore con la pesante crisi economico-finanziaria della Grecia. È opportuno sottolineare, però, che le pressanti richieste del governo Tsipras erano state precedute da analoghe richieste del precedente primo ministro Samaras. Tra i numerosi passaggi di questo scontro politico-diplomatico, e in particolare sulle posizioni del ministro delle finanze tedesco Schäuble in merito al contenuto della rinuncia greca, si veda http://www.nytimes.com/2013/10/06/world/europe/as-germans-push-austerity-greeks-press-back.html?_r=0 (visitato il 22 febbraio 2017).

14 CIG, *Jurisdictional Immunity of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, par. 108.

15 Per le argomentazioni avanzate dall'Italia di fronte alla Corte, cfr. la *plaidoirie* di Zappalà all'udienza del 16 settembre 2011, CR 2011/21, p. 17 e ss.

16 Si veda in particolare, la controreplica italiana del 10 gennaio 2011, p. 14 e ss, di-

Più recentemente, Giappone e Corea del Sud sono giunti ad uno storico accordo sulla vicenda delle «*comfort women*», le migliaia di donne coreane (e non solo) costrette a prostituirsi per i soldati giapponesi nel corso del secondo conflitto mondiale. Il contenzioso tra i due Stati, a cui sembra aver posto fine l'accordo raggiunto il 28 dicembre del 2015¹⁷, è stato accompagnato da numerosi ricorsi individuali intentati dalle vittime di fronte ai tribunali giapponesi a partire dagli anni novanta. Le riparazioni pretese in questi ricorsi, tuttavia, sono state in più occasioni oggetto di sentenze di rigetto da parte della Corte suprema giapponese¹⁸. A fondamento del rifiuto della Corte suprema di riconoscere le riparazioni vi è il già richiamato art. 14(b) dell'accordo di pace concluso dal Giappone nel 1951 (Trattato di San Francisco)¹⁹. Per quanto riguarda specificamente la Corea del Sud, che non era parte dell'accordo di pace del 1951, i tribunali giapponesi hanno fatto invece leva sull'art. II di un accordo intercorso tra i due Stati nel 1965. In quest'ultima disposizione si prevedeva che «*the problem concerning property, rights, and interests of the two Contracting Parties and their nationals (including juridical persons) and concerning claims between the Contracting Parties and their nationals (...) is settled completely and finally*». La portata di questa

sponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16652.pdf>. Sull'esistenza di un diritto individuale alla riparazione, si veda anche la dichiarazione scritta della Grecia del 3 agosto 2011, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16658.pdf>.

17 Invero, molte vittime hanno già espresso totale insoddisfazione e contrarietà al contenuto dello stesso. Si vedano, ad esempio, le dichiarazioni riportate su <http://thediplomat.com/2015/12/south-koreas-comfort-women-reject-deal-with-japan/> (visitato il 22 febbraio 2017).

18 Si vedano, in particolare, la sentenza del 27 aprile 2007 del Primo Collegio Ristretto della Corte Suprema. L'unica sentenza che aveva parzialmente riconosciuto un diritto alla compensazione per le vittime (Yamaguchi District Court, sentenza del 27 aprile 1998) è stata poi ribaltata in ultima istanza dalla Corte Suprema (25 marzo 2003).

19 Si tratta dell'art. 14(b) del trattato. Sempre facendo leva su quella disposizione e la relativa rinuncia, peraltro, la Corte suprema ha negato in maniera del tutto analoga un diritto alla riparazione alle vittime cinesi, cfr. 2nd Petty Bench of the Supreme Court, *Nishimatsu Construction Case*, sentenza del 27 aprile 2007 e 1st Petty Bench of the Supreme Court, *Second Chinese "Comfort Women" Case*, sentenza del 27 aprile 2007. Per un'analisi di queste decisioni, si veda M. ASADA, T. RYAN, *Post-war Reparations between Japan and China and Individual Claims: The Supreme Court Judgments in the Nishimatsu Construction Case and the Second Chinese "Comfort Women" Case*, in *IYIL*, 2009, 207-232. La Corte non nega l'esistenza del diritto individuale dal punto di vista sostanziale, ma sostiene che le rinunce avrebbero l'effetto di «*remove the competency to pursue these claims in litigations*». Argomentazioni simili sono state compiute dalla stessa Corte suprema nei casi relativi ai prigionieri di guerra olandesi, cfr. Tokyo High Court, *Former Dutch Prisoners of War Damages*, 11 ottobre 2001 e 3rd Petty Bench of the Supreme Court, 30 marzo 2004.

disposizione è stata oggetto di interpretazioni discordanti. Ad avviso di Gay McDougall, relatrice speciale della Sottocommissione delle Nazioni Unite per la prevenzione della discriminazione e la tutela delle minoranze, l'accordo in questione avrebbe ad oggetto una regolazione dei rapporti strettamente economici e commerciali tra le parti; conseguentemente, la clausola di rinuncia non coprirebbe le violazioni subite a causa dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi dai militari giapponesi. Ciò a maggior ragione in quanto, al momento della conclusione dell'accordo, non si era ancora a conoscenza della natura e dell'intensità del coinvolgimento del governo giapponese nella costruzione e nel funzionamento del sistema di prostituzione forzata²⁰.

Senza poter qui entrare nel merito di queste complesse controversie, è opportuno sottolineare che la soluzione della questione delle riparazioni per fatti avvenuti nel corso della seconda guerra mondiale finisce per ruotare intorno alla corretta interpretazione del contenuto della rinuncia e, in particolare, del suo ambito applicativo. In altre parole, la questione è affrontata perlopiù come una questione di interpretazione di un trattato: si tratta di determinare i tipi di reclami compresi nelle disposizioni pattizie rilevanti. Una tale questione non può che essere valutata caso per caso, alla luce della specifica formulazione della clausola di rinuncia.

Negli ultimi anni, la questione se lo Stato possa rinunciare, anche per conto dei propri cittadini, alla riparazione dovuta per le gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario è stata al centro anche di numerosi contributi dottrinali. Ciò a dimostrazione dell'importanza e dell'interesse che le questioni legate alle riparazioni di guerra continuano a suscitare, specialmente alla luce della crescente affermazione delle norme a tutela dei diritti umani e delle regole a protezione delle vittime dei conflitti armati. In particolare, vi è chi ha sostenuto che il potere dello Stato di rinunciare alla riparazione dovrebbe oggi essere limitato, almeno nel caso di violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario contrarie allo *jus cogens*. Secondo tali ricostruzioni, l'accordo attraverso cui gli Stati «*reciprocally condone such breaches, would be invalid*»²¹. Diversamente, vi è chi ritiene che non

20 Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fiftieth session, Contemporary forms of slavery, systematic rape, sexual Slavery and slavery-like practices during armed conflict, Final Report submitted by Ms. GAY J. McDOUGALL, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 giugno 1998, par. 62.

21 A. GATTINI, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages*, in JICJ, 2003, 349. In questo senso anche le considerazioni di L. CONDORELLI, *Conclusions Générales*, in *Crimes de l'histoire et réparation: les réponses du droit et la justice* (a cura di L. Boisson de Chazournes, J. Quéguiner, S.

si possa «*déduire du caractère indérogeable d'une règle de droit international le fait qu'il serait impossible de renoncer valablement aux créances de réparation nées de sa violation*»²². Infine, se si ammette l'esistenza di una regola consuetudinaria che prevede un diritto individuale alla riparazione per qualsiasi violazione dei diritti umani e delle regole del diritto umanitario, si dovrebbe di conseguenza affermare che la rinuncia statale riguardi solo le possibili pretese che lo Stato stesso può rivendicare sul piano internazionale nei suoi rapporti con gli altri Stati, ma non potrebbe avere alcuna incidenza sui diritti dell'individuo. Pur se incentrate sulle gravi violazioni del diritto umanitario oggetto della controversia, sembrano andare in questa direzione le considerazioni espresse dal giudice Cançado Trindade nella propria opinione dissenziente alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, in particolare, quando afferma che «*States may, if they so wish, waive claims as to their own rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that are not theirs, rights that are inherent to the human person*»²³.

3. Rinuncia e interessi collettivi nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato

Il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale del 2001, pur non occupandosi direttamente della questione qui in esame, offre alcuni spunti rilevanti sui possibili limiti posti agli Stati in relazione alla possibilità di rinunciare alla riparazione nel caso di gravi violazioni di norme cogenti a tutela degli individui. In particolare, l'analisi dei lavori della Commissione sembra condurre a ritenere che, nel caso in cui vi siano in gioco interessi collettivi, la capacità dello Stato di disporre delle prerogative che il Progetto stesso gli riconosce in quanto soggetto leso dalla violazione sia limitata. Inoltre, nonostante il Progetto di articoli si occupi esclusivamente di relazioni interstatali²⁴, anche la posizione dell'individuo sembra

Villalpando), Bruxelles 2004, 301-302.

22 P. D'ARGENT, *Les réparation des guerres en droit international public cit.*, 841. In questo senso anche C. TAMS, *Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription*, in *The Law of International Responsibility cit.*, 1042. Più in generale, cfr. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova 2003.

23 Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade nel caso *Jurisdictional Immunity of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, par. 72 e ss.

24 Il Progetto contiene, come è noto, una clausola di salvaguardia nell'art. 33, par. 2, secondo cui gli articoli contenuti nella seconda parte sul contenuto della responsabilità dello

assumere, in relazione alle gravi violazioni di norme imperative, una certa rilevanza.

Di particolare interesse ai nostri fini è l'art. 45 del Progetto che si occupa espressamente del valido esercizio della rinuncia da parte dello Stato leso, prevedendo che quest'ultimo, come conseguenza di tale atto, perda il diritto ad invocare la responsabilità dello Stato autore dell'illecito²⁵. Nel commento a tale disposizione, la Commissione di diritto internazionale ha però messo in luce le particolari conseguenze che derivano dall'esercizio della rinuncia in caso di violazione di norme imperative. In particolare, la Commissione ha osservato che, dal momento che le norme imperative tutelano un interesse dell'intera comunità internazionale, «*even the consent or acquiescence of the injured State does not preclude that interest from being expressed in order to ensure a settlement in conformity with international law*»²⁶. Questo passaggio sembra suggerire che lo Stato leso, rinunciando ad invocare la responsabilità dello Stato autore dell'illecito, non possa interamente disporre di un interesse che è della comunità internazionale nel suo complesso. In altre parole, il fatto che lo Stato leso rinunci ad invocare la responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito non può incidere negativamente sull'interesse più generale della comunità internazionale a far valere tutte le conseguenze di una violazione di norme imperative.

Qualche ulteriore elemento di interesse lo si può ricavare dall'art. 41 del Progetto, dedicato alle particolari conseguenze derivanti dalla violazione grave di norme imperative. Nel commento al par. 2 di quella disposizione, relativo all'obbligo di non riconoscere come lecita una situazione creata dalla violazione di norme imperative, la Commissione di diritto internazionale ha osservato che la rinuncia da parte dello Stato leso a far valere la responsabilità dello Stato autore dell'illecito «*cannot preclude the international community interest in ensuring a just and appropriate settlement*»²⁷. In sostanza,

Stato non incidono su «*any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State*». La decisione di non regolare la posizione degli individui nei confronti degli Stati autori di gravi violazioni dei diritti umani è stata oggetto di numerose critiche in dottrina. Si veda, ad esempio, E. BROWN WEISS, *Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century*, in *AJIL*, 2002, 798-816.

25 Così recita l'art. 45 del Progetto: «The responsibility of a State may not be invoked if: (a) the injured State has validly waived the claim; (b) the injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

26 Si veda Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *YILC*, 2001, vol. II, Part Two [da ora in poi DARSIVA with commentaries], 122, par. 4.

27 Commissione di diritto internazionale, DARSIVA with commentaries p. 115, par. 9.

nel momento in cui lo Stato leso rinuncia a far valere la responsabilità dello Stato autore dell'illecito, permane un interesse della comunità internazionale affinché sia garantita una soluzione equa ed appropriata. Tale soluzione, peraltro, alla luce di un'altra disposizione contenuta nel Progetto, dovrebbe tutelare i soggetti che hanno subito le conseguenze della violazione. Una indicazione in questo senso si potrebbe infatti ricavare dal fatto che l'art. 48, par. 2, lett. b, prevede, per le gravi violazioni di norme imperative, la possibilità per ogni Stato di richiedere l'adempimento dell'obbligo di riparazione da parte dello Stato autore dell'illecito nell'interesse «*of the beneficiaries of the obligation breached*».

L'idea di fondo che emerge dal Progetto è che alcune norme, poiché poste a tutela di interessi collettivi, implicino un coinvolgimento di tutti gli Stati della comunità internazionale, che sarebbero quindi legittimati ad invocare la responsabilità dell'autore dell'illecito. La rinuncia, quindi, dello Stato di nazionalità della vittima, in caso di violazione di norme imperative, non ha alcun effetto nei confronti degli altri Stati della comunità internazionale legittimati ad agire per la protezione dell'interesse collettivo. Nel caso poi in cui questo interesse della collettività tuteli anche dei diritti individuali, lo Stato leso e tutti gli altri Stati della comunità internazionale sono titolari del diritto di invocare la responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito a beneficio dei soggetti lesi dalla violazione, gli individui.

Le regole in materia di responsabilità dello Stato sembrano quindi sancire l'inadeguatezza del rapporto bilaterale di responsabilità nel regolare le conseguenze di violazioni che coinvolgono l'intera comunità internazionale, in particolare nel caso in cui le norme primarie violate siano poste a tutela di diritti di cui sono beneficiari soggetti non statali. Nel caso di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, lo Stato autore dell'illecito in pratica non rispetta un obbligo dovuto nei confronti dell'intera comunità internazionale, ivi incluso lo Stato di nazionalità della vittima. Secondo alcune ricostruzioni dottrinali, e alla luce anche di diverse pronunce provenienti da organi giurisdizionali internazionali²⁸, in queste ipotesi non vi sarebbe infatti

28 CIG, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentenza del 20 luglio 2012, par. 68. Secondo la Corte, ad esempio, in materia di tortura non rilevano la nazionalità della vittima, quella dell'autore del crimine o il luogo dove le violazioni sono avvenute, ma semplicemente l'obbligo dello Stato di perseguire il responsabile che si trova sul proprio territorio; la Corte internazionale di giustizia ha in questo caso riconosciuto che, nei confronti di questo tipo di obblighi, «*each State party has an interest in compliance with them in any given case*». Anche la Corte europea dei diritti umani ha chiaramente affermato che l'interesse tutelato dal trattato istitutivo è quello della collettività degli Stati parte della Convenzione a garantire il rispetto dei diritti umani e non quello individuale dello Stato di nazionalità della vittima, cfr. Corte europea dei diritti uma-

uno Stato specialmente leso, lo Stato di cittadinanza della vittima essendo semplicemente uno tra gli *omnes*²⁹.

Ciò che interessa qui rilevare però è che, accanto ai diritti derivanti dalla qualità di Stato particolarmente colpito dalla violazione, lo stesso Stato leso possiede (come tutti gli altri Stati) anche una serie di «poteri funzionali», diretti a tutelare l'interesse della comunità internazionale³⁰. Sulle conseguenze pratiche di tale ripartizione, è stato sostenuto, alla luce dell'analisi appena svolta del Progetto di articoli, che solo i diritti individuali di Stato leso «possono essere oggetto (fino alla eventuale rinuncia) di un potere di disposizione tendenzialmente assoluto degli Stati»³¹.

Se i poteri funzionali non possono essere oggetto di un atto di rinuncia, è però difficile affermare l'esistenza di un vero e proprio obbligo per lo Stato di nazionalità della vittima (e per tutti gli altri Stati) di far valere il diritto alla riparazione a favore dei beneficiari della violazione. Si tratterebbe di un obbligo che gli Stati avrebbero nei confronti dell'intera comunità internazionale, il cui interesse ad un'adeguata riparazione delle violazioni di norme imperative deve essere tutelato. Non solo non si ricavano indicazioni in tal senso nel Progetto, ma è anche difficile rinvenire elementi di prassi che confermino l'esistenza di un obbligo di invocare la responsabilità dello Stato offensore in caso di violazione di norme cogenti³².

ni (Grande Camera), *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, sentenza del 12 maggio 2014.

29 G. GAJA, *Is a State Specially Affected When Its Nationals' Human Rights Are Infringed*, in *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese* (a cura di L. C. VORAH F. POCAR, Y. FEATHERSTONE, O. FOURMY, C. GRAHAM, J. HOCKING, N. ROBSON., The Hague, 2003, 373-377.

30 L'idea di questa ripartizione viene ripresa in numerosi scritti da P. PICONE, si veda già *Obblighi reciproci ed obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, p. 84, e anche *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono effetti erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 9. D'altronde, lo stesso commento all'art. 48, nel definire lo Stato diverso da quello leso, suggerisce che questo «is acting not in its individual capacity», ma piuttosto «as a member of the international community as a whole», si veda Commissione di diritto internazionale, DARSIVA with commentaries, p. 126, par. 1.

31 Così P. PICONE, *Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi erga omnes*, in *RDI*, 2012, 986.

32 Limita ad alcune ipotesi la possibile esistenza di un «potere-dovere» degli Stati e quindi di un obbligo di reagire alla violazione di norme imperative e di obblighi *erga omnes*, P. PICONE, *Obblighi reciproci cit.*, 84, nt. 153. L'A. giustifica questa possibilità da un punto di vista teorico, ma la considera «in contrasto con gli orientamenti ancora attualmente ricavabili dal diritto internazionale generale» (non sembra che dal 1983 tali orientamenti sia-

Sembra anche difficile sostenere che la rinuncia renda nullo il trattato perché contrario allo *jus cogens*. La rinuncia dello Stato può essere considerata di per sé contraria a norme imperative, solo qualora si ritenga che l'obbligo di fornire la riparazione sia esso stesso imposto da una norma imperativa. Tuttavia, non vi è motivo di ritenere che, in presenza di violazioni di norme primarie aventi carattere cogenti, anche le corrispondenti norme secondarie sulla responsabilità debbano avere carattere cogente. Né vi sono chiari elementi di prassi che depongono a favore di una tale ipotesi. Al contrario, sembra negare la natura imperativa di tale obbligo di riparazione l'affermazione della Corte internazionale di giustizia nel caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, secondo cui, alla luce di una costante prassi diretta alla conclusione di *lump-sum agreements*, sarebbe difficile sostenere «*that international law contains a rule requiring the payment of full compensation to each and every individual victim as a rule accepted by the international community of States as a whole as one from which no derogation is permitted*»³³.

no cambiati significativamente a livello consuetudinario); sulla questione anche P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *RDI*, 2005, 908. Secondo alcune ricostruzioni, l'obbligo di cooperazione di tutti gli Stati, previsto dall'art. 41 del Progetto, di far cessare le violazioni di norme imperative implicherebbe anche un obbligo di far valere la responsabilità dello Stato autore dell'illecito. Come già sostenuto, infatti, nel caso di violazione di obblighi *erga omnes*, l'esistenza di interessi collettivi può condurre ad imporre «on all States the duty to ensure compliance by other States with obligations protecting those interests», cfr. G. GAJA, *Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations Erga Omnes by Other States?*, in *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter* (a cura di M. Ragazzi), Leiden/Boston 2005, 35. Anche altri autori ritengono che «every state is responsible also to seek compliance by all other states with their obligation under the customary international law of human right», cfr. L. HENKIN, *Inter-State Responsibility for Compliance with Human Rights Obligations, in Man's Inhumanity to Man*, in *Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese cit.*, 383 e ss.

33 CIG, *Immunità giurisdizionali dello Stato cit.*, par. 94. Per affermare l'esistenza di un obbligo cogente di riparazione da parte dello Stato si dovrebbe dimostrare la natura cogente del corrispettivo diritto individuale. Nel senso della natura cogente dell'obbligo di riparazione potrebbero essere lette alcune considerazioni compiute dall'Italia in relazione al diritto di accesso ad un giudice proprio nel corso del caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*. Richiamando la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, infatti, la difesa italiana ha sostenuto che l'accesso alla giustizia può essere ritenuta «*a peremptory norm of international law in a case in which the substantive rights violated were also granted by jus cogens norms*». Si veda la contromemoria dell'Italia del 22 dicembre 2009, par. 4.94, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16648.pdf>. e la pronuncia della Corte interamericana dei diritti umani, *Goiburú et al. c. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y*

Si può al limite giungere ad affermare che lo Stato che rinuncia a far valere la responsabilità internazionale per gravi violazioni di norme cogenti, disponendo in maniera definitiva di un diritto che pertiene all'intera comunità, commetta comunque un illecito internazionale. Tale illecito deriverebbe dalla violazione dell'obbligo previsto dall'art. 41, par. 2 del Progetto, obbligo che può ritenersi avere natura *erga omnes*, in forza del quale non si deve riconoscere come legittima una situazione creata dalla violazione di norme imperative. Per quanto sia complesso ricostruire il contenuto dell'obbligo previsto dall'art. 41, par. 2 del Progetto nel caso di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario³⁴, esso andrebbe interpretato in maniera estensiva, poiché diretto a proibire non solo il riconoscimento formale della situazione creata dalla violazione di norme cogenti, ma anche quegli atti «*which would imply such recognition*»³⁵. La rinuncia alla riparazione potrebbe allora essere ritenuta un riconoscimento implicito della situazione

Costas, sentenza del 22 settembre 2006, par. 131.

In relazione al già menzionato accordo «due più quattro» del 1990, la Corte costituzionale federale tedesca (Bundesverfassungsgericht) ha affermato la validità della rinuncia della Germania poiché, anche a fronte della possibile violazione di norme imperative da parte dell'Unione Sovietica nel corso dell'occupazione, «*[T]he waiver is not precluded by any peremptory norms of general international law*», cfr. Bundesverfassungsgericht, decisione del 26 ottobre 2004, 2 BvR 955/00, 1038/01, BVerfGE 112, 1, p. 32. Si vedano le considerazioni compiute a sostegno di questa tesi da S. TALMON, *Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, in *LJIL*, 2012, 997.

34 Non vi sono infatti elementi di prassi rilevante in materia di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. La ragione di tale assenza è stata giustamente individuata nella circostanza che queste ipotesi, a differenza dei casi di illecita occupazione e acquisizione di un territorio, «do not automatically give rise to any legal consequences which are capable of being denied by other States», cfr. S. TALMON, *The Duty Not to "Recognize as Lawful" a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?*, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (a cura di C. Tomuschat, J-M. Thouvenin), Leiden/Boston 2005, 120. Per quanto riguarda invece le ipotesi in cui è stato invocato l'obbligo derivante dall'art. 41, par. 2., si vedano, in particolare, i pareri della CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, parere del 21 giugno 1971, par. 126 e *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere del 9 luglio 2004, par. 159.

35 Commissione di diritto internazionale commento all'art. 41, par. 2 del Progetto, DARSIVA with commentaries, 114, par. 5. Per un richiamo alla prassi del Consiglio di sicurezza e dell'Assemblea generale orientata ad un'interpretazione estensiva della disposizione si veda M. DAWIDOWICZ, *The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation*, in *The Law of International Responsibility cit.*, 684.

creata dalla violazione di norme imperative. Un parallelo tra obbligo di non riconoscimento e rinuncia si può ricavare dal già richiamato commento della Commissione di diritto internazionale all'art. 41, par. 2. D'altronde, nel passaggio del commento della Commissione a questa disposizione richiamato poco sopra, la rinuncia veniva accostata al riconoscimento come strumento cui non si può ricorrere per impedire alla comunità internazionale di giungere ad una soluzione appropriata ed equa delle conseguenze della violazione di norme cogenti.

4. Riflessioni conclusive sul possibile ruolo di forme alternative e collettive di riparazione

Nessun tipo di riparazione può realmente rimediare alle conseguenze derivanti dalle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Rispetto alle sofferenze causate da violenze di questa natura e gravità, qualsiasi riparazione risulta inadeguata. La riparazione, inoltre, non può assumere sempre una stessa forma, preferibile in termini assoluti ed in ogni circostanza a qualsiasi altra. Ogni percorso di giustizia transizionale dovrebbe cercare di adattarsi (anche nelle forme della riparazione) al particolare contesto post-conflittuale di riferimento. In principio, infatti, la riparazione dovrebbe assumere le forme che meglio garantiscono la ricostruzione della pace sociale e il rispetto della dignità delle vittime. La rinuncia dello Stato alla riparazione può essere uno strumento utile a raggiungere il primo di questi due obiettivi fondamentali, ma potrebbe ledere o quanto meno comprimere la tutela del secondo. Non è certo semplice conciliare queste due esigenze, ma una serie di considerazioni di carattere generale possono servire ad individuare alcuni degli elementi di cui si deve tener conto nella ricerca delle soluzioni di volta in volta più adeguate.

Vi sono diverse ragioni per sostenere che lo Stato possa rimanere titolare del diritto di esercitare la rinuncia alla riparazione di alcune violazioni che coinvolgono i propri cittadini nel corso di un conflitto armato. Si può in questo senso argomentare che l'opportunità di raggiungere un accordo tra gli Stati, o di garantire il rispetto di un accordo già concluso a seguito di un conflitto, potrebbe essere ostacolata dal possibile esperimento di ricorsi individuali volti a trasferire sul piano legale soluzioni politiche ritenute (da alcuni) insoddisfacenti. Si rimetterebbe così nelle mani di un gruppo di individui il potere di incidere sulla stabilità delle relazioni internazionali del proprio Stato³⁶.

36 In questo senso alcune affermazioni conclusive di E. BENVENISTI, *Individual Remedies*

È poi probabile che lo Stato sconfitto non sia in grado di risarcire tutte le vittime delle violazioni. Inoltre, sanzioni economiche eccessive rischiano di impedire allo Stato obbligato alla riparazione di uscire da una situazione finanziaria già compromessa dagli esiti della guerra e di non favorire una riconciliazione tra le parti, ma condurre piuttosto a nuovi conflitti.

In una prospettiva più ampia, e alla luce delle ragioni prevalentemente economiche intese a preservare un diritto alla rinuncia da parte dello Stato, conviene tenere però in considerazione che il risarcimento individuale del danno è solamente una delle forme di riparazione per gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Senza voler qui sottovalutare il ruolo fondamentale che il risarcimento pecuniario può svolgere a favore delle vittime delle violazioni, sembra utile mettere in luce l'importanza che altre forme di riparazione possono assumere al fine di garantire un'adeguata riparazione. In particolare, tra le modalità di riparazione previste dalla già richiamata risoluzione dell'Assemblea generale sui principi del diritto alla riparazione vi sono anche le garanzie di non ripetizione, e soprattutto la riabilitazione e la soddisfazione³⁷. Queste forme di riparazione hanno rivelato tutta la loro importanza nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani e possono rivestire un rilevante ruolo riparatorio, complementare ai risarcimenti di carattere economico³⁸. Tra le vicende già evocate, si può a tal proposito richiamare l'accordo recentemente raggiunto tra Giappone e Corea del Sud sulla complessa e lunga vicenda delle donne di conforto, che è stato duramente criticato dalle vittime, non per l'ammontare del risarcimento concordato tra gli Stati, ma per l'ambiguità delle scuse espresse dal governo giapponese³⁹.

for Victims of Armed Conflicts in the Context of Mass Claims Settlements, in (a cura di H. Hestermeyer et al. [inserire altri curatori]), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden 2002, 1105 e anche di C. TOMUSCHAT, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violation: The Position Under General International Law*, in *State Responsibility and the Individual* (a cura di A. Randelzhofer e C. Tomuschat), The Hague/London/Boston 1999, in particolare 22-25.

37 Principio IX della risoluzione dell'Assemblea generale 60/147, 16 dicembre 2005.

38 Il primo esempio di questa interessante giurisprudenza è la nota sentenza de 10 del settembre 1993, (*Reparaciones y Costas*), Serie C No. 15, *Aloeboetoe v. Surinam*, parr. 11-15, in cui la Corte interamericana ha disposto, oltre a forme di compensazione economica, la costruzione di una scuola e di alcune strutture sanitarie. Studi empirici condotti da diverse organizzazioni non-governative dimostrano come spesso l'interesse delle vittime sia più legato ad una riparazione morale del danno piuttosto che a compensazioni economiche che sono in alcuni casi rifiutate in quanto «*blood money*», si vedano sul punto le analisi di N. ROHT-ARRIAZA, *Reparations Decisions and Dilemmas*, in *HICLR*, 2003-2004, 157-219.

39 In particolare, secondo gli organizzatori di alcune manifestazioni di protesta, il Giappone

Oltre alle forme alternative di riparazione, che possono sopperire alla incapacità di corrispondere un adeguato ammontare di risarcimento economico a tutte le vittime, conviene poi sottolineare il ruolo preminente che può essere svolto dalle forme collettive di riparazione. La riparazione individuale, infatti, può essere all'origine di trattamenti ineguali tra le vittime sia nel caso di ricorsi giudiziali che nel corso di procedure amministrative. Due elementi, in particolare, possono causare disparità di trattamento e inique disuguaglianze: l'impossibilità di identificare tutte le vittime – con il conseguente mancato riconoscimento per alcune di esse di un diritto alla riparazione – e il carattere aleatorio delle azioni individuali – il cui esito può essere dettato dalle capacità economiche dei singoli, dalle diverse sensibilità degli organi giurisdizionali o dallo stato delle relazioni politiche e diplomatiche tra gli Stati nel particolare momento storico in cui l'azione individuale viene esperita.

Anche in materia di riparazioni collettive è la Corte interamericana ad aver esplorato alcune interessanti possibilità, tra cui si possono ricordare gli atti pubblici volti ad onorare la dignità delle vittime (attraverso, ad esempio, la costruzione di edifici celebrativi e la denominazione di luoghi alla memoria delle vittime) o la costruzione di centri educativi o sanitari per particolari gruppi (minori, donne o ex combattenti) colpiti dalle violazioni di massa⁴⁰.

L'emersione di più stringenti limiti al potere degli Stati di rinunciare alla riparazione per violazioni dei diritti fondamentali o delle regole di diritto umanitario (anche non aventi carattere cogente) potrebbe essere incoraggiata da una maggiore valorizzazione delle forme alternative e collettive di riparazione del danno, in particolare in caso di impossibilità o inopportunità politica di ottenere compensazioni economiche in grado di risarcire in maniera adeguata ogni singola vittima.

non ha chiarito e riconosciuto il coinvolgimento e il ruolo svolto dai propri militari nella costruzione dei sistemi di sfruttamento (si veda, ad esempio, <http://www.voanews.com/content/south-korea-comfort-women-rally-against-japan-settlement/3124149.html>).

40 Si vedano, tra le sentenze più significative, Corte interamericana dei diritti umani, *Villagràn Morales et. al. (Niños de la Calle) c. Guatemala*, sentenza del 26 maggio 2001; *Masacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, sentenza del 19 novembre 2004; *Servellón Gracia et al. c. Honduras*, sentenza del 21 settembre 2006; *Caso de la masacre de La Rochela c. Colombia*, sentenza dell'11 maggio 2007; *Vargas Areco c. Paraguay*, sentenza del 26 settembre 2006.

ELEONORA BRANCA

La dimensione nazionale dell'illecito internazionale: questioni di applicazione diretta della norma internazionale nei rapporti tra stato ed individui

Sommario: 1. Introduzione – 2. I tre requisiti di applicabilità della norma convenzionale – 2.1. Il valido recepimento del trattato nell'ordinamento interno – 2.2. L'esistenza di una posizione giuridica soggettiva protetta che trova origine nella norma internazionale pattizia – 2.2.1. Le norme convenzionali di diritto internazionale umanitario – 2.2.2. Status of Force Agreements nelle missioni di pace ONU – 2.2.2. Il caso della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di Genocidio del 1948 – 2.3. L'esistenza di un diritto di azione corrispondente alla situazione soggettiva protetta creata dalla norma internazionale – 4. Alcune considerazioni de iure condendo

1. Introduzione

L'impegno crescente degli Stati in missioni militari multinazionali ha dato origine ad una pluralità di controversie in cui i giudici nazionali sono stati chiamati a decidere della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto internazionale nei confronti dei singoli e del relativo diritto al risarcimento del danno. L'analisi della giurisprudenza evidenzia approcci discordi tra le varie corti interne circa l'applicabilità diretta di alcune norme pattizie. In particolare, vale la pena menzionare le regole di diritto internazionale umanitario delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (CG) e relativi Protocolli Addizionali (PA); le disposizioni della Convenzione sul Genocidio del 1948 e ancora le norme degli *Status of Force Agreements* (SOFAs), ossia dei trat-

tati bilaterali conclusi tra lo Stato ospite di una missione e le Nazioni Unite che, *inter alia*, impongono alle Nazioni Unite l'obbligo di istituire meccanismi di risoluzione delle controversie tra privati ed Organizzazione (cd. *third party claims*¹). Così, la giurisprudenza tedesca nega fermamente l'applicabilità del diritto internazionale umanitario nei rapporti tra individui e Stato, come affermato dalla stessa Corte Costituzionale tedesca nel 2013, nel caso *Varvarin Bridge*², nonché dalla Corte distrettuale di Bonn, nello stesso anno, nel caso relativo al bombardamento di *Kunduz* da parte delle forze ISAF sotto il comando tedesco³. Anche la giurisprudenza italiana, per quanto esigua in materia, si assesta sul medesimo orientamento, come espresso nella nota ordinanza del 2002 nel caso *Markovic*⁴. Diversamente, i giudici olan-

1 *Draft Model of Status of Forces Agreement between the United Nations and Host Country*, UN Doc. A/45/59, in particolare art. 51.

2 Corte distrettuale di Bonn, *Varvarin bridge case*, ricorso n. 1 O 361/02, sentenza del 10 dicembre 2003, successivamente appellato innanzi la Corte regionale di Colonia, ricorso n. 7 U 8/04, sentenza del 28 luglio 2005; Corte Costituzionale Federale, ricorso n. 2 BvR 2660/06, sentenza del 13 agosto 2013; si veda S. MEHRING, *The Judgement of the German Bundesverfassungsgericht concerning Reparations for the Victims of the Varvarin Bombing*, in *ICLR*, 2015, 191; si veda anche la nota di commento alla sentenza della Corte d'appello di Colonia di P.H. AUST, in *Oxford Reports on International Law*, ILDC 887 (DE 2006).

3 Il medesimo orientamento è stato seguito anche nel caso riguardante i bombardamenti a due camion che trasportavano gasolio nei pressi di Kunduz, ordinati dal comandante tedesco nel corso dell'operazione ISAF, in Afghanistan nel 2009, Corte distrettuale di Bonn, *Kunduz case*, ricorso n. 1 O 460/11, sentenza del 11 dicembre 2013; si vedano la nota di commento di P.H. AUST, in *Oxford Reports on International Law*, ILDC 1858 (DE 2012); N. ACHTEN, *Compensation Claims of Individuals for Violations of Rules on Conduct of Hostilities – Comment on a Judgment of the District Court of Bonn, Germany – LG Bonn 1 O 460/11, 11 December 2013*, in *HR*, 2015, 34; E.V. HENN, *The Development of German Jurisprudence on Individual Compensation for Victims of Armed Conflicts. The Kunduz Case*, in *JICJ*, 2014, 615; P. STARSKI, *The Kunduz Affair and the German State Liability Regime. The Federal Court of Justice's Turn to Anachronism*, in *EJIL:Talk!*, 5 dicembre 2016, disponibile su <http://www.ejiltalk.org/the-kunduz-affair-and-the-german-state-liability-regime-the-federal-court-of-justices-turn-to-anachronism> (visitato il 7 marzo 2017).

4 Ordinanza della Corte di Cassazione, sezioni Unite Civili, 8 febbraio 2002. Nel caso di specie, riguardante il bombardamento della radiotelevisione di Belgrado da parte delle forze NATO nel 1999, erano state invocate dai ricorrenti gli artt. 35.2, 48, 49, 51, 52 e 57 del Protocollo di Ginevra del 1977, nonché gli artt. 2 e 15.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Cassazione ha ritenuto che sebbene tali norme abbiano «come oggetto la protezione dei civili in caso di attacchi, ma in quanto norme di diritto internazionale regolano rapporti tra Stati» ed inoltre «[I]e leggi che vi hanno dato applicazione nello Stato italiano non contengono [...] norme espresse che consentano alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali»,

desi, nell'ultimo giudizio promosso dall'associazione 'Madri di Srebrenica' nei confronti dello Stato olandese e delle Nazioni Unite, hanno ammesso l'applicabilità del diritto internazionale umanitario, ma hanno negato che la Convenzione sul Genocidio possa regolare i rapporti tra Stati e privati⁵. Da ultimo, l'Avvocato generale della Corte distrettuale di New York, nel caso *Georges et al.* deciso in primo grado nel 2015 ha affermato che l'obbligo delle Nazioni Unite di istituire una *standing claims commission*, stabilito nel SOFA tra ONU e Haiti, non è invocabile dai singoli, ma esclusivamente

ibidem, par. 3. Si vedano i commenti di N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *RDI*, 2002, 683 e di M. FRULLI, *When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law, The Markovic Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 406.

5 Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi e Nazioni Unite*, ricorso n. RDBH: A8748, sentenza del 16 luglio 2014; P. PALCHETTI, *Attributing the Conduct of Dutchbat in Srebrenica: The 2014 Judgment of the District Court in the Mothers of Srebrenica Case*, in *NILR*, 2015, 279; K. SCHMALENBACH, *Preserving the Gordian Knot. UN Legal Accountability in the Aftermath of Srebrenica*, in *NILR*, 2015, 313; H. KRIEGER, *Addressing the Accountability Gap in Peacekeeping. Law-Making by Domestic Courts As a Way to Avoid UN Reform?*, in *NILR*, 2015, 259. La citata sentenza della Corte distrettuale è stata successivamente impugnata dinnanzi alla Corte d'appello dell'Aia, che si è recentemente pronunciata in parziale riforma del giudizio di primo grado, limitando la responsabilità dello Stato olandese, e dunque l'entità del risarcimento: Corte d'appello dell'Aia, *Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi e Nazioni Unite*, ricorso n. GHDHA:2017:1761, sentenza del 26 giugno 2017. Il provvedimento è attualmente disponibile solo in lingua olandese, per il sommario in lingua inglese si rimanda al sito della Corte d'appello: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/The-Netherlands-partially-liable-for-losses-of-Mothers-of-Srebrenica.aspx> (visitato il 3 ottobre 2017). Il giudizio citato è solo l'ultimo di una lunga e complessa vicenda giudiziaria nella quale sono state invocate la responsabilità dello Stato olandese, nonché quella delle Nazioni Unite per i gravi fatti accaduti in seguito alla caduta di *Srebrenica* nel corso della missione UNPROFOR: Corte europea dei diritti umani, *Stiching Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 65542/12, sentenza dell'11 giugno 2013; Corte d'appello dell'Aia, *Nuhanović c. Paesi Bassi*, ricorso n. LNJ:BR5388, sentenza del 5 luglio 2011; Corte Suprema dei Paesi Bassi, *Nuhanović c. Paesi Bassi*, ricorso n. 12/03324 LZ/TT, sentenza del 6 settembre 2013. Tra le molte note e commenti alla giurisprudenza citata, si segnalano A. NOLLKAEMPER, *Dual Attribution. Liability of the Netherlands for Conduct of Dutchbat in Srebrenica*, in *JICJ*, 2011, 1143; L. CONDORELLI, *De la responsabilité internationale de l'ONU et/ou de l'État d'envoi lors d'actions de Forces de Maintien de la Paix. L'écheveau de l'attribution (double?) devant le juge néerlandais*, in *QIL*, 2014, 3; P. D'ARGENT, *State Organs Placed at the Disposal of the UN, Effective Control, Wrongful Abstention and Dual Attribution of Conduct*, in *QIL*, 2014, 17; A. SPAGNOLO, *Immunità delle Nazioni Unite per violazioni dei diritti umani commesse nell'ambito di operazione di peacekeeping e rimedi disponibili per le vittime*, in *DUDI*, 2013, 806.

dallo Stato contraente⁶. Tale impostazione è stata poi sostanzialmente accolta dalla Corte d'Appello del secondo circuito che ha rigettato l'appello dei ricorrenti, confermando che l'applicabilità della regola sull'immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione nazionale è assoluta⁷.

L'argomentazione tautologica utilizzata dalle corti si fonda generalmente sulla constatazione che le norme pattizie di cui i ricorrenti hanno chiesto l'applicazione regolerebbero solo i rapporti tra Stati e/o tra Stati ed organizzazioni internazionali e che, in ogni caso, non vi sia una norma internazionale che legittimi le vittime ad agire per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato per le violazioni di diritto internazionale invocate. Nel giungere ad una tale conclusione, i giudici nazionali operano un'interpretazione delle norme internazionali, e nazionali, che non tiene in debito conto l'emergere della soggettività internazionale dell'individuo, che ha scalfito la geometria classica della responsabilità internazionale degli Stati, nonché la stessa definizione interna di rapporto giuridico tra Stato ed individuo⁸. Di conseguenza, questa giurisprudenza fornisce una risposta insoddisfacente, quando non arbitraria, alle mutate istanze di applicazione del diritto internazionale ai rapporti tra Stati ed individui.

6 Si veda la lettera dell'Avvocato generale del *Southern District* di New York indirizzata al Giudice Oeteken, 7 luglio 2014, parte B, 11-12, relativa alla *class action Georges et al. v. United Nations et al.*, 13 cv 07146, JPO, deciso con ordinanza del 9 gennaio 2015 dalla *Southern District Court* di New York, la quale ha rigettato tutte le istanze dei ricorrenti sulla base dell'immunità assoluta delle Nazioni Unite dalla giurisdizione. Si vedano R. PAVONI, *Choleric notes on the Haiti Cholera Case*, in *QIL*, 2015, 19; R. FREEDMAN, N. LEMAY HEBERT, *Towards an Alternative Interpretation of UN Immunity. A human Rights-Based Approach to the Haiti Cholera Case*, in *QIL*, 2015, 5; M. PILLINGER, I. HURD, M. N. BARNETT, *How to Get Away with Cholera. The UN, Haiti, and International Law*, in *PP*, 2016, 70; J. ALVAREZ, *The United Nations in the Time of Cholera*, in *AJIL Unbound*, 4 aprile 2016.

7 Corte d'Appello del secondo circuito, *Georges et al. V. United Nations et al.*, ricorso n. 15-455-cv, sentenza del 18 agosto 2016. Più specificamente, la Corte ha rilevato che l'immunità dell'Organizzazione non è subordinata all'istituzione da parte delle Nazioni Unite di mezzi di risoluzione alternativa delle controversie tra soggetti terzi ed Organizzazione ai sensi dell'art. VIII, sezione 29 della Convenzione sull'immunità ed i privilegi delle Nazioni Unite del 1946. R. PAVONI, *Immunità e responsabilità dell'ONU per l'introduzione del colera ad Haiti: la sentenza d'appello nel caso Georges, il "rapporto Alston" e le "scuse" del Segretario generale*, in *RDI*, 2017, 133. Sulla questione dell'invocabilità dell'obbligo di istituire una *standing claims commission* si veda *infra* par. 2.2.2.

8 G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano 1950; più recentemente, T. MERON, *The humanisation of Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2000, 239; A. RANSELZHOFFER, *The Legal Position of the Individual under Present International Law*, in *State Responsibility and the Individual* (a cura di A. Ranselzhofer, C. Tomuschat), Leiden 1999, 231; A. PETERS, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, in *EJIL*, 2009, 513; G. GAJA, *The Position of Individuals in International Law. An ILC Perspective*, in *EJIL*, 2010, 11.

Il presente contributo si propone di indagare quando una norma internazionale pattizia conferisca agli individui diritti azionabili in giudizio dinnanzi alle corti nazionali nei confronti dello Stato del foro. In altre parole, mira a verificare quando la violazione di una norma internazionale convenzionale costituisca la misura della responsabilità dello Stato, invocabile dinnanzi al giudice interno dai singoli.

A parere di chi scrive, i giudici nazionali, nel determinare quando una norma internazionale pattizia sia invocabile dai singoli nei confronti di uno Stato, non dovrebbero limitarsi ad un'interpretazione aprioristica, in forza della quale il diritto internazionale regolerebbe solo i rapporti tra Stati. Al contrario, le corti nazionali dovrebbero condurre un'interpretazione oggettiva delle singole norme internazionali di volta in volta invocate, al fine di verificare se esse attribuiscono diritti soggettivi e se questi siano azionabili in giudizio nel caso di specie. Secondo la costruzione teorica che si andrà ad esporre, una norma internazionale pattizia potrà essere validamente invocata dai singoli nei confronti dello Stato al sussistere di tre presupposti: a) il trattato in oggetto deve essere validamente recepito nell'ordinamento interno ed essere in vigore; b) le norme del trattato devono dare origine ad una posizione giuridica protetta, riconosciuta in capo ai singoli; c) a tale posizione giuridica deve corrispondere nell'ordinamento interno un diritto d'azione. Analizziamo di seguito ciascuno di questi elementi.

2. I tre requisiti di applicabilità della norma internazionale convenzionale

2.1 Il valido recepimento del trattato nell'ordinamento interno

È noto che, una volta introdotte nell'ordinamento interno, le norme internazionali vigenti sono fonti di diritti e obblighi per gli organi statali e per i soggetti pubblici e privati, non diversamente da una qualsivoglia norma interna⁹. Ai fini della presente indagine, sarà pertanto essenziale verificare, in via preliminare, se la fonte pattizia in questione sia entrata a far parte dell'ordinamento secondo le procedure di adattamento previste. Per quanto riguarda i trattati internazionali recepiti con procedimento ordinario, ossia attraverso norme «che formalmente in nulla si distinguono dalle norme sta-

9 B. CONFORTI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova 1974; G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *DP*, vol. XII, 1997, 391; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli 2010, 308 ss.; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova 2016, 245 ss.

tali se non per il motivo (*occasio legis*) per cui vengono emanate»¹⁰, appare evidente che essi possano costituire fonte di obblighi e diritti nell'ordinamento interno; tanto che la norma internazionale 'scompare' nella norma nazionale. Diversamente, svariati problemi sono stati sollevati in dottrina e in giurisprudenza rispetto ai trattati recepiti con procedimento speciale. In relazione a quest'ultimi, si pone il problema se si tratti di norme '*self-executing*' o '*non self-executing*', ossia se le norme pattizie a cui si deve dare attuazione siano complete (*self-exectuing*) e dunque suscettibili di immediata applicazione nell'ordinamento interno. Secondo Treves, una norma internazionale può essere definita *self-executing*

quando contiene in sé tutti gli elementi idonei a consentire, a chi deve applicare le norme interne di adattamento, di ricavare, dal contenuto della norma internazionale, il contenuto delle norme interne che servono a dare esecuzione alla norma internazionale¹¹.

I trattati contenenti norme complete, o *self-executing*, sono suscettibili di attuazione nell'ordinamento attraverso il procedimento di rinvio, diversamente dalle norme pattizie non *self-executing*, alla cui attuazione si deve provvedere attraverso il procedimento ordinario, attribuendo un ruolo primario nell'interpretazione della norma al legislatore¹².

Al fine di non lasciare spazio a vuoti normativi, giustificati da mera opportunità politica o da distorsioni interpretative, è necessario leggere con estremo rigore la nozione di norma '*non self-executing*'. A tale scopo, si intende qui fare riferimento all'interpretazione proposta da Conforti, secondo la quale vi sono solo tre casi in cui una norma pattizia debba definirsi non *self-executing*. Si tratta dell'ipotesi in cui la regola in questione attribuisca mere facoltà agli Stati, o del caso in cui manchino un organo o una procedura interni indispensabili all'applicazione della norma o infine della situazione in cui siano richiesti particolari adempimenti di carattere costituzionale per procedere all'adattamento¹³.

Per ragioni di completezza, si deve rilevare che parte della dottrina e della giurisprudenza, in particolare statunitense, operano una sovrapposizione – a parere di chi scrive, impropria – tra la natura della norma internazionale pattizia e la possibilità per i singoli di richiedere al giudice interno l'applicazione di detta norma. In altre parole, dalla qualificazione di norma non

10 B. CONFORTI, *Diritto Internazionale cit.*, 308.

11 T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano 2005, 698.

12 A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale cit.*, 254-255.

13 B. CONFORTI, *Diritto Internazionale cit.*, 312.

self-executing discenderebbe la conseguenza giuridica della ‘non-invocabilità diretta’ in giudizio della norma internazionale¹⁴. Come si dirà, alla luce di tale interpretazione è stato negato ai ricorrenti di invocare la violazione da parte delle Nazioni Unite dell’obbligo di istituire meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie tra Organizzazione e parti terze¹⁵.

A tale proposito, va ricordato che la natura *self-executing* di una norma pattizia non attiene alla sua invocabilità, cioè al diritto d’azione ad essa connesso, ma alle modalità di recepimento nel diritto interno e quindi, al più, alla sua esistenza nel sistema nazionale delle fonti. Ciò non ha a che fare però con la sua invocabilità, nel senso che non si dà una norma interna fonte di diritti e obblighi che non sia invocabile, come si dirà più diffusamente oltre. Dunque, una norma non *self-executing* ‘mal recepita’ si dovrà ritenere come non apposta.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si deve concludere che le fonti pattizie prese in esame nel presente studio siano tutte *self-executing* poiché rispetto alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e relativi Protocolli Aggiuntivi del 1977, alla Convenzione sul Genocidio del 1948 e al SOFA Haiti-ONU non sussiste alcuna delle tre condizioni enunciate da Conforti, di cui si è detto poc’anzi. Pertanto, esse sono state tutte validamente recepite negli ordinamenti interni. Dunque le norme in esse contenute esistono negli ordinamenti interni, e sono fonti di obblighi e diritti per gli Stati contraenti. Come si vedrà, diversa è invece la questione del diritto di azione connesso alla norma *self-executing* recepita nell’ordinamento nazionale.

2.2. L’esistenza di una posizione giuridica soggettiva protetta che trova origine nella norma internazionale pattizia

Passiamo ora ad analizzare il secondo requisito, ossia l’esistenza di una situazione giuridica soggettiva protetta, che trova origine nella norma internazionale. Per situazione giuridica soggettiva protetta si intende tipicamente

14 La questione è descritta con precisione da R. PAVONI, *Norme non self-executing in materia di diritti umani e diritto umanitario e violazione del diritto di accesso alla giustizia nella recente prassi statunitense*, in *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione Europea* (a cura di F. Fancioni, M. Gestri, T. Scovazzi, N. Ronzitti), Milano 2008, 305. Si vedano inoltre S.M. SCHNEEBaum, *International Law as a Guarantor of Judicially-Enforceable Rights: A Reply to Professor Oliver*, in *HJIL*, 1980, 65; C.M. VAZQUEZ, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, in *AJIL*, 1995, 695; D. SLOSS, *Self-executing Treaties and Domestic Judicial Remedies*, in *ASIL Proceedings*, n. 98, 2004, 346; ID., *The Death of Treaty Supremacy: An Invisible Constitutional Change*, New York 2016.

15 Vedi *infra* par. 2.2.2.

il diritto soggettivo nonché, nel nostro ordinamento, l'interesse legittimo¹⁶. Si dovrà quindi verificare se la norma internazionale che si intende far valere conferisca agli individui dei diritti soggettivi ed imponga rispettivi obblighi agli Stati.

È importante premettere che il determinare se un trattato crei o meno diritti soggettivi attiene all'ambito del diritto internazionale, e non del diritto interno; se così non fosse, si sarebbe di fronte ad una situazione in cui una medesima convenzione internazionale validamente recepita da una pluralità di Stati, conferisca diritti individuali solo in alcuni di questi Stati, e non in altri, in ragione dei differenti processi interpretativi di diritto interno che ciascuno dei contraenti intenda adottare¹⁷.

Si può affermare che un trattato crei dei diritti soggettivi ogniqualvolta preveda un rapporto verticale tra Stato ed individui, in base al quale il primo sia titolare di specifici obblighi nei confronti dei secondi. Diverso è il caso in cui il trattato preveda esclusivamente una relazione 'orizzontale' tra Stati, in forza della quale questi ultimi saranno gli unici destinatari di diritti e obblighi¹⁸. Ci si domanda tuttavia quali siano gli 'indici di verticalità' da ricercare nell'interpretare una norma pattizia. Di particolare rilievo a tal fine risulta la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (CIG), in merito all'applicazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1961 nei casi *LaGrand* e *Avena*.

Nella causa *LaGrand*, infatti, la Corte è stata chiamata a verificare se l'art. 36, par. 1 (b) della Convenzione citata istituisse un vero e proprio diritto in capo ai cittadini stranieri detenuti all'estero¹⁹. Nello specifico, si discuteva dei diritti del detenuto di richiedere che fossero informate le autorità nazionali competenti, nonché ad essere informato dei propri diritti previsti da quella sezione della Convenzione. La Corte ha ritenuto che l'articolo in questione preveda una serie di obblighi che lo Stato ospite è tenuto a rispettare sia nei confronti della persona arrestata sia nei riguardi dello Stato di nazionalità di quest'ultima. In particolare, i giudici hanno sottolineato che

16 «Il diritto soggettivo è tradizionalmente definito come un interesse protetto dal diritto oggettivo. Lo si può [...] descrivere come la pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che una norma impone al secondo nell'interesse del primo». La differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo va individuata nel «diverso grado di protezione che la legge può riconoscere agli interessi umani». In particolare, la legge riconosce e protegge direttamente i diritti soggettivi, in quanto interessi di per sé meritevoli di tutela, mentre gli interessi legittimi sono protetti solo in quanto essi coincidano con l'interesse pubblico, F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova 2004, 20 e 71.

17 D. SLOSS, *Self-excuting Treaties and Domestic Judicial Remedies cit.*

18 *Ibidem*.

19 CIG, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 2001.

la formulazione del paragrafo denota chiaramente l'obbligo dello Stato di informare il detenuto straniero dei propri diritti («*his rights*») previsti da quella sezione del Trattato. La chiarezza di tali disposizioni, viste nel loro contesto, non lascia spazio al dubbio, prosegue la Corte²⁰. Pertanto, sulla base di un'interpretazione testuale della norma in oggetto, i giudici hanno concluso che l'art. 36, par. 1 (b) della Convenzione sulle relazioni consolari crea effettivamente dei diritti soggettivi²¹. Tale interpretazione ha trovato poi ulteriore conferma nella giurisprudenza della CIG nel caso *Avena*, in cui la Corte parla espressamente di diritti individuali dei cittadini – messicani nel caso di specie – previsti dall'art. 36 par. 1 (b) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e cita il passaggio analizzato poco sopra del precedente *LaGrand*²².

Sulla scorta dell'accurato ragionamento svolto dalla CIG, si può dunque concludere che l'interpretazione testuale e contestuale della norma internazionale sia essenziale per verificare se le disposizioni di un trattato creino in effetti dei diritti soggettivi. In particolare, si dovrà ritenere avverata tale condizione allorquando la formulazione della norma stessa usi il termine 'diritti', quando la norma preveda un obbligo in capo agli Stati contraenti – generalmente espresso dal verbo 'dovere' («*shall*») – e tale obbligo sia diretto a proteggere un soggetto o una categoria di soggetti identificati. Nel caso della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari l'art. 36, par. 1 (b) parla, infatti, di «*national of [the sending] State [...] arrested or committed to prison or to custody pending trial or [...] detained in any other manner*».

2.2.1. Le norme convenzionali di diritto internazionale umanitario

È dunque necessario, a questo punto, verificare se le norme internazionali oggetto del presente studio siano fonte di diritti soggettivi, alla luce delle argomentazioni sin qui svolte.

Le fonti pattizie del diritto internazionale umanitario, in particolare le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli Addizionali del 1977, sono state, sotto questo profilo, oggetto di vasta indagine da parte della dottrina, con particolare riferimento all'esistenza di un autonomo diritto delle vittime ad ottenere il risarcimento del danno subito in seguito ad azioni belliche. Gran parte dell'attenzione dei commentatori si è concentrata negli anni sull'interpretazione dell'art. 3 delle Convenzioni dell'Aia del 1907 e

20 CIG, *LaGrand* cit.

21 *Ibidem*.

22 CIG, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 marzo 2004, par. 40. M. SOSSAI, *L'esecuzione della sentenza Avena negli Stati Uniti*, in *RDI*, 2006, 423; A. ORAKHELASHVILI, *Judicial Competence and Judicial Remedies in the Avena Case*, in *LJIL*, 2005, 31.

dell'art. 91 del Primo Protocollo Addizionale del 1977 delle Convenzioni di Ginevra (I PA)²³. Come si evidenzierà nel prosieguo dell'analisi, la questione cruciale – secondo chi scrive – non attiene tanto all'esistenza di un autonomo diritto al risarcimento del danno nella norma internazionale, ma piuttosto all'esistenza di un diritto individuale che può avere una pluralità di contenuti e non essere limitato al diritto al risarcimento del danno.

È d'obbligo premettere che la dottrina maggioritaria non accoglie la possibilità che le norme pattizie di diritto internazionale umanitario creino dei diritti soggettivi, in generale, né un diritto al risarcimento del danno, in particolare²⁴. Similmente, gran parte della giurisprudenza nazionale continua ad affermare che il diritto internazionale umanitario regoli solo i rapporti tra Stati²⁵.

A parere di chi scrive, non si può invece escludere, se non sulla base di un'accurata interpretazione testuale, che tutte le norme delle citate Convenzioni diano origine a posizioni soggettive giuridiche protette²⁶. Si pensi, ad esempio, agli articoli comuni 6 e 7 delle Convenzioni di Ginevra del 1949, nei quali si parla testualmente di diritti conferiti dalle Convenzioni a una serie di soggetti ben definiti: i feriti, i malati, il personale medico e

23 A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova 2003; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino 2011, in particolare 237 ss.; ID., *Azioni belliche e risarcimento del danno cit.*; ID., *Reparation for Damage Suffered as a Consequence of Breaches of the Law of War*, in *International Law for Common Goods* (a cura di F. Lenzerini, A.F. Vrdoljak), Oxford/Portland 2014, 103; ID., *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*, in *Access to Justice as a Human Right* (a cura di F. Francioni), Oxford 2007, 95; G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli 2009; M. FRULLI, *When Are States Liable towards individual cit.*; C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Individual Right to Compensation before National Courts*, in *The Oxford Handbook of International Law of Armed Conflict* (a cura di A. Clapham, P. Gaeta), Oxford 2014, 811; R. HOFMANN, *Victims of Violations of International Humanitarian Law. Do They Have an Individual Right to Reparation against States under International Law*, in *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat* (a cura di P.M. Dupuy, B. Fassbender, M.N. Shaw, K.-P. Sommermann), Khel 2006, 341.

24 *Ibidem*.

25 *Supra* note 2 e 3.

26 Si veda in questo senso quella parte della dottrina, più inclini a prendere atto del fenomeno della cd. 'umanizzazione del diritto internazionale', T. MERON, *The Humanisation cit.*; F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond*, in *ICLQ*, 1991, 827; per una posizione intermedia si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *International Obligations to Provide for Reparation Claims*, in *State Responsibility and the Individual cit.*, 149.

religioso. Secondo tali disposizioni, gli accordi speciali tra gli Stati belligeranti non devono limitare i diritti spettanti ai soggetti in questione («*the rights which [the Convention] confers upon them*» o ancora «*the rights secured to them*»), né questi ultimi possono in nessun caso rinunciarvi. Anche secondo il Commentario della Comitato Internazionale della Croce Rossa, le Convenzioni di Ginevra del 1949 hanno affermato l'esistenza di diritti riconosciuti in capo alle persone protette²⁷. Si pensi poi al testo dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni, il quale prevede che

[p]ersons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed 'hors de combat' by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria²⁸.

Un'interpretazione testuale della norma evidenzia la chiara individuazione della categoria protetta. Sebbene ampiamente inclusiva, essa è nondimeno identificata con grande dovizia di particolari in coloro che non stanno prendendo parte attiva alle ostilità. Quanto agli obblighi previsti dal medesimo articolo, da un lato essi sono informati al generale principio di umanità, dall'altro sono specificati in maniera dettagliata relativamente ad una pluralità di condotte vietate.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples²⁹.

Appare dunque corretto sostenere che tale previsione normativa dia origine ad una pluralità di situazioni soggettive protette, aventi ad oggetto il diritto a non venir sottoposti ad alcuna di queste condotte illecite.

²⁷ Si veda il commento all'art. 8 Comune alle Convenzioni di Ginevra, Commentario alla IV Convenzione di Ginevra del 1949 (a cura di J.S. Pictet), Ginevra 1958, 71 ss., in particolare 76-78.

²⁸ Art. 3, par. 1, comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

²⁹ *Ibidem*.

Più controversa risulta invece la natura di due previsioni del *corpus iuris* di Ginevra, che pure sono state invocate dinanzi ai giudici nazionali. Si tratta dell'obbligo dei comandanti di riportare i crimini di guerra previsto dall'art. 87 del I PA e dell'obbligo di dare un *effective early warning* nell'attaccare un obiettivo militare, quando ci sia il rischio evidente che dei civili rimangano colpiti, stabilito dall'art. 57 par. 2 (c) del I PA³⁰.

L'art. 87 I PA prevede che gli Stati contraenti debbano richiedere ai propri comandanti una serie di adempimenti nei confronti dei membri delle forze militari sotto il loro comando. Gli obblighi previsti includono il dovere di prevenire, di punire, nonché di riferire alle autorità competenti le violazioni delle disposizioni delle Convenzioni e dei Protocolli delle quali siano venuti a conoscenza³¹. La violazione dell'obbligo di riferire i crimini di guerra è stata recentemente invocata dai ricorrenti davanti ai giudici olandesi nel caso *Mothers of Srebrenica*, deciso dalla Corte distrettuale dell'Aia nel 2014, con riferimento al contingente olandese nella missione UNPROFOR. I ricorrenti hanno, cioè, sostenuto che l'omissione dei comandanti olandesi di riferire ai superiori, secondo la catena di comando ONU, i crimini di guerra perpetrati dalle truppe del generale Mladic sia stata una concausa del successivo verificarsi del genocidio di Srebrenica³². La Corte olandese, diversamente da altre corti nazionali, ha ritenuto invocabile l'obbligo in oggetto – sebbene l'abbia ricondotto alla norma consuetudinaria e non pattizia – e ha altresì accertato la violazione denunciata³³. Tuttavia, all'esito dell'analisi condotta, i giudici non hanno ritenuto sussistesse il nesso causale tra la violazione dell'obbligo di riferire i crimini di guerra ed il danno patito dai ricorrenti³⁴.

Alla luce dell'argomentazione sin qui svolta, appare incerta l'invocabilità dell'art. 87 I PA, poiché la norma, pur istituendo un obbligo, lo rivolge agli

30 Tali disposizioni sono state invocate, rispettivamente, nella causa dinanzi alla Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi e Nazioni Unite cit.* e nel contenzioso deciso dalla Corte distrettuale di Bonn, *Kunduz case cit.*

31 Art. 87, para. 1, I PA: «*The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed forces under their command and other persons under their control, to prevent and, where necessary, to suppress and to report to competent authorities breaches of the Conventions and of this Protocol*».

32 Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi e Nazioni Unite cit.* par. 4.147. «*Claimants adopt the position that the State has violated international law in the following ways: [...] [v]iolating international humanitarian law (the Geneva Conventions, Article 87 of the First Supplementary Protocol to these Conventions and the SOP) by not reporting war crimes Dutchbat had observed whereby Claimants also appeal to Article 1 paragraph 3 of the UN Charter*».

33 *Ibidem*, par. 4.235.

34 *Ibidem*, par. 4.278.

Stati che devono assicurare che i loro comandanti rispettino gli adempimenti di prevenzione, repressione e vigilanza nei confronti dei sottoposti. Inoltre, manca qualunque individuazione di una categoria protetta dalla norma. Né il testo suggerisce che a tale obbligo corrisponda un diritto individuale. Risulta pertanto dubbio, a parere di chi scrive, che la disposizione in esame dia origine a posizioni soggettive protette.

Come si è detto, l'obbligo di fornire un *effective advance warning* è previsto dall'art. 51 par. 1 (c) del I PA, insieme ad una serie di altri adempimenti precauzionali che uno Stato è tenuto a rispettare al momento dell'attacco al fine di prevenire o minimizzare il rischio di danni collaterali. L'articolo dispone che «*constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects*»³⁵. Nello specifico, è previsto che «*effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit*»³⁶. La *ratio* della norma complessivamente considerata è certamente quella di proteggere la popolazione civile, i civili e gli oggetti civili dagli attacchi. Inoltre, l'obbligo di fornire un *warning* effettivo è circostanziato agli attacchi che possono colpire i civili. L'interpretazione letterale suggerisce dunque che la norma preveda degli obblighi precisi in capo agli Stati e allo stesso tempo identifichi la categoria protetta in funzione della quale tali obblighi sono stati istituiti. Tuttavia, non è trascurabile che la disposizione in questione includa una clausola di salvaguardia: «*unless circumstances do not permit*»³⁷. Si potrebbe ritenere che tale eccezione incida negativamente sull'assolutezza della posizione giuridica individuale protetta e che pertanto non vi sia un vero e proprio diritto dei civili a ricevere tale avviso. Diversamente, si potrebbe sostenere che la clausola di salvaguardia preveda una sorta di scriminante legale al verificarsi della quale la violazione del diritto dell'individuo non costituisce un illecito.

Della questione è stata genericamente investita la Corte Amministrativa tedesca nel caso riguardante l'incidente di Kunduz del 2009 in cui il colonnello tedesco allora al comando dell'operazione, nel contesto della missione ISAF, ha ordinato di colpire due camion che trasportavano benzina nei pressi della città di Kunduz³⁸. Secondo le stime, l'attacco ha causato la morte di circa 90 civili che si trovavano nelle vicinanze dei camion, fermi nel greto di un fiume. Alcuni sopravvissuti all'incidente hanno fatto causa allo Stato tedesco, lamentando la violazione di svariate norme di diritto internazionale umanitario, tra cui l'obbligo di fornire un *effective advance warning* e chiedendo

35 Art. 51 par. 1, I PA.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 Corte distrettuale di Bonn, *Kunduz case cit.*

la riparazione del danno subito. Le corti tedesche (Corte Amministrativa di Bonn e Colonia), nel rigettare l'istanza per mancanza di legittimazione ad agire del ricorrente, non hanno affrontato la questione dell'applicabilità diretta della norma internazionale prevista dal I PA. I giudici tedeschi si sono, invece, limitati a ribadire l'orientamento consolidato, secondo cui il diritto internazionale umanitario non attribuisce ai singoli un diritto ad ottenere un risarcimento del danno per violazioni di diritto bellico³⁹.

2.2.2. *Status of Force Agreements nelle missioni di pace ONU*

Un'altra disposizione assai controversa, rilevante in particolare nel quadro giuridico delle operazioni di pace, si rinviene nei SOFAs che l'ONU sigla con gli Stati ospite delle varie missioni⁴⁰. Tali trattati bilaterali prevedono espressamente un obbligo delle Nazioni Unite di istituire delle *standing claims commissions* per definire tutte quelle controversie di carattere privatistico («*of a private law character*») tra i membri della missione ONU e i terzi (cd. «*third party claims*») che non potrebbero essere decise da alcuna corte in ragione dell'immunità dell'Organizzazione e dei suoi organi sussidiari⁴¹.

Nel recente caso dell'epidemia di colera scoppiata ad Haiti nel 2011, è stata invocata a gran voce la responsabilità della missione ONU per il diffondersi dell'epidemia. Secondo alcune indagini condotte da gruppi di esperti indipendenti, la causa scatenante del contagio sarebbe stata la negligenza del contingente nepalese della missione MINUSTAH a determinare. Tali truppe avrebbero infatti costruito erroneamente la linea fognaria del proprio campo, finendo per causare una contaminazione delle acque bianche con le acque nere. E se ciò non fosse bastato, alcuni elementi del contingente non erano stati sottoposti ad uno screening sanitario adeguato ed erano poi risultati portatori del virus del colera⁴².

Molti familiari delle vittime hanno chiesto insistentemente l'istituzione

39 Corte distrettuale di Bonn, *Kunduz case cit.*; Corte distrettuale di Bonn, *Varvarin bridge case, cit.*, e Corte regionale di Colonia, *cit.* Per le numerose analisi della giurisprudenza in commento, si richiama la dottrina citata *supra*, note 2 e 3.

40 *Supra*, nota 1.

41 UN Doc. A/45/59, art. 51.

42 *Global Health Justice Partnership della Yale Law School e della Yale School of Public Health e Association Haitienne de Droit de L'Environnement*, Rapporto del 2013: *Peacekeeping without Accountability. The United Nations' Responsibility for the Haitian Cholera Epidemic*. Si veda anche il rapporto degli esperti indipendenti svolto su mandato del Segretario Generale ONU, *Final Report of the Independent Panel of Experts on the Cholera Outbreak in Haiti*, disponibile su <http://www.un.org/News/dh/infocus/haiti/UN-cholera-report-final.pdf>.

della *claims commission* come prevista nel SOFA, al fine di presentare le loro domande di risarcimento del danno nei confronti dell'Organizzazione. Le Nazioni Unite hanno affermato che le istanze risarcitorie delle quali si chiedeva la trattazione presupponevano un'indagine su «*political and policy matters*» e sarebbero pertanto state irricevibili ex sezione 29 della Convenzione generale sull'immunità e i privilegi delle Nazioni Unite del 1946⁴³. A fronte di tale rifiuto, molti familiari delle vittime hanno proposto una *class action* contro le Nazioni Unite dinanzi alle Corti distrettuali di New York, sostenendo che l'Organizzazione avesse violato i propri obblighi pattizi di fornire alle vittime accesso al rimedio previsto del SOFA e che pertanto non avesse diritto di invocare l'immunità dalla giurisdizione statunitense e, per l'effetto, dovesse essere condannata al risarcimento dei danni causati alle vittime del colera ad Haiti⁴⁴. Il giudice di prima istanza non ha fornito un grande contributo al dibattito oggetto del presente studio, rigettando frettolosamente l'istanza sulla base dell'assolutezza dell'immunità, come prevista dalla Convenzione del 1946. Diversamente, l'opinione espressa dall'Avvocatura generale degli Stati Uniti ha offerto alcuni elementi di riflessione, affermando la non applicabilità delle norme del SOFA nei rapporti tra Organizzazione e ricorrenti, in quanto il trattato regolerebbe solo le relazioni tra il governo haitiano e le Nazioni Unite⁴⁵.

L'argomento è stato poi compiutamente analizzato dalla Corte d'Appello statunitense del secondo circuito, che ha offerto un'analisi dettagliata dello stato dell'arte della dottrina americana sulla possibilità di invocare una norma internazionale da parte dei singoli. Secondo la Corte, la regola generale prevede che, in assenza della protesta od obiezione da parte dello Stato leso, l'individuo non abbia un autonomo diritto di azione che gli consenta di invocare la violazione di una norma di diritto internazionale⁴⁶. Questa regola prevede due eccezioni, in primo luogo, i singoli potranno invocare una norma internazionale convenzionale qualora dal testo del trattato sia possibile desumere che la convenzione in questione conferisca espressamente dei diritti individuali.⁴⁷ In secondo luo-

43 Lettera del 21 febbraio 2013 del Sottosegretario generale agli affari legali delle Nazioni Unite indirizzata al Direttore dell'*Institute for Justice and Democracy in Haiti*, disponibile su <http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2011/11/UN-Dismissal-2013-02-21.pdf> (visita-to il 7 marzo 2017).

44 Southern District Court di New York, *Georges et al. v. United Nations cit.*

45 Lettera dell'Avvocato generale del Southern District di New York indirizzata al Giudice Oetken *cit.*, parte B, 11-12.

46 Corte d'Appello del secondo circuito, *Georges et al. v. United Nations et al., cit.*, p. 19: «*absent protest or objection by the offended sovereign, [an individual] has no standing to raise the violation of international law as an issue*».

47 «*It is true that there is an exception to this rule where a treaty contains 'express language*

go, i singoli potranno pretendere l'applicazione di una norma convenzionale *'in a responsive posture'*⁴⁸. Quest'ultima circostanza può sussistere in due diverse ipotesi: a) nel caso in cui un individuo si difenda in un contenzioso instaurato nei suoi confronti dal governo degli Stati Uniti⁴⁹; b) nel caso in cui il soggetto resistente invochi una norma internazionale in risposta ad una domanda di un altro soggetto privato, presentata in applicazione della legge statale o federale degli Stati Uniti⁵⁰. La Corte d'Appello ha concluso sul punto ritenendo che non fosse possibile interpretare il testo della Convenzione del 1946 nel senso che questa attribuisca ai singoli diritti soggettivi azionabili in giudizio⁵¹.

È interessante notare che Corte europea dei diritti dell'uomo si era pronunciata in maniera assai difforme dalla visione espressa dall'Avvocato generale statunitense e dalla Corte d'Appello circa l'ambito di applicabilità della norma dei SOFA che dispone l'istituzione delle *claims commissions*. Più precisamente, in un brevissimo passaggio della sentenza *Mothers of Srebrenica* del 2011, la Corte di Strasburgo ha affermato che

[t]he only international instrument on which individuals could base a right to a remedy against the United Nations in relation to the acts and omissions of UNPROFOR is the Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina [...], which in its Article 48 requires that a claims commission be set up for that purpose⁵².

Anche a parere di chi scrive, la norma del SOFA che impone alle Nazioni Unite un obbligo di istituire una *claims commission* per giudicare le istanze di parti terze di natura privatistica va interpretata nel senso di istituire un diritto individuale in capo a tutti i soggetti, estranei alla stipulazione del trattato, che lamentino una violazione di un diritto da parte della missione ONU. La norma prevede infatti un obbligo («shall») dovuto dalle Nazioni Unite consistente nel dovere di istituire tali meccanismi e pertanto, alla luce dell'argomentazione che qui si vuol sostenere, crea una situazione giuridica

ge' "creat[ing] privately enforceable rights or some other indication that the intent of the treaty drafters was to confer rights that could be vindicated in the manner sought by ... affected individuals," such as plaintiffs in this case», *ibidem*, p. 20, note a piè pagina omesse.

48 *Idem*.

49 *Ibidem*, p. 21: «to defend against a claim by the United States government».

50 *Ibidem*, p. 21: «to defend against a claim by another private party under state or federal law».

51 *Ibidem*, p. 20.

52 Corte europea dei diritti umani, *Stiching Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 65542/12, sentenza del 11 giugno 2013, par. 162.

protetta ossia un diritto individuale.

2.2.3. Il caso della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di Genocidio del 1948

Da ultimo, ci si deve domandare se la Convenzione sul Genocidio del 1948 possa essere interpretata nel senso di istituire diritti individuali, invocabili dai singoli dinnanzi ai giudici nazionali contro lo Stato del foro. Come si è accennato poc'anzi, tale argomentazione è stata avanzata nel noto caso delle *Madri di Srebrenica* dinnanzi alla Corte distrettuale dell'Aia del 2014, contro il governo olandese. Infatti, oltre ad aver denunciato la violazione dell'obbligo di riferire i crimini di guerra, di cui si è detto, i ricorrenti hanno altresì lamentato la violazione dell'art. I della Convenzione sul Genocidio, ovvero la mancata prevenzione da parte dello Stato resistente del genocidio avvenuto a Srebrenica per mano delle truppe di Mladic. La Corte olandese, dopo aver letto le disposizioni della Convenzione anche alla luce dei *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation* delle Nazioni Unite⁵³, ha concluso che la norma invocata è da ritenersi «*not as yet 'enforcable'*»⁵⁴. I giudici hanno ritenuto che dal testo, e dalla storia, della Convenzione debba ritenersi che il Trattato regoli solo i rapporti tra Stati e, sebbene esso contenga senza dubbio disposizioni di carattere cogente, ciò non basti a far concludere che la Convenzione crei dei diritti soggettivi, azionabili dai ricorrenti⁵⁵.

La conclusione della Corte distrettuale olandese appare condivisibile ed in linea con la costruzione teorica sin qui esposta, in quanto dalla lettera della Convenzione sul Genocidio non si può dedurre l'esistenza di diritti individuali. Infatti, il Trattato impone specifici obblighi agli Stati e codifica il crimine di genocidio, ma non prevede alcuna categoria protetta destinataria degli obblighi, né il lessico usato fa riferimento a posizioni individuali quali diritti soggettivi o interessi legittimi.

2.3. L'esistenza di un diritto di azione corrispondente alla situazione soggettiva protetta creata dalla norma internazionale

Si passerà ora ad analizzare l'ultimo dei tre requisiti indispensabili per determinare quando una norma internazionale pattizia sia direttamente invo-

⁵³ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Assemblea generale, risoluzione n. 60/147 del 21 marzo 2006.

⁵⁴ Corte distrettuale dell'Aia, *Mothers of Srebrenica et al. c. Paesi Bassi e Nazioni Unite cit.*, par. 4.163.

⁵⁵ *Ibidem*, par. 4.164.

cabile dai singoli dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato del foro. Oltre al corretto recepimento della norma internazionale nel sistema nazionale e al venire in essere di una posizione giuridica soggettiva protetta (tipicamente un diritto soggettivo), si dovrà pure verificare che al diritto soggettivo introdotto dalla norma internazionale convenzionale corrisponda un diritto di azione nell'ordinamento interno.

Spesso, la chiave interpretativa scelta da dottrina e giurisprudenza è stata quella di ricercare nella norma internazionale il fondamento di tale diritto d'azione. Sulla scorta di tale ragionamento è stato quindi negato, come si accennava precedentemente, l'esistenza di un diritto individuale al risarcimento del danno a seguito di azioni belliche *ex art. 3 Convenzione dell'Aia* e *art. 91 I PA*. In tal senso si è espressa, come si diceva, la giurisprudenza tedesca, nei casi *Varvarin* e *Kunduz*. Altra parte della giurisprudenza, ad esempio la corte di Cassazione italiana, nel caso *Markovic*, ha stabilito che tale diritto non fosse rinvenibile, non tanto nella norma internazionale ma piuttosto nell'ordinamento interno. Secondo la Cassazione, cioè, le leggi che hanno dato applicazione alle Convenzioni di Ginevra «non contengono [...] norme espresse che consentano alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali»⁵⁶. L'erroneità di tale ragionamento appare lampante se si ricorda che tale argomentazione è stata svolta non solo in relazione alle Convenzioni di Ginevra, ma anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la cui applicabilità diretta dinnanzi al giudice italiano è ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁵⁷.

La ricerca nella norma internazionale, o nelle sue leggi di recepimento, di una disposizione che preveda espressamente un diritto di azione individuale o un diritto al risarcimento del danno evidenzia quanto la questione sia del tutto mal posta. La previsione di uno specifico diritto di azione contenuto

56 Suprema Corte di Cassazione, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Markovic et al.*, ordinanza n. 8157 dell'8 febbraio 2002, par. 3.

57 Secondo la Corte «[I]e norme del Protocollo di Ginevra del 1977 [...] e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [...] che disciplinano la condotta delle ostilità, hanno bensì come oggetto la protezione dei civili in caso di attacchi, ma in quanto norme di diritto internazionale regolano rapporti tra Stati», *idem*. Tale affermazione contrasta tuttavia con precedente giurisprudenza della stessa Cassazione laddove si affermava che le norme della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo «impongono agli Stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'ordinamento statale interno, sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti», Suprema Corte di Cassazione, *Galeotti Ottieri Della Ciaja et al. c. Ministero delle Finanze*, sentenza n. 6672 dell'8 luglio 1998. Per l'orientamento maggioritario della dottrina, si veda per tutti F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano 2000.

nello stesso trattato internazionale che crei dei diritti soggettivi è ininfluente nel momento in cui esista nell'ordinamento interno un autonomo diritto di azione⁵⁸. Ed infatti non si dà nell'ordinamento interno un diritto soggettivo a cui non corrisponda un diritto di azione⁵⁹. In altre parole, se la norma internazionale dà origine ad un diritto soggettivo, esso sarà certamente azionabile in giudizio e la sua violazione invocabile dinanzi a un giudice.

Potrà certo verificarsi l'ipotesi in cui un individuo non abbia diritto di azione contro lo Stato, ma ciò si dovrà al fatto che la violazione invocata non attiene ad un diritto soggettivo e pertanto la sua lesione non dà origine ad una pretesa legittima protetta dall'ordinamento. Secondo quanto fin qui esposto, pertanto, non sarà necessario indagare se le norme internazionali, come ad esempio le Convenzioni di Ginevra e relativi Protocolli, attribuiscono ai singoli un autonomo diritto al risarcimento del danno. Il diritto d'azione risiede nell'ordinamento nazionale e sarà sempre corrispondente al diritto soggettivo la cui violazione viene invocata in giudizio.

Di conseguenza, appare riduttivo lo sforzo interpretativo che attiene alla mera questione del risarcimento del danno per azioni belliche, ciò tanto più in quanto la violazione di un diritto può essere denunciata non solo per chiedere il risarcimento del danno patito, ma anche per pretendere il rispetto da parte dello Stato del diritto invocato. Tipici esempi sono i diritti previsti dall'art. 36 par. 1 (b) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, di cui si ebbe a dire. Similmente, le garanzie basilari previste dall'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra possono essere invocate dai detenuti nel caso di conflitti di carattere non-internazionale, domandandone il rispetto nel corso della detenzione o del procedimento a cui sono sottoposti. Ciò è ben esemplificato dalla giurisprudenza statunitense in tema di trattamento dei detenuti di *Guantanamo*, sviluppatasi poi in relazione/reazione al noto *Military Commissions Act* del 2006, emendato nel 2009⁶⁰. In molti casi i detenuti hanno invocato la citata disposizione delle CG non tanto per domandare un risarcimento del danno, ma per vedersi garantiti diritti inerenti il processo, quali l'essere portati a conoscenza delle accuse a proprio carico, l'aver accesso alle prove; nonché al fine di contestare la legittimità stessa delle commissioni militari dalle quali venivano giudicati. Certo, la giurisprudenza statunitense, inclusa la Corte Suprema nel suo silenzio, non si è

58 D. SLOSS, *Self-Executing Treaties and Domestic Judicial Remedies cit.*, 348.

59 S. SATTA, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1973, 104 ss.

60 D. SLOSS, *When Do Treaties Create Individually Enforceable Rights? The Supreme Court Ducks the Issue in Hamdan and Sanchez-Llamas*, in *CJTL*, 2006, 20; R. PAVONI, *Norme non self-executing in materia di diritti umani cit.* Si veda, *inter alia*, la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Hamdan v. Rumsfeld*, ricorso n. 126 S. Ct. 2749, sentenza del 29 giugno 2006.

dimostrata incline ad accogliere la tesi dell'invocabilità diretta dell'articolo 3 delle Convenzioni di Ginevra. Tuttavia, questa copiosa casistica dimostra che la questione dell'applicabilità diretta della norma internazionale dinnanzi al giudice interno non può essere limitata al problema dell'esistenza di un diritto al risarcimento del danno.

Secondo quanto sin qui prospettato, infatti, se vi è stata violazione da parte dello Stato di un diritto soggettivo previsto da una norma internazionale validamente introdotta nell'ordinamento interno, il soggetto leso sarà titolare di un diritto di azione a tutela di tale diritto dinnanzi ai giudici del foro.

Mette conto di precisare che la ricostruzione qui proposta non suggerisce alcun automatismo e perciò non esenta il ricorrente dal fornire prova del danno, né del nesso causale, come non impedisce allo Stato di dimostrare che esistono cause di esclusione dell'illiceità rispetto alla violazione del diritto o che la condotta non sia ad esso attribuibile. Tutto questo però non attiene all'invocabilità del diritto dinnanzi a un giudice interno, ma al merito del giudizio.

3. Alcune considerazioni *de iure condendo*

La ricerca sin qui condotta mirava a comprendere quali condizioni determinino l'applicabilità diretta di una norma internazionale pattizia nei rapporti tra singoli e Stato da parte del giudice nazionale. Tale questione trova origine nelle crescenti istanze risarcitorie delle vittime di gravi violazioni del diritto internazionale proposte, nei confronti delle Nazioni Unite e degli Stati partecipanti a missioni militari multinazionali, dinnanzi ai giudici interni. Negli ultimi vent'anni si è infatti assistito ad un significativo incremento di tali contenziosi, in cui singoli o gruppi di singoli hanno invocato la responsabilità internazionale dello Stato (e delle Nazioni Unite) davanti alle corti nazionali degli Stati in questione. Si pensi, ad esempio, al noto caso delle 'Madri di Srebrenica' e al caso *Nuhanovic* dinnanzi alle Corti olandesi, in merito alla responsabilità delle Nazioni Unite e del governo olandese per le condotte illecite perpetrate nel corso della missione UNPROFOR in Bosnia Erzegovina. Si veda ancora il caso della *class action* presentata dinnanzi ai tribunali dello Stato di New York contro le Nazioni Unite in relazione alla denunciata responsabilità delle Nazioni Unite nello scoppio dell'epidemia di colera durante la missione MINUSTAH ad Haiti.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria le norme internazionali pattizie che regolano le operazioni multinazionali non sarebbero invocabili nei rapporti tra Stato (o Nazioni Unite) ed individui, poiché esse regolerebbero esclusivamente i rapporti tra Stati (o tra Stati e Nazioni Unite).

La ricostruzione oggetto del presente scritto suggerisce, per contro, che la diretta applicabilità di norme pattizie, quali le convenzioni di diritto internazionale umanitario o dei SOFAs, non può essere esclusa *a priori* e debba, invece, essere valutata alla luce di una rigorosa interpretazione testuale e contestuale della norma convenzionale invocata. Una norma internazionale pattizia sarà direttamente applicabile nei rapporti tra Stato ed individui al sussistere di tre presupposti: il corretto recepimento del trattato nell'ordinamento interno; la creazione da parte della norma internazionale di un diritto soggettivo, la necessaria corrispondenza nell'ordinamento interno tra tale diritto soggettivo ed il relativo diritto d'azione. Tale corrispondenza si dice necessaria poiché in un sistema giuridico il diritto soggettivo è la situazione giuridica soggettiva protetta per eccellenza ed essa non può prescindere dal relativo diritto di azione.

Si dovrà, dunque, concludere che una norma pattizia di diritto internazionale umanitario debba considerarsi direttamente applicabile dai giudici nazionali ogniqualvolta essa identifichi una categoria protetta di soggetti rispetto ai quali gli Stati siano tenuti a rispettare specifici obblighi, come nel caso di molti articoli posti a tutela di prigionieri, feriti, malati, personale medico e religioso, civili e popolazione civile, e dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Similmente, gli obblighi di istituire *claims commissions* per i cd. *third-party claims*, contenuti nei SOFA conclusi tra Nazioni Unite e Stati ospite delle missioni, conferiranno a queste terze parti un diritto a pretendere tale adempimento dalle Nazioni Unite. Tale ricostruzione, sebbene *de iure condendo*, trova un primo riscontro in alcune pronunce giurisprudenziali, della Corte distrettuale dell'Aia e della Corte di Strasburgo, che hanno ritenuto applicabili rispettivamente alcune norme di diritto internazionale umanitario dei SOFAs nei rapporti tra individui e Stati e tra individui e Nazioni Unite.

Elenco degli autori

Giorgia Bevilacqua, *Assegnista di ricerca, Consiglio nazionale delle ricerche,*
giorgiabevilacqua@libero.it

Eleonora Branca, *Dottore di ricerca, Università di Verona,*
eleonora.branca@univr.it

Alessandro Bufalini, *Ricercatore, Università della Toscana,*
alessandro.bufalini@unitus.it

Eugenio Carli, *Borsista di ricerca, Università di Siena,*
eugenio.carli86@gmail.com

Simone Carrea, *Assegnista di ricerca, Università di Genova,*
simone.carrea@giuri.unige.it

Gian Maria Farnelli, *Assegnista di ricerca, Università di Bologna,*
gianmaria.farnelli2@unibo.it

Federica Favuzza, *Assegnista di ricerca, Università di Milano,*
federica.favuzza@unimi.it

Lorenzo Gasbarri, *Dottore di ricerca, Università di Milano,*
lorenzo.gasbarri@graduateinstitute.ch

Mauro Gatti, *Research Associate, University of Luxembourg,*
mauro.gatti@uni.lu

Mario Gervasi, *Dottore di ricerca, Università di Roma “La Sapienza”*
mario.gervasi@uniroma1.it

Giulia Landi, *Dottore di ricerca, Università di Firenze*,
giulia.landi@unifi.it

Marco Longobardo, *Professore a contratto, Università di Messina; Research Fellow, University of Westminster*,
mlongobardo@unime.it

Alberto Miglio, *Assegnista di ricerca, Università di Torino*,
alberto.miglio@unito.it

Alessandro Stiano, *Dottorando di ricerca, Università di Napoli Federico II*,
alessandro11087@gmail.com

Vito Todeschini, *Assegnista di ricerca, Università di Trento*,
vito.todeschini@gmail.com

Mario Ventrone, *Dottorando di ricerca, Università di Napoli "L'Orientale"*,
mario.ventrone@gmail.com

Giulia Vicini, *Dottoranda di ricerca, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
giulia.vicini@unimi.it

Federica Violi, *Assistant Professor, Erasmus University Rotterdam*,
fvioli@unime.it

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

1. Michele Rosboch, *Fra angustie di coscienza e ordine politico*, 2017
2. Daniela Ronco, Giovanni Torrente, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, 2017
3. *Limiti e diritto*. A cura di Alessandra Rossi, Alice Cauduro, Emanuele Zanalda

