



**STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO
E DEI CONFLITTI ARMATI**

Collana diretta da
Ida Caracciolo e Umberto Montuoro

Procura Generale Militare della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione

Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani

a cura di

Ida Caracciolo e Umberto Montuoro



G. Giappichelli Editore – Torino

STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO
E DEI CONFLITTI ARMATI

Collana diretta da Ida Caracciolo e Umberto Montuoro

Sotto l'Alto Patrocinio della Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

La collana pur comprendendo principalmente lavori sul diritto internazionale umanitario, sul diritto dei conflitti armati e sul diritto militare italiano di pace e di guerra, materiale e procedurale, è anche aperta, in una prospettiva interministeriale ed interagency, a studi rientranti nel campo della sicurezza interna ed internazionale. Sono così presi in considerazione temi di particolare attualità e rilievo per l'Italia e l'Unione europea, come la giustizia penale internazionale, la tutela dei diritti umani, il ristabilimento delle istituzioni, con specifico riguardo a quelle giudiziarie, nelle aree di crisi, la cooperazione internazionale in materia penale, il terrorismo internazionale, il diritto islamico, la protezione dei beni e delle identità culturali e religiose, la revisione ed il riordino normativo, le nuove tecnologie dual use e il cyber.

La collana raccoglie non solo volumi scientifici sulle tematiche di riferimento ma anche opere informative collegate alle esigenze delle Forze Armate, con particolare riferimento all'interpretazione, applicazione e sviluppo giurisprudenziale del diritto nei settori di competenza.

Questa raccolta di studi, originata a suo tempo nell'ambito del Centro Alti Studi per la Difesa, su ampio mandato ministeriale, al fine di declinare nel campo della ricerca e dell'approfondimento dottrinale i molteplici aspetti e le complesse dinamiche del peacekeeping, è oggi rinvigorita dal patrocinio istituzionale della Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

I volumi della collana sono attualmente distribuiti nel circuito commerciale delle librerie europee dalla G. Giappichelli Editore, Torino, attraverso l'attività contrattuale della Società Difesa Servizi S.p.A., consentendo un completo autofinanziamento delle pubblicazioni.

Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani

a cura di

Ida Caracciolo e Umberto Montuoro



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3726-4

Volume pubblicato avvalendosi esclusivamente dei ricavi derivanti dalle vendite delle copie della collana.



Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Comitato d'onore

Maurizio Block, Giampaolo Di Paola, Antonio Pereira Duarte, Silvia Fernández De Gurmendi, Claudio Graziano, Lorenzo Guerini, Antonino Intelisano, Ignazio La Russa, Arturo Parisi, Roberta Pinotti, Pierpaolo Rivello, Giuseppe Scandurra, Elisabetta Trenta, Enzo Vecciarelli.

Comitato Scientifico

Achille Albonetti, Silvia Angioi, Paola Balducci, Giorgio Bosco, Luciano Bozzo, Nicoletta Bini, David Brunelli, Fabio Caffio, Richard Caplan, Ida Caracciolo, Joshua Castellino, Giovanni Cellamare, Carmelo Cutropia, Massimiliano Del Casale, Claudio De Rose, Marco Ferrazzani, Stefano Fort, Francesco Francioni, Manlio Frigo, Fernando Giancotti, Francesca Graziani, Edoardo Greppi, Kristin Henrard, Umberto Leanza, Claudio Lo Jacono, Andrzej Jakubowski, Stefano Manacorda, Sergio Marchisio, Massimo Marotti, Giuseppe Mazzi, Maria Grazia Melchionni, Maurizio Mensi, Umberto Montuoro, Jill Morris, Giuseppe Nesi, Carmela Panella, Massimo Papa, Marco Pedrazzi, Gian Maria Piccinelli, Fausto Pocar, Mauro Politi, Riccardo Redaelli, Marco Roscini, Licia Russo, Antonio Sabatella, Antonio Sabino, Antonio Scaglione, Giancarlo Scalese, Marina Schneider, Jorge Szeinfeld, Carlo Trezza, Andrea Tiriticco, Gioacchino Tornatore, Roberto Tricoli, Salem bin Mussalem Bin Ali Qatan, Talitha Vassalli Di Dachenhau-
sen, Alexandra Xanthaki, Lamberto Zannier.

Direzione Scientifica

Ida Caracciolo, Umberto Montuoro.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	
<i>Il ruolo della giustizia penale nazionale ed internazionale nella prospettiva del peacebuilding</i>	
Riparto di giurisdizione e ipotesi di conflitto	XI
Maurizio Block	
Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione	
 <i>Il ruolo delle magistrature militari nel consolidamento della pace. Un confronto tra Italia e Brasile</i>	
<i>La giurisdizione militare nel sistema giudiziario italiano</i>	3
Maurizio Block	
<i>Live dialogica in commemorazione del centenario della istituzione del pubblico ministero militare nell'ordinamento brasiliano</i>	11
Maurizio Block e Antônio Pereira Duarte	
<i>100 anni del pubblico ministero militare brasiliano</i>	
Breve digressione sul suo passato, presente e sfide future	15
Antônio Pereira Duarte	

*Le operazioni di peacebuilding:
obiettivi e strumenti per la ricostruzione della pace*

<i>In tema di cooperazione tra Nazioni Unite, Unione Africana e Unione Europea in situazioni di peacekeeping e di post-conflict peacebuilding</i>	43
Giovanni Cellamare	
<i>Processi di pace e stabilità delle relazioni pattizie</i>	
Gli effetti della guerra sui trattati nel “mito della caverna”	63
Giancarlo Scalese	
<i>La prevenzione e il contrasto al terrorismo e all’estremismo violento nel quadro delle attività di peacebuilding</i>	83
Gianfranco Gabriele Nucera	
<i>Interventi militari per la ricostruzione della pace ed applicazione della legge penale militare</i>	99
Giuseppe Mazzi	

I diritti umani nel post-conflict peacebuilding

<i>Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani</i>	
Il ruolo delle donne nella ricostruzione della pace	117
Gabriella Venturini	
<i>I diritti umani nell’amministrazione della giustizia nello ius post bellum</i>	127
Alessandro Diotallevi	
<i>Stabilizzazione della pace, situazioni di crisi e regimi emergenziali di tutela dei diritti umani. Lex vincit necessitatem</i>	139
Ida Caracciolo	
<i>La protezione dell’ambiente nel post bellum</i>	173
Sergio Marchisio	
<i>La libertà di fede religiosa nel Libano multiconfessionale</i>	189
Stephanie Estephan	

*La repressione delle violazioni massicce e generalizzate
dei diritti umani per la ricostruzione della pace*

Il contrasto delle gravi lesioni della dignità umana nelle aree di crisi 199
Antonio Sabino

*Prevenzione e repressione del genocidio e della persecuzione ai fini
del peacebuilding* 211
Fausto Pocar

*Ristabilimento della pace e lotta all'impunità dei crimini: il ruolo del-
la giustizia di transizione* 223
Egeria Nalin

Amnistie e giustizia transitoria 235
Ginevra Le Moli

La giustizia internazionale nella ricostruzione della pace

Riformare la Corte penale internazionale?
Brevi osservazioni sul (lungo) documento di un gruppo di esperti 249
Mauro Politi

*Il principio di complementarità nello Statuto di Roma e la ricostru-
zione della pace* 263
Michele Gagliardini

Il Tribunale speciale per il Libano 277
Giorgio Bosco

*La giurisprudenza della Corte EDU tra principio del giusto processo
e violazioni massicce dei diritti umani* 281
Lina Panella

| Maurizio Block* |

Introduzione.

*Il ruolo della giustizia penale
nazionale ed internazionale
nella prospettiva del peacebuilding*

Riparto di giurisdizione e ipotesi di conflitto

SOMMARIO: 1. Riparto interno: giurisdizione ordinaria e militare. – 2. Riparto internazionale: la giurisdizione penale dei Paesi partecipanti alle missioni di *peacekeeping* e la giurisdizione penale internazionale. Il principio di “complementarietà” ed il principio del “*ne bis in idem*”.

1. Riparto interno: giurisdizione ordinaria e militare

Il dato costituzionale di riferimento che segna il limite della giurisdizione militare è costituito dall’articolo 103 della Costituzione che, restrittivamente ne segna il confine in tempo di pace ai soli reati militari commessi dagli appartenenti alle forze armate; quanto al tempo di guerra viene devoluto alla legge ordinaria il compito di definirne l’ambito.

L’applicazione del Codice penale militare di guerra è svincolata dalla dichiarazione dello stato di guerra, atto formale di competenza delle Camere (art. 78 Cost.), dichiarato dal Capo dello Stato, per cui anche situazioni che non abbiano ancora comportato tale dichiarazione formale possono determinare l’applicazione del Codice penale militare di guerra.

Il concetto di tempo di guerra – che pertanto risulta più esteso di quello di stato di guerra – risulta ulteriormente dilatato per effetto di talune disposizioni che assimilano a tale condizione altre situazioni avente analoga connotazione.

* Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione. Con la collaborazione della Dott.ssa Marisa Giustiniani, Leiden University College, L’Aja.

L'articolo 310 c.p. stabilisce che nel concetto di tempo di guerra è compreso anche il periodo di imminente periodo di guerra, quando questa sia seguita.

Il Codice penale militare di guerra prevede la sua applicazione “nei casi di urgente e assoluta necessita” (art. 5), anche in luoghi che non sono in stato di guerra o considerati tali (art. 4, co. 2, n. 2), e nel caso in cui, anche in tempo di pace un reparto delle forze armate sia impegnato in operazioni militari (art. 10), nonché – ipotesi che qui s'intende sottolineare – anche in tempo di pace ai corpi di spedizioni all'estero per operazioni militari, entro un dato lasso temporale (art. 9 c.p.m.p.).

Tutte le citate situazioni influiscono indubbiamente sulla giurisdizione in quanto radicano, in linea generale, la giurisdizione militare per gli appartenenti alle forze armate.

In tale ottica, anche le operazioni della Forza Armata italiana all'estero per finalità di mantenimento della pace, meglio conosciute come operazioni di *peacekeeping* o *peaceenforcing* o *peacebuilding*, possono ricadere nell'ambito di efficacia del citato articolo 9 c.p.m.p., determinando la sottoposizione dei nostri militari alla giurisdizione militare.

Che l'attività di *peacekeeping* sia assimilabile a quella bellica è stato fortemente posto in dubbio da taluna dottrina, la quale ha sottolineato, come in realtà, questa costituisca un *tertium genus* tra operazione di pace e di guerra: trattasi infatti di attività improntata ad esigenze di polizia internazionale in cui l'uso della forza viene impiegato per il ripristino della situazione di pace in considerazione generalmente di situazioni di conflitti interni o internazionali fortemente destabilizzanti un'area geografica con rischi di ripercussioni per lo stato di pace anche per altre aree e segnatamente per zone limitrofe nonché di lesioni dei diritti umanitari e fondamentali dei cittadini.

L'originaria formulazione dell'articolo 9 c.p.m.g. prevedeva l'assoggettabilità alla legge penale militare, anche in tempo di pace, dei corpi di spedizione all'estero per operazioni militari dal momento in cui inizia il passaggio dei confini dello Stato e in caso di spedizione oltremare dal momento in cui inizia l'imbarco del corpo di spedizione.

Tale norma, pertanto, consentiva, già anteriormente all'entrata in vigore della Legge 31 gennaio 2002, n. 6, l'applicazione del Codice penale militare di guerra, per i reati da questo previsti, a comportamenti criminosi tenuti da militari impegnati in tali operazioni e radicava quindi la giurisdizione dei tribunali militari in conformità del principio costituzionale fissato nell'articolo 103.

Tuttavia, per tutte le operazioni di *peacekeeping*, cui il nostro Paese ha partecipato da fino all'anno 2001, provvedimenti aventi forza di legge hanno di colta in volta escluso l'applicazione del Codice penale militare di guerra per ogni singola missione.

Le motivazioni di tale scelta sono evidenti: da un lato, appariva eccessivo sanzionare l'impegno profuso all'estero dai nostri militari con le rigorose nor-

me previste dal Codice di guerra, dall'altro, emergeva la considerazione che l'opinione pubblica mal avrebbe accettato in tempo di pace di inviare all'estero nostre truppe che l'applicazione del Codice di guerra avrebbe connotato di natura smaccatamente bellica.

Ne discendeva, pertanto, che i nostri soldati impegnati in missioni all'estero erano assoggettabili alle norme del Codice penale militare di pace, il quale, appunto, all'articolo 17 dispone che la legge penale militare si applica alle persone che vi sono soggette anche per i reati commessi in territorio estero in occupazione, soggiorno e transito delle forze armate dello Stato.

Questo principio definito della personalità della legge penale militare di pace (nonché di guerra), è espressione di quello di memoria romanistica secondo cui il militare dovunque si trovi – come è stato icasticamente sottolineato – porta sempre con sé nello zaino la sua legge, nel territorio dello Stato, come all'estero.

Tuttavia le conseguenze dell'esclusione dell'applicazione del Codice penale militare di guerra si rivelavano sul piano pratico dense di conseguenze.

Il delineato quadro normativo subì un'evoluzione a seguito dell'emanazione del D.L. 1° dicembre 2001, n. 421, il quale, tra le altre innovazioni ha previsto all'articolo 8 che – seppure con le limitazioni di cui al successivo articolo 9 *«al corpo di spedizione italiano che partecipa alla campagna per il ripristino della legalità internazionale, denominata “Enduring Freedom” – si applica il codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941 n. 303, salvo quanto previsto dall'art. 9 del presente decreto»*.

La successiva Legge di conversione 31 gennaio 2002, n. 6 modificava altresì l'articolo 9 c.p.m.g. riguardante i corpi di spedizione all'estero.

Prevedendo in premessa l'entrata in vigore di una legge organica sulla materia penale militare, il predetto articolo ampliava l'ambito di applicazione della legge penale militare di guerra, stabilendo che quest'ultimo ha vigore *«dal momento in cui inizia il passaggio dai confini dello Stato o dal momento dell'imbarco in nave o aeromobile ovvero, per gli equipaggi di questi, dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione della spedizione»* nonché anche al personale di comando e di controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o che si trovi nel territorio di altri Paesi, *«dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni, per i fatti commessi a cause o in occasione del servizio»*.

Tuttavia la Legge 21 luglio 2016, n. 145, in vigore dal 31 dicembre 2016, contenente *Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*, con la finalità di risistemazione alla disciplina giuridica delle missioni militari internazionali c.d. di pace all'estero introduceva modifiche in materia.

Appare opportuno citare l'articolo 19 che stabilisce quanto segue:

«1. Al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace. La competenza è del tribunale militare di Roma.

2. È fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra».

Si è voluto, come è stato autorevolmente sostenuto, paralizzare, con riferimento alle missioni in questioni, un automatismo applicativo, in tempo e in stato di pace, della legge penale militare di guerra, che si basava sul fatto che si trattasse di missione militare armata all'estero.

Vale la pena di ricordare che la Novella stessa non costituisce l'attesa riforma organica della materia penale militare ma solo un'interlocutoria statuizione legislativa in attesa di un riordino della materia.

Proprio per tale motivo è stato sostenuto che l'articolo 9 c.p.m.g. continua a disciplinare, in via generale, il regime di corpi di spedizione militare all'estero per operazioni militari armate, che non abbiano i requisiti delle missioni disciplinate dalla Legge n. 145/2016, e che non possano definirsi operazioni "di pace" secondo la Legge stessa¹.

Si ricorda che il Titolo IV c.p.m.g., contenente reati contro le leggi e gli usi di guerra (artt. 165-230 c.p.m.g.), che inerisce a molti profili di diritto bellico anche internazionale, si applica, ai sensi dell'articolo 165 c.p.m.g., sia in ogni caso di conflitto armato, sia aldilà delle ipotesi di dichiarazione dello stato di guerra, sia, come parte della dottrina sostiene, in attesa di una riforma globale della materia «alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane».

In tale ottica e secondo tale indirizzo, la Legge n. 145/2016 non si pone quale fonte idonea a disciplinare organicamente la specifica materia per cui la deroga all'inapplicabilità del Codice penale militare di guerra non investirebbe anche le operazioni armate svolte all'estero dalle forze armate italiane diverse dalle operazioni di *peacekeeping* e simili. Ne consegue, secondo parte della dottrina, che le prime continueranno a svolgersi sotto la previsione delle norme penali militari che incriminano fatti commessi in violazione delle leggi e gli usi di guerra, in attesa di una più adeguata riforma.

Alla citata teoria si oppone invece quella che sostiene la valenza generale del disposto del citato articolo 19 della Legge citata, la quale, in tale direzione, troverebbe applicazione in tutti i casi di operazioni internazionali all'estero in tempo di pace e implicherebbe una deroga ampia all'articolo 9 c.p.m.p., non limitata alle sole operazioni governative di *peacebuilding*.

È evidente l'incertezza normativa che ne consegue e che ha comportato

¹ Cfr. Relazione del Procuratore generale militare presso la Corte militare d'appello all'inaugurazione dell'anno giudiziario militare 2019 consultabile su: https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2019/Documents/DE_PAOLIS.pdf.

dubbi interpretativi sulla competenza a procedere su reati commessi all'estero che non giova né ai soggetti indagati coinvolti né alla efficacia dell'accertamento giudiziario; ma che «*potrebbe anche riflettersi negativamente sull'immagine stessa del Paese*»².

Non può d'altronde negarsi che, in ogni caso, a seguito dell'introduzione della citata Legge 2016, le operazioni di *peacebuilding*, lato sensu, soggiacciono, riguardo al riparto di competenze tra magistratura militare ed ordinaria, a situazioni di grande squilibrio ed incongruenza tali da svilire fortemente la ragione dell'esistenza della giurisdizione militare, in quanto la maggior parte dei fatti criminosi di maggiore rilevanza viene punita alla stregua del Codice penale comune e quindi giudicata dalla magistratura ordinaria.

Si ritiene pertanto necessario un intervento normativo del legislatore per risolvere in via preventiva possibili conflitti di giurisdizione su delicati casi di diritto umanitario internazionale, in particolare, con riferimento alla valenza ed all'ambito applicativo dell'articolo 165 c.p.m.g.: se, cioè, come detto, questo si applichi alle operazioni militari all'estero diverse dalle missioni di pace o/e eventualmente, ad altre di diversa natura o se subisca la restrizione, intesa questo caso nella massima latitudine, di cui all'articolo 19 Legge citata.

Sotto il profilo sostanziale, poi, il militare italiano in missione all'estero in operazioni di *peacebuilding* è sottoposto attualmente al Codice penale militare di pace limitatamente alle poche figure da questo previste (allontanamento illecito, diserzione, violata consegna, ecc.), mentre per la maggior parte dei comportamenti criminosi commessi durante la missione gli si applica il Codice penale comune italiano (art. 7 e ss. c.p.), nonché, ove del caso ed in virtù del principio di territorialità, il Codice penale comune dello Stato ove era di stanza il reparto, fatte salve le convenzioni internazionali eventualmente stipulate.

Dal punto di vista processuale, poi, la situazione appare alquanto singolare, poiché, in considerazione della rifrazione tra le diverse giurisdizioni, la militare è competente a conoscere i reati militari commessi in territorio estero, quella ordinaria italiana è competente a conoscere dei reati comuni commessi all'estero ed infine – eventualmente – quella dello Stato “ospitante”, è competente a conoscere in mancanza di convenzioni dei reati.

Ne deriva come effetto anche un affievolimento del controllo penale sui comportamenti dei nostri militari impegnati all'estero.

Infatti, come è stato rilevato in modo realistico, il nostro personale in missione all'estero, sotto il profilo penale e processuale, non si differenzia dal comune cittadino che vi si rechi per motivi di turismo.

Per quanto infine attiene ai conflitti possibili tra la giurisdizione italiana e

² Relazione del Procuratore generale militare presso la Corte militare d'appello all'inaugurazione dell'anno giudiziario militare 2019, cit. in nota 1.

quella di altri Paesi, in questa sede, vale solo la pena di sottolineare che il problema può ragionevolmente porsi solo per i reati non esclusivamente militari commessi dalle nostre truppe all'estero. Infatti difetta completamente l'interesse dello Stato teatro delle operazioni alla perseguibilità di reati che, in senso lato, ledono la disciplina o altri beni afferenti alla tutela militare dello Stato italiano.

Per converso, qualora il militare italiano all'estero commetta un reato comune o un reato non esclusivamente militare, può sussistere un interesse dello Stato ospitante alla perseguibilità del reato e quindi un possibile conflitto tra la giurisdizione nazionale e quella dello Stato estero. Questo argomento non può risolversi attraverso regole di massima che consentono di propendere per l'affermazione della giurisdizione nazionale o estera, dovendosi in tali casi – e premesso che sussiste sempre un interesse dello Stato italiano a mantenere la giurisdizione per fatti commessi da un proprio militare all'estero – comunque valutare le Convenzioni che regolano la materia tra lo Stato italiano e lo Stato ospitante.

In conclusione, per quanto attiene segnatamente la problematica della ripartizione delle competenze tra la giurisdizione ordinaria e quella militare, si deve rilevare che occorre promuovere in tempi rapidi l'entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare, la quale nel ridisciplinare organicamente la materia, tenga conto del crescente impegno del nostro Paese in operazioni di *peacekeeping* e fornisca quindi un adeguato supporto normativo dal punto di vista sostanziale e procedurale a missioni che ormai costituiscono il maggiore impegno militare per il nostro Paese.

In questa direzione vale la pena ricordare che pende un disegno di legge sulla razionalizzazione della giurisdizione militare (Proposta di legge Aresta n. 1402, presentata il 28 novembre 2018 – abbinata con C. 1242 ed altri) che, ridefinendo i confini delle competenze tra le due giurisdizioni, ordinaria e militare, consentirebbe anche nella materia in questione, per la quale come detto, è prevista l'applicazione del Codice penale militare di pace, una più razionale distribuzione delle competenze.

2. Riparto internazionale: la giurisdizione penale dei Paesi partecipanti alle missioni di peacekeeping e la giurisdizione penale internazionale. Il principio di “complementarietà” ed il principio del “ne bis in idem”

L'approfondimento del rapporto che intercorre tra missioni di *peacekeeping* e procedura penale italiana e l'esame dei criteri di riparto della giurisdizione penale all'interno del nostro ordinamento non possono prescindere dal riferimento alla problematica che è “a monte” di questa relazione e che, in realtà, è

comune tanto all'attività giudiziaria del nostro Paese, quanto a quella degli altri Stati che, insieme all'Italia, partecipano a questo genere di missioni.

Si tratta del rapporto tra la giurisdizione penale interna ad ogni Stato e quella degli organismi di giustizia penale internazionale con cui i singoli ordinamenti giuridici nazionali, al ricorrere di determinate situazioni, vengono ad interagire, a confrontarsi e, se del caso, a scontrarsi.

In particolare, il riferimento che, in concreto, assume maggiore rilevanza è quello che attiene al rapporto con la giurisdizione della Corte penale internazionale (CPI).

A ben vedere, fare oggi un cenno a questo aspetto relativamente nuovo del tema della giurisdizione – che concerne più il diritto pubblico internazionale, che la tradizionale prospettiva del diritto processuale – è non solo opportuno ma addirittura necessario, in primo luogo per il fatto che è ben difficile che, ai giorni nostri, abbia luogo una missione di *peacekeeping* esclusivamente nazionale, cioè svolta solo da un singolo Paese, autonomamente. La maggior parte di questo genere di missioni ha natura multinazionale, nasce, è finanziata, organizzata, gestita e svolta a livello internazionale ed è espressione dell'iniziativa di organismi comuni a più Paesi. Ormai le missioni di *peacekeeping* sono, per più ragioni, il frutto di decisioni prese a livello sovranazionale o comunque multinazionale, in sede di enti quali le Nazioni Unite, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, la NATO, l'Unione Europea, la Lega Araba e via dicendo).

In questi casi è infatti noto che l'accordo internazionale che dà origine alla missione prevede particolari disposizioni dettate in materia di giurisdizione (molto spesso costituite da specifici SOFA), accordi che sono essenzialmente finalizzati ad escludere la possibilità che lo Stato sul cui territorio la missione si svolge, possa esercitare la propria giurisdizione (in particolare quella penale) – ed applicare la *lex loci*, in ambito processuale e sostanziale – in relazione a fatti, suscettibili di assumere rilevanza penale, commessi dai militari e dal personale civile che fa parte di uno più dei contingenti nazionali presenti in teatro.

Vengono peraltro compresi negli accordi in materia di giurisdizione, non solo i fatti di reato commessi da militari e civili nell'esercizio delle funzioni di *peacekeeping* (in relazione ai quali entrano in gioco i criteri – che si discute se siano o meno diventati espressione del diritto consuetudinario – dell'immunità funzionale degli autori dei reati) ma anche i fatti illeciti (e gli atti suscettibili di costituire fonte di responsabilità di natura civile) commessi fuori dall'attività di servizio. L'esperienza del diritto bellico ricorda, ad esempio, come figure tipiche di quest'ultima tipologia di crimini, totalmente avulsi dall'esercizio delle funzioni istituzionali, gli atti sessuali violenti nei confronti dei civili, nonché i casi (molto meno gravi ma di gran lunga più frequenti) degli incidenti stradali, delle risse e dei danneggiamenti volontari.

Dal punto di vista generale, deve d'altra parte confermarsi che non risultano adottate, in occasione dello svolgimento di missioni internazionali di *peacekeeping*, prassi di contenuto contrario, vale a dire accordi tra i Paesi partecipanti volti ad introdurre norme convenzionali che escludano il potere giurisdizionale dei singoli Stati sul loro personale accusato di aver commesso fatti delittuosi nel corso delle missioni, per demandare l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei propri cittadini ad organismi creati ad hoc (e, tanto meno, per legittimare la soggezione dei *peace-keepers* agli organi di giurisdizione interna dello Stato ospitante).

Almeno fino ad oggi, risulta invero tutt'altro che concreta e tutt'altro che condivisa la prospettiva di creare organi specializzati, funzionalmente preposti ad esercitare la giurisdizione penale in queste situazioni, organi comuni costituiti da giudici, pubblici ministeri, personale di polizia giudiziaria ed ausiliari inviati al seguito dei contingenti, ai quali gli Stati partecipanti verrebbero a delegare la funzione propriamente giurisdizionale, in modo che possa essere esercitata con le stesse modalità, indistintamente e dalle stesse persone fisiche, qualsiasi sia la nazionalità dei soggetti incolpati.

Occorre in sostanza ribadire che, nell'ambito del diritto internazionale, convenzionale o consuetudinario, non si registrano prassi volte alla conclusione di accordi tra i Paesi partecipanti alle operazioni internazionali di *peacekeeping* che, prima dell'inizio delle operazioni, durante o dopo, prevedano regole comuni per spogliarsi della titolarità delle funzioni giurisdizionali nazionali da parte dei singoli Stati in favore di organismi penali internazionali.

Come si può facilmente immaginare, ciò dipende da molteplici ragioni, non ultima quella che, di fatto, partecipano alla stessa missione di *peacekeeping* Paesi di *common law* insieme a Paesi con ordinamenti di *civil law*, Stati nei quali l'esercizio dell'azione penale è obbligatorio e Stati con maggiore o minore discrezionalità di procedere penalmente, ordinamenti nei quali giudici e procuratori appartengono allo stesso ruolo, di una stessa pubblica amministrazione e legislazioni nelle quali il pubblico ministero è alle dipendenze dell'esecutivo.

Quanto appena detto consente poi di accennare ad una ipotesi che, in concreto, è suscettibile di determinare, in ambito internazionale, il nascere di contrasti e conflitti in materia di giurisdizione, in connessione alle concrete modalità di esecuzione delle operazioni di *peacekeeping* in teatro.

È infatti tutt'altro che inverosimile che, in teatro, possano aversi fatti delittuosi che coinvolgono, come soggetti attivi e come persone offese (esclusivamente) personale militare e civile in forza ai contingenti, di diversa nazionalità, che compongono l'organico della missione (si pensi all'ipotesi classica della rissa tra militari appartenenti a forze armate di Stati diversi).

Anche qui il problema dell'interazione con le competenze degli organismi

di giustizia internazionali, di fatto, non si pone ma, nondimeno (e forse ancor più di quanto avviene nel caso di reati commessi in danno della popolazione o dei militari del Paese sul cui territorio la missione si svolge), in questa eventualità le autorità giudiziarie di ogni singolo Stato sono tradizionalmente restie a riconoscere il proprio difetto di giurisdizione e/o a cederlo ad altri.

È peraltro necessario ricordare questa eventualità per evidenziare che, se – come è facile che avvenga – si tratta di una missione di *peacekeeping* e di fatti delittuosi che coinvolgono personale appartenente a Paesi che fanno parte dell'Unione Europea (o di altri enti multinazionali di analoga natura), si dovranno applicare a queste fattispecie le regole generali dettate, in via ordinaria, per prevenire e risolvere in modo uniforme (ad esempio in ambito comunitario) i conflitti di giurisdizione relativi a reati comuni.

Sarebbe tuttavia sbagliato a questo punto pensare che la problematica del conflitto con la giurisdizione penale degli organismi di giustizia internazionale non esista.

In realtà, i Paesi che partecipano alla missione, molto spesso, sono anche soggetti di diritto pubblico internazionale che hanno ratificato le convenzioni istitutive di questi organismi, che, a loro volta, esistono, hanno sedi e personale in pianta organica proveniente dai medesimi Paesi.

Inoltre gli statuti istitutivi e i criteri che individuano le competenze di questo genere di organismi sovranazionali sono fonte di competenze inderogabili, sono introdotti negli ordinamenti nazionali da fonti primarie, che recepiscono le disposizioni di natura internazionale convenzionale e di *jus cogens*.

Occorre peraltro distinguere questi organismi giudiziari internazionali in base alla loro natura, a seconda che siano di carattere “permanente”, ovvero siano organismi giudiziari istituiti su specifici fatti (generalmente *ex post*, quasi mai nel corso delle attività, mai, come detto, prima dell'inizio delle attività di *peacekeeping*).

I tribunali penali internazionali “speciali” hanno in realtà una lunga storia, molto criticata nell'ambito del diritto internazionale: si pensi a Norimberga, definito il tribunale dei vincitori.

Altri casi sono quelli dei Tribunali internazionali per la ex Jugoslavia, per il Ruanda, per Timor Est, che si caratterizzano per essere costituiti (come il primo citato) *ex-post* ma che se ne differenziano perché sono istituiti non già dai Paesi vincitori di un conflitto al quale essi stessi hanno partecipato, bensì dalla comunità internazionale (generalmente sulla base di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite).

Com'è noto, il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, istituito con Risoluzione n. 827 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite il 25 maggio 1993 e ratificato dall'Italia con successiva Legge, è competente a conoscere i reati commessi da persone responsabili di gravi violazioni della legge internazionale umanitaria commesse nel territorio della ex Jugoslavia dal

1991 fino alla data di cessazione dello stato di emergenza, in conformità delle norme dello Statuto adottato il 25 maggio 1993 e modificato il 13 maggio 1998. In verità, anche questo genere di tribunali presenta problematiche analoghe a quelle proprie della corte istituita alla fine del secondo conflitto mondiale, sia perché molti dei Paesi che partecipano all'istituzione di questi organi, magari indirettamente, molto spesso sono anche quelli che hanno avuto interessi diretti o indiretti nel conflitto, sia perché anche questa tipologia di giudice confligge con il principio di pre-costituzione del giudice naturale.

Questo genere di organismi di diritto pubblico internazionale non ha peraltro rilevanza significativa a proposito della materia del *peacekeeping*, poiché, in realtà, questo tipo di corti esercita la giurisdizione su soggetti che hanno partecipato al conflitto, prima dell'inizio della missione e, comunque, non sono istituiti e non hanno mandato per giudicare il personale che partecipa alle missioni. La giurisdizione di questo genere di organismi mantiene tuttavia rilievo in materia di *peacekeeping* poiché, molto spesso, tra le attività svolte nel corso delle operazioni *peacekeeping* e *peacebuilding* c'è proprio quella di supportare l'attività degli organi di giurisdizione interni ai Paesi coinvolti nel conflitto, che, quasi sempre, al termine dell'evento bellico, non sono in grado di esercitare la giurisdizione o, comunque, di funzionare con persone e regole ben diverse da quelle vigenti fino a poco tempo prima.

Qui il problema del rapporto tra le giurisdizioni nazionali dei Paesi partecipanti alla missione e quella interna allo Stato ove l'operazione di *peacekeeping* si svolge, come già detto, viene risolto stabilendo, prima dell'inizio delle attività, che il proprio personale non possa essere giudicato dagli organi di giustizia interni agli Stati ove essi sono accusati di aver commesso reati. Dunque, anche in questo caso, il problema ha sostanzialmente natura teorica.

Rimane allora da esaminare la relazione che, in concreto, è la più facile che si determini, vale a dire il contrasto tra la giurisdizione penale interna ai Paesi partecipanti alle attività di *peacekeeping* e quella degli organismi internazionali precostituiti, dotati di competenze penali di natura generale: di fatto la Corte penale internazionale dell'Aja (CPI).

Deve in proposito premettersi che una questione di giurisdizione con la CPI può sorgere solo per quelli Stati e i loro cittadini che riconoscono e aderiscono alla CPI. Se partecipano alla missione internazionale di *peacekeeping* Paesi sovrani come Stati Uniti, Russia e Cina il problema della giurisdizione nei confronti del personale dei loro contingenti non c'è, poiché questi Stati non riconoscono la giurisdizione della CPI e, più in generale, nessun'altra giurisdizione diversa dalla loro.

Lo Statuto della Corte penale internazionale adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998 e ratificato con Legge 12 luglio 1999, n. 232, prevede la giurisdizione per un'ampia gamma di crimini (crimine di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e cri-

mine di aggressione) e non pone limiti temporali e spaziali alla sua competenza, come invece il Tribunale penale per la ex Jugoslavia.

Lo Stato italiano, nel ratificare lo Statuto, ha invero riconosciuto una limitazione della sua funzione sovrana di *iuris-dicere* in favore della Corte penale internazionale, che trova fondamento nel riconoscimento del valore che nella nostra Costituzione ha la tutela dei diritti fondamentali “umanitari”, vale a dire proprio la funzione volta dalla CPI.

Per Paesi come il nostro – che partecipano a numerose missioni di *peacekeeping* e, al contempo, hanno sottoscritto il trattato istitutivo della CPI – il problema, invece, c’è e si sostanzia, principalmente, in due questioni principali.

Nell’affrontare gli aspetti connessi alla giurisdizione penale della Corte in relazione a fatti avvenuti nel corso di missioni di *peacekeeping* occorre tuttavia ricordare, innanzi tutto, la questione relativa ai criteri di imputazione della responsabilità penale su cui si basano i processi innanzi alla Corte.

Occorre in primo luogo segnalare che la CPI ha criteri di imputazione del fatto delittuoso ben più estesi ed omnicomprensivi di quelli propri degli ordinamenti giuridici di molti Paesi occidentali. La questione concerne, ad esempio, il principio di “*command responsibility*”, ossia la responsabilità dei capi militari e dei superiori gerarchici – anche se appartenenti al personale civile – per i crimini commessi dai loro subordinati (*ex art. 28 CPI*).

Su questo aspetto, è famoso il caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ex vicepresidente della Repubblica democratica del Congo, il quale fu accusato, a titolo di “*command responsibility*”, dei crimini di guerra e dei crimini contro l’umanità commessi dalle sue truppe, mentre si trovavano in missione nella Repubblica Centrafricana (ma la stessa situazione processuale potrebbe ripetersi anche nel corso di una missione di *peacekeeping*). Si trattava di atti di stupro commessi da soldati, ascrivibili agli articoli 8, *xxii*, 7, *g*) dello Statuto di Roma ed è da notare che i crimini di natura sessuale rientrano nella giurisdizione della Corte.

Il 21 marzo 2016 la CPI condannò l’imputato Bemba a 18 anni di reclusione per due accuse di crimini contro l’umanità (omicidio e stupro) e tre accuse di crimini di guerra (omicidio, stupro e saccheggio).

Posto che la Corte ha giurisdizione anche su crimini a sfondo sessuale commessi in zone di guerra o in situazioni post-belliche, è purtroppo possibile che delitti di questo genere siano commessi durante missioni *peacekeeping* a detrimento della fondamentale funzione di “*non nuocere*” (*do no harm*) dei contingenti impiegati in operazioni di *peacekeeping* volte a proteggere i civili.

Nell’ambito del riparto di giurisdizione penale tra Stati nazionali e CPI occorre poi tenere presenti due principi: il primo è quello della complementarità; il secondo quello del divieto del doppio giudizio (*c.d. ne bis in idem*).

Quanto al primo, si tratta dell’evoluzione del criterio della “*primacy*”, sto-

ricamente utilizzato per l'istituzione dei tribunali speciali, come quello per l'ex Jugoslavia, che si evolve e, con l'istituzione della CPI, diventa il principio della “*complementarity*”.

L'articolo 9 dello Statuto del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia (TPIJ) stabiliva al riguardo che il Tribunale penale internazionale gode della “*primacy*” sui tribunali nazionali e che, qualora un procedimento di propria competenza penda dinanzi ad una corte nazionale, il Tribunale internazionale possa avanzare formale richiesta di trasferire il caso alla competenza di quest'ultimo.

Nel 1998, con la ratifica dello Statuto di Roma, la rinuncia sostanziale di sovranità da parte degli stati sovrani a favore della giurisdizione penale internazionale, rende possibile l'evoluzione del vecchio criterio e il principio di complementarità tra CPI e giurisdizioni penali nazionali diviene il “*cornerstone*”, ossia il fondamento della stessa CPI.

Questa evoluzione – che costituisce anche un tentativo di prevenire e risolvere sul nascere i conflitti di giurisdizione internazionali – riflette la diversa natura dei tribunali *ad hoc* e della CPI. Mentre il Tribunale *ad hoc* (imposto dal Consiglio di sicurezza dell'ONU) implicava una quasi totale sospensione della sovranità dello Stato (che peraltro, oggettivamente, nella ex Jugoslavia non esisteva più e si era sfaldato in più numerosi, differenti soggetti), la CPI (il cui Statuto è il prodotto di una incessante negoziazione tra gli Stati firmatari), salvaguarda la sovranità dello Stato a livello giurisdizionale.

Tale principio fondamentale si traduce nei criteri di procedibilità stipulati nell'articolo 17, paragrafo 1 dello Statuto, secondo il quale la Corte dichiara improcedibile il caso se sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti dallo Stato che, su quello stesso caso, ha giurisdizione. Ciò non vale quando tale Stato non intenda iniziare indagini o, comunque, non abbia la capacità di svolgerle correttamente e poi di intentare un procedimento.

Questo principio di complementarità si applica a tutti gli aspetti del rapporto tra CPI e corti nazionali, non solo sulla giurisdizione ma anche su questioni relative alla assistenza legale, all'extradizione e alle ulteriori forme di cooperazione.

Di grande interesse dal punto di vista procedurale sono le forme di cooperazione previste dallo Statuto di Roma, come le richieste di arresto, di consegna e di fermo (artt. 89-92 Statuto), da parte della Corte agli Stati nazionali che hanno ratificato lo Statuto ed assunto l'obbligo di adattare le legislazioni interne a questi nuovi principi, per consentire una efficace attuazione degli obblighi di cooperazione nella materia.

L'altro principio di fondamentale importanza per quanto riguarda la ripartizione della giurisdizione è quello del “*ne bis in idem*”, ai sensi dell'articolo 10 dello Statuto del TPIJ e dell'articolo 20 dello Statuto della CPI.

In ossequio al principio del “*ne bis in idem*” – consacrato nell’articolo 10 dello Statuto – è previsto che, qualora un soggetto sia stato già giudicato dal Tribunale dell’Aja, non possa essere giudicato nuovamente da una corte nazionale.

Nel caso opposto, in cui uno stesso imputato è invece già stato giudicato da una Corte nazionale, il principio del “*ne bis in idem*” spiega effetto nei confronti della CPI, tranne nei casi in cui la condotta criminosa sia qualificata dalla corte nazionale quale reato comune – e non quindi come violazione della legge penale umanitaria – ovvero quando il giudice nazionale viene ritenuto non imparziale o non indipendente o infine quando il caso non è stato diligentemente perseguito.

Vi è dunque una stretta connessione tra la questione del “*double jeopardy*” ed il principio di complementarità.

La connessione tra i due principi appare evidente nel famoso caso *The Prosecutor v. Tadić*, laddove, a seguito del trasferimento del processo alla giurisdizione del TPIJ – avvenuto in ossequio al principio della “*primacy*”, mentre era già corso il giudizio nei confronti del predetto in Germania – la difesa dell’imputato eccepì che il caso presso il TPIJ doveva ritenersi inammissibile a causa della precedente apertura del processo sullo stesso fatto, a carico dello stesso imputato, in Germania.

Il Tribunale internazionale, pur riconoscendo la validità giuridica del principio, rigettò l’eccezione in quanto i processi erano ancora in corso e non c’era stato un verdetto.

Come nel caso *Tadić*, un conflitto tra giurisdizioni si può avere anche su fatti avvenuti durante missioni di *peacekeeping* ma, grazie al principio della *complementarity* adottato dalla CPI e alla maggiore autonomia lasciata agli Stati, la prevenzione e la risoluzione di un conflitto di giurisdizione sarebbe oggi più facile.

È peraltro opportuno ricordare anche che la giurisprudenza della CPI in relazione ai principi del *ne bis in idem* e a quello di *complementarity* è ancora in evoluzione.

Ad esempio, nell’emettere i mandati di arresto contro *Thomas Lubanga Dyilo and Bosco Ntaganda* per i fatti commessi nella Repubblica democratica del Congo (DRC) nel gennaio 2006, la Corte ha introdotto i parametri di ammissibilità di “*threshold of gravity test and same conduct test*”.

Attraverso questi parametri, l’ammissibilità di un processo, attualmente, è di fatto determinata dalla gravità del crimine, tenuto conto del principio del *ne bis in idem*, con riguardo alla similarità della condotta e delle accuse tra corte nazionale ed internazionale.

Nella decisione sull’ammissibilità del caso *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (*Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision No. ICC-01/11-01/11, Pre-Trial Chamber*, del 31 maggio

2013) risalta l'arduo compito della CPI di valutare l'effettivo ricorrere di un conflitto di giurisdizione con le corti nazionali. La Libia aveva infatti ripetutamente negato la legittimazione della CPI a giudicare il caso, facendo leva proprio sulla considerazione che la giustizia libica stava già procedendo sullo stesso caso. Nonostante ciò, con la decisione del 31 maggio 2013, la CPI rigetta l'eccezione libica spiegando che, in concreto, non si stava giudicando la medesima condotta criminosa e che, tra gli altri fattori, doveva rilevarsi che le autorità giudiziarie libiche, in quel momento storico, non erano in grado di svolgere un processo giusto ed equo; non erano in particolare in grado di trasferire Gheddafi nel luogo di custodia stabilito, di ottenere testimonianze attendibili e di esercitare pieni controlli sulle infrastrutture detentive (prigioni) in un periodo dove era ancora in corso la guerra civile. Tale decisione fu poi riconfermata in appello il 21 maggio 2014.

In conclusione, in relazione al *peacekeeping*, può tornare utile evidenziare che la possibilità di interferenze e di conflitti di giurisdizione costituiscono tuttora un problema aperto nel campo del diritto penale internazionale ed è auspicabile risolverlo quanto prima proprio per le conseguenze che può determinare sulle operazioni di *peacekeeping*.

Si tratta di una questione di estrema attualità, come emerge dal *report* finale dell'incontro tenuto durante i seminari dell'Università di Leiden del dicembre 2019, laddove il coordinamento tra docenti e laureandi ha concluso che: «*As a result, a number of key issues remain unresolved, including the question that was the focus of so much of the discussion at Rome: the interpretation and application of 'unwillingness' and 'inability'.*».

È infatti proprio la difficoltà di accertare il ricorrere delle condizioni che determinano se uno Stato membro è realmente intenzionato ed è veramente in grado di gestire un processo per questi gravi crimini, garantendo al contempo standard minimi di protezione, che di fatto genera il nascere di conflitti di giurisdizione in ambito internazionale ed in questo specifico contesto.

*Il ruolo delle magistrature militari
nel consolidamento della pace.
Un confronto tra Italia e Brasile*

| Maurizio Block* |

La giurisdizione militare nel sistema giudiziario italiano

In premessa, desidero ringraziare il Procuratore generale Dott. Antonio Pereira Duarte ed i colleghi brasiliani che si sono impegnati per la realizzazione di quest'incontro e che spero di potere incontrare presto di persona per avviare uno scambio più diretto sui temi di comune interesse.

Cercherò di tracciare brevemente le linee del sistema giudiziario militare italiano, con particolare riferimento all'evoluzione subita negli ultimi 50 anni, grazie alla quale è stato possibile raggiungere l'odierno livello di indipendenza che attualmente in Italia è uguale a quello di cui gode la giurisdizione ordinaria. Penso che l'esperienza italiana può essere utile ad incoraggiare riforme negli altri ordinamenti nazionali anche se in Brasile il cammino verso l'indipendenza mi sembra parimenti ormai completato.

Tradizionalmente, in tutti i Paesi – e l'Italia non fa eccezione – i tribunali militari sono stati istituiti allo scopo di giudicare gli appartenenti alle Forze armate e quindi assicurare una giustizia che differisce da quella amministrata nei tribunali ordinari: regole più ferree, procedimenti più veloci, sanzioni esemplari. In questo modo, gli imputati nei procedimenti militari, nelle fasi primordiali, spesso non godono delle stesse garanzie che avrebbero innanzi ai Tribunali ordinari.

Un esempio di questo è accaduto tristemente in Italia nel corso della seconda Guerra mondiale, allorché erano in funzione tribunali militari con procedure sommarie che emettevano sentenze spesso non appellabili, con imputazioni a volte inconsistenti e scarsissime garanzie difensive per gli imputati.

Ciò ha comportato nel tempo una scarsa considerazione nell'immaginario collettivo e poca fiducia nei tribunali militari in Italia.

* Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

Inoltre, i giudici/pubblici ministeri che in passato lavoravano nei tribunali militari non avevano la stessa indipendenza garantita invece ai giudici e pubblici ministeri civili.

Questo problema è stato evidenziato da Georges Clemenceau, politico francese dei primi del Novecento, il quale sottolineò che «*la giustizia militare sta alla giustizia ordinaria come la musica militare sta alla musica*» perché l'obiettivo dei tribunali militari non era quello di assicurare una vera giustizia, ma di mantenere unite le truppe davanti al nemico proprio come la musica militare.

Con l'evoluzione dei sistemi legali – che può cambiare ovviamente secondo le diverse Nazioni – normalmente accade che un Paese, nell'imporre nuove regole per le forze armate, stabilisca anche nuove leggi in campo giudiziario militare, al fine di garantire una maggiore indipendenza ai giudici militari.

Un simile processo ha spesso comportato l'abolizione dei tribunali militari in alcuni Paesi democratici europei come la Francia, Germania, Portogallo, Repubblica Ceca ed altri.

Tuttavia, questo non è accaduto in Italia.

La Costituzione italiana adottata nel 1948 dopo la seconda guerra mondiale, ha previsto l'esistenza dei tribunali militari ma ne ha limitato fortemente le competenze, stabilendo che essi hanno in tempo di pace giurisdizione soltanto per i reati militari commessi dagli appartenenti alle Forze armate (art. 103 Cost.).

Voglio sottolineare che il Codice penale militare vigente al momento di entrata in vigore della Costituzione prevedeva un ampio significato della nozione di “reato militare”.

Successivamente, però, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, per vari motivi, la situazione si ribaltò ed il numero di reati militari divenne progressivamente più limitato e molti comportamenti vennero trasformati in reati comuni di competenza del giudice ordinario.

La Costituzione stabilì inoltre (art. 102) che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari e che (art. 108) le giurisdizioni speciali, come quella militare, hanno le stesse garanzie di indipendenza della giurisdizione ordinaria.

Dette garanzie stabilite dalla Costituzione sin dal 1948 per i giudici speciali quali quelli militari non furono però immediatamente operanti.

Infatti, continuò ad essere applicato l'ordinamento giudiziario militare del 1941 secondo cui il tribunale militare era composto da ufficiali delle diverse forze armate (Esercito, Marina e Aeronautica) e perciò la giustizia militare continuò ad essere amministrata da giudici che non erano civili ma ufficiali.

I tribunali militari erano presieduti da un ufficiale di alto rango e formato principalmente da tre ufficiali e da un solo giudice di professione, incaricato di redigere le motivazioni della sentenza. L'ufficio del procuratore militare era composto da magistrati di professione i quali all'occasione indossavano l'uniforme militare ed avevano un grado militare e ciò rendeva dubbia la loro imparzialità rispetto alle gerarchie militari.

La magistratura militare non era quindi indipendente in quel periodo storico intercorrente dall'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 fino al 1981: 33 anni di buio.

L'esempio lampante di mancanza di indipendenza era ravvisabile, ad esempio, nel fatto che il giudice istruttore era alle dipendenze del procuratore militare e che tutti i giudici/procuratori erano alle dipendenze del procuratore generale militare presso "il Tribunale Supremo", organo apicale della giurisdizione militare, per i trasferimenti, assegnazioni di incarichi e procedimenti disciplinari. Non esisteva un organo di autogoverno!

Esistevano solo due gradi di giurisdizione: i tribunali militari in primo grado e il Tribunale supremo in secondo grado, che era competente solo per violazione della legge e non nel merito.

Nei primi anni Settanta, fu abolito l'uso dell'uniforme per i giudici e per il pubblico ministero e divenne obbligatorio l'uso della toga.

Nell'opinione pubblica generale la giurisdizione militare non dava l'idea di avere sufficienti garanzie di indipendenza.

Si rendeva necessario pertanto aumentare il livello di autonomia e indipendenza dei giudici militari dalla gerarchia militare e stabilire l'equiparazione tra magistratura militare e magistratura ordinaria, in accordo inoltre con il dettato costituzionale che aveva affermato tale principio sin dal 1948.

La riforma da attuare doveva partire quindi dai principi di un *giusto processo* per l'imputato militare il quale doveva essere giudicato da un giudice indipendente, libero da possibili pressioni da parte del potere militare.

La legge innovativa fu adottata nel 1981 e sancì nuovi principi e regole proprio in attuazione del dettato costituzionale.

Il Governo di quel tempo era contrario all'abolizione dei tribunali militari e desiderava mantenerli in vigore in conformità della scelta già fatta con la Costituzione del 1948.

Di conseguenza, la Legge del 1981 – poi trasfusa in tempi più recenti nel Codice dell'ordinamento militare approvato nel 2010 – istituì nuovi organi giudiziari indipendenti.

Come forse sapete, in Italia giudici e pubblici ministeri sono parte di una stessa carriera: infatti, il concorso per l'accesso alla carriera di magistrato lascia libero il vincitore di scegliere se diventare giudice o pubblico ministero ed

è consentito che egli possa cambiare – massimo per 5 volte – funzione transitando da funzione requirente a quella giudicante e viceversa, nel corso dell'intera carriera.

L'indipendenza dei giudici e pubblici ministeri militari è garantita da un organo di autogoverno (Consiglio della Magistratura militare) che è presieduto dal Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione ed è composto da un componente nominato dai Presidenti di Camera e Senato, dal Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione e da due giudici/pubblici ministeri militari eletti dai colleghi: la loro presenza garantisce la partecipazione rappresentativa dei magistrati militari italiani alla vita del Consiglio.

Non c'è alcuna gerarchia all'interno del Consiglio ma ogni componente può esprimere liberamente la propria opinione e non può essere perseguito per le opinioni espresse.

La competenza su promozioni, trasferimenti, sanzioni disciplinari nei confronti di giudici/pubblici ministeri – che prima della riforma era di competenza del Procuratore generale militare e del Ministro della Difesa – è esercitata, attualmente e dopo la riforma del 1981, dal Consiglio della Magistratura militare il quale realizza i principi di indipendenza ed autonomia della magistratura militare al pari di quella della ordinaria in attuazione di quanto previsto dall'articolo 108 Cost.

La presidenza del Consiglio della Magistratura militare attribuita al Presidente della Corte Suprema di Cassazione simboleggia la sostanziale unità tra magistratura ordinaria e militare, che godono entrambe delle stesse garanzie di indipendenza e imparzialità.

Inoltre la riforma del 1981 sancì che i giudici militari e pubblici ministeri hanno lo stesso stato giuridico e trattamento economico dei colleghi ordinari, sono civili, non hanno un grado militare e indossano la toga nelle udienze.

La carriera dei magistrati militari come quella dei magistrati ordinari si articola in sette classi di professionalità della durata ciascuna di anni quattro. Si accede alla classe superiore a seguito di una valutazione positiva adottata dal Consiglio della Magistratura militare dopo avere raccolto informazioni utili per la decisione, relative all'operato del magistrato.

Il collegio giudicante nei tribunali militari è composto da tre membri: il presidente ed un giudice, magistrati militari entrambi civili, e un ufficiale delle Forze armate estratto a sorte e che dura in carica per due mesi.

Attualmente i tribunali militari in primo grado sono tre: a Roma, Verona e Napoli e presso gli stessi esiste un ufficio del Procuratore militare della Repubblica con a capo il Procuratore militare della Repubblica e più sostituti.

I diritti della difesa degli imputati ad un giusto processo sono assicurati dalle

stesse regole procedurali in vigore nei tribunali ordinari.

La Corte militare d'appello di merito è stata introdotta con la riforma del 1981 come giudice di secondo grado. Attualmente è una ed ha sede a Roma. Presso la Corte esiste un ufficio del Procuratore generale militare presso la Corte d'appello con più sostituti procuratori generali militari.

Contro le sentenze emesse dalla Corte militare d'appello può essere proposto ricorso dinnanzi alla Corte Suprema di Cassazione.

Non esiste una Cassazione militare ma la Corte Suprema di Cassazione è giudice di legittimità per i reati sia militari che ordinari.

Pertanto, le giurisdizioni ordinaria e militare, che come detto sono diverse in primo e secondo livello, si riuniscono nel grado apicale di giudizio innanzi alla Corte Suprema presso la quale è stato previsto solo un Ufficio del Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione con più sostituti procuratori generali.

Va ricordato sotto il profilo più precisamente sostanziale procedurale che nel 1989 quando entrò in vigore un nuovo Codice di procedura penale ordinaria, se ne stabilì l'applicazione anche dinanzi ai Tribunali militari.

Questa situazione accelerò il processo di omogeneizzazione tra i tribunali ordinari e i tribunali militari poiché ha portato all'applicazione anche agli imputati militari di tutte le garanzie di cui godono gli imputati civili nel procedimento ordinario (incluso l'accesso ai procedimenti speciali, quale il patteggiamento).

Dal primo gennaio 2005 il servizio militare di leva obbligatoria in Italia è stato abolito e ciò ha comportato un'ulteriore riduzione delle competenze della giurisdizione militare.

Il numero dei procedimenti si è ridotto ed il numero dei magistrati militari in organico è stato fissato in 58 unità.

Per questa ragione, parte dell'opinione pubblica pensa che i tribunali militari debbano essere aboliti in quanto non più linea con tempi e strumenti superati per di più ed a sostegno di tale tesi ricordano che l'Italia è attualmente impegnata solo in operazioni di pace all'estero.

Negli ultimi 75 anni non ci sono state guerre nell'Unione Europea.

Inoltre, la distribuzione delle competenze tra giudici ordinari e militari è decisamente irrazionale e disordinata.

Attualmente, per esempio, l'omicidio tra parigrado è un reato comune mentre l'omicidio di un superiore, invece, reato militare; il furto militare è un reato militare ma non lo è la rapina se commessa da soldati all'interno della caserma; l'appropriazione indebita è un reato militare ma non lo sono la corruzione e altri reati contro il patrimonio.

Inoltre, nel codice penale militare non è prevista la punizione per i reati che prevedono l'uso o la vendita di sostanze stupefacenti o la violenza sessuale nelle caserme: infatti questi sono reati ordinari la cui competenza appartiene ai tribunali ordinari.

Ne consegue che la giurisdizione militare è attualmente frammentaria e non è in grado di reprimere tutti i reati che siano commessi all'interno delle caserme.

La ragione di ciò sta nel fatto che i tribunali militari sono considerati, nel comune senso della giustizia, con diffidenza, come strumenti arretrati che evocano scene di guerra, anche se godono oggi di tutte quelle garanzie di indipendenza dei tribunali ordinari. I tribunali militari hanno perso la loro originale natura e scopo che giustificava in passato la loro esistenza per cui ora, parte dell'opinione pubblica non riesce a comprendere il motivo della loro esistenza in vita.

In realtà, aumentando le garanzie di indipendenza ed equiparando lo *status* dei giudici militari a quelli ordinari, il principio di specialità – che giustificava il mantenimento in vigore dei tribunali militari – finisce con l'essere sempre meno sentito: in altre parole, la maggior parte dei cittadini non capisce perché una giurisdizione separata che ha ora tutte le caratteristiche della giurisdizione ordinaria debba essere mantenuta in esistenza quale giurisdizione separata da quella ordinaria con costi finanziari per la collettività.

Ci sono pressioni da parte di alcuni partiti italiani, i quali spingono per una totale abolizione dei tribunali militari, o almeno per la riduzione a un solo Tribunale militare con sede a Roma e competente per i reati militari commessi nelle missioni internazionali di pace all'estero.

Da quanto sopra si può trarre la seguente conclusione.

In ogni società che evolve in democrazia, le corti marziali tendono ad abbandonare i loro caratteri di sommarietà ed esemplarità ed invece ad accentuare i requisiti di autonomia, imparzialità e indipendenza tipici di una giurisdizione libera.

Ma quando tale processo si realizza completamente, come avvenuto in Italia, le ragioni per tenere in vigore una giurisdizione separata – che ha raggiunto a questo punto le stesse garanzie di quella civile – diventano difficilmente comprensibili.

La gerarchia militare attualmente in Italia ritiene che una valida ragione per il mantenimento in vigore dei tribunali militari sia rappresentata dalla più breve durata dei procedimenti penali militari rispetto a quelli ordinari, i quali presentano tempi lunghi, incompatibili con le esigenze di celerità del comparto militare.

A mio avviso, le soluzioni per il futuro della giurisdizione militare possono essere le seguenti:

1. abolire la giurisdizione militare per devolverla alla giurisdizione comune;
2. ampliare la giurisdizione militare prevedendo più reati militari rispetto a quelli del corrente sistema legale;
3. costituire una sezione militare specializzata all'interno della giurisdizione comune con una "corsia preferenziale" per giudicare i reati militari;

4. costituire un'unica procura militare di primo e secondo grado con devoluzione alla magistratura ordinaria della celebrazione invece dei processi.

In tutti i casi penso che la necessità fondamentale e imperativa sia rispettare il principio delle garanzie di autonomia, indipendenza e imparzialità della magistratura militare e il diritto dell'imputato a un giusto processo.

Recentemente l'attuale legislatura ha proposto di migliorare la competenza dei tribunali militari ampliando il numero dei reati militari, per agevolare anche la magistratura ordinaria oberata di lavoro giudiziario.

Tale riforma avrebbe il vantaggio di conferire ai tribunali militari un utile funzione sociale che ne giustifichi il mantenimento. Sarebbe in realtà la seconda delle soluzioni che ho prospettato.

Pertanto il mio augurio è che essa venga approvata in tempi rapidi costituendo la più auspicabile delle soluzioni.

Grazie per la vostra attenzione.

Riferimenti bibliografici

- ARANGIO-RUIZ G., *On the Security Council's Law Making*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 3.
- BENVENUTI P., *Le respect du Droit international humanitaire par les Forces des Nations Unies: la Circulaire du Secrétaire général*, in *Revue générale de droit international public*, 2001.
- BLOCK M., *Corpi di spedizione all'estero, tra codici penali di Guerra e codici penali di Pace*, in *Diritto e Forze Armate, Nuovi Impegni*, Padova, 2001.
- BRUNELLI D.-MAZZI G., *Diritto penale militare*, Milano, 2002.
- CARIOLA A., *Le trasformazioni della guerra nello Stato costituzionale di diritto. La decisione della Corte di Karlsruhe sull'intervento armato tedesco all'estero*, in *La Comunità internazionale*, 1999, 4.
- CARLEVARIS A., *Recenti sviluppi nella prassi degli "Status of Forces Agreements" (SOFAs) per le operazioni peace-keeping delle Nazioni Unite*, in *La Comunità internazionale*, 1998, 4.
- CASSESE A.-DELMAS MARTY M. (par le soin de), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002.
- CECCHETTI M., *Il "ripudio della guerra" contenuto nella Carta costituzionale, alla luce del diritto e della prassi internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 1993, 2.
- CIMMINO L., *Diritti Umani e uso della forza: l'intervento armato in Kosovo, 1989*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2000, 2.
- D'AMBROSIO L.-VIGNA P.L., *La Pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, Padova, 1995.
- DE VERGOTTINI G., *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rassegna parlamentare*, 2001, 2.
- FERRARI G., *La polizia militare. Profili storici, giuridici e d'impiego*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1993, 2.
- GARINO V., *La disciplina penale applicabile nel caso di missioni militari italiane all'estero*, in *Atti dell'incontro di studi promosso dal CMM sul tema "Norme internaziona-*

- li e diritto penale militare*", in www.cmm.difesa.it, voce "incontri di studio", Bologna, 9-10 maggio 1988.
- GIACALONE G.-RAIMONDI G., *Il Regime penale e disciplinare dei militari italiani in Libano*, in A. MIGLIAZZA (a cura di), *Le Forze multinazionali del Libano e nel Sinai*, Milano, 1988.
- LANDI G.-VEUTRO V.-STELLACI P.-VERRI P., *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano, 1976.
- MESSINA R., *Guerra nel Golfo e legislazione militare di pace*, in *Foro italiano*, 1991, 5.
- PALOMBARINI G., *Il governo, la guerra, il diritto*, in *Questione giustizia*, 2000, 4.
- PEPINO L., *Contro la guerra, le ragioni del diritto*, in *Questione giustizia*, 1999, 3.
- PICONE P. (a cura di) *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995.
- ID., *Il peace keeping nel mondo attuale: tra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 1.
- PINELLI C., *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Diritto pubblico*, 1999, 1.
- RESCIGNO G.U., *Riflessioni di un giurista sulla guerra e sulla pace*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, 2.
- RIONDATO S., *Guerra e diritto penale (Il conflitto iracheno)*, in *Rassegna della Giustizia militare*, 1992, 3-4.
- RIVELLO P.P., *La missione italiana nell'area del Golfo Persico ed il ritorno di pesanti interrogativi di tema di codici penali militari*, in *Legislazione penale*, 1991, 1.
- ID., *Operazioni militari all'estero: rimodellata la disciplina processuale applicabile*, in *Diritto penale e procedura*, 2002, 5.
- RONZITTI N., *Le operazioni di mantenimento della pace e i rapporti degli Stati fornitori e contingenti delle Nazioni Unite*, in SIOI (a cura di), *L'ONU: cinquant'anni di attività e prospettive per il futuro, atti dei convegni organizzati dalla SIOI*, Roma, 1996.
- VENDITTI R., *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1997.
- VOELCKEL M., *Quelques aspects de la conduite des opérations de maintien de la paix*, in *Annuaire français de droit international*, 1993, 39.
- ID., *La coordination des forces d'intervention de l'ONU dans le cadre du Chapitre VII*, in *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Colloque de Rennes*, Parigi, 1995.

| Maurizio Block* e Antônio Pereira Duarte** |

*Live dialogica in commemorazione
del centenario della istituzione del pubblico
ministero militare nell'ordinamento brasiliano*

(28 ottobre 2020 Roma-Brasilia)

DOMANDA

Qui in Brasile, il pubblico ministero ha attribuzione costituzionale e legale per svolgere varie attività extragiudiziali, cioè, condurre attività ministeriali autonome e scollegate da un procedimento giudiziario, controllato dalla magistratura. A titolo di esempio, potrei citare: a) l'indagine penale diretta (senza dipendere dalla polizia giudiziaria investigativa); b) il controllo esterno delle attività di polizia, in questo caso, le azioni sviluppate dalle forze armate a beneficio della pubblica sicurezza e delle forze dell'ordine; c) la supervisione delle situazioni delle prigioni, emissione di raccomandazioni (non obbligatoria) agli enti pubblici della Pubblica amministrazione, tra tanti altri. Questo tipo di attività extragiudiziale è esercitata anche dal pubblico ministero militare d'Italia? In caso affermativo, può fornire alcuni esempi?

RISPOSTA

In Italia, il pubblico ministero svolge esclusivamente i compiti affidati dal codice di procedura penale che sono quelli relativi alla conduzione delle indagini e alla celebrazione dell'udienza. Non ha competenze al di fuori di queste norme che regolano i suoi poteri. Ha la direzione delle indagini e dispone funzionalmente della polizia giudiziaria per poter effettuare le investigazioni. Ovviamente può svolgere anche indagini direttamente ma non può compiere attività di polizia (ad esempio non può arrestare direttamente una persona in fla-

* Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

** Procuratore generale militare presso il Tribunale superiore militare del Brasile.

granza di reato ma deve farlo solo attraverso la polizia giudiziaria.) Ha generalmente compiti di controllo per il regolare svolgimento delle udienze aperte al pubblico.

Nei procedimenti civili riguardanti minori o persone deboli il pubblico ministero è chiamato ad esprimere il suo parere che però non è vincolante per il giudice che deve decidere. Si tratta della cosiddetta competenza di volontaria giurisdizione.

Nei procedimenti relativi alla concessione di benefici per i soggetti che scontano pena è sempre richiesto il parere del pubblico ministero.

Si può quindi dire che il pubblico ministero in Italia non svolge compiti extra giudiziari come invece avviene in Brasile. Va però aggiunto che esistono incarichi extragiudiziari che possono essere affidati ai giudici come ai pubblici ministeri ma questi devono essere autorizzati dall'organo di autogoverno, il Consiglio della Magistratura militare, il quale però dispone in questo caso che il magistrato sia messo fuori dal ruolo dei giudici e dei pubblici ministeri. Il pubblico ministero o il giudice esce quindi per un periodo transitorio, massimo di nove anni, dalla magistratura nella quale potrà rientrare al termine dell'espletamento dell'incarico extragiudiziario.

DOMANDA

Qui in Brasile, le sanzioni disciplinari imposte ai militari, ad esempio la detenzione amministrativa, l'esclusione o il licenziamento per motivi disciplinare, sono sanzioni amministrative che comportano azione di revisione, nell'ambito del potere giudiziario.

Come si svolge, in Italia, il controllo giudiziario delle pene disciplinari militari: davanti alla giustizia militare o alla giustizia ordinaria? Nel suo avviso, quali sono i benefici di sottoporre questo controllo alla giustizia militare?

RISPOSTA

La competenza della giustizia militare italiana nei confronti dei militari è limitata alla sola cognizione dei reati militari e quindi di applicazione delle pene, e non si estende anche agli illeciti disciplinari. L'illecito disciplinare è comminato dall'autorità militare sovraordinata. Contro questa decisione è ammesso ricorso gerarchico presso l'autorità militare superiore.

È possibile anche ricorrere al Tribunale amministrativo regionale che è un giudice speciale che tratta le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione. Contro la sentenza emessa da quest'ultimo è previsto ricorso al Consiglio di Stato. È possibile anche proporre ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in alternativa al ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale ma bisogna aver esperito prima il ricorso gerarchico.

In definitiva la magistratura militare non esercita alcun controllo sulle san-

zioni disciplinari. Esiste solo la possibilità che il comandante militare di corpo decida di richiedere il procedimento penale per determinati reati puniti con la reclusione fino a sei mesi qualora non intenda perseguire il fatto da un punto di vista esclusivamente disciplinare.

Sotto un profilo esclusivamente personale, posso dire che potrebbe essere anche positivo affidare alla giustizia militare un controllo sulle sanzioni disciplinari. Ma ciò non è ancora mai stato proposto e quindi non ci sono progetti di legge al riguardo e la stessa categoria dei magistrati militari preferisce concentrarsi sulla richiesta di allargamento di reati nella propria competenza piuttosto che assumere competenze sugli illeciti disciplinari.

DOMANDA

D'accordo con la sua conferenza, ci piacerebbe sapere se ci sono prospettive reali in corso, di cambiamenti o aggiornamenti nelle leggi e norme militari per quanto riguarda la struttura di funzionamento della giustizia militare italiana, sia nello scenario interno che nell'internazionale, ad esempio, con applicazione in missioni di pace delle Nazioni Unite ed in missione NATO.

RISPOSTA

Sotto il profilo interno come ho avuto modo di dire, ci sono dei progetti di legge che tendono ad ampliare e razionalizzare la competenza della giurisdizione militare aggiungendo nel novero delle competenze una serie di reati che oggi non vi rientrano. Questo progetto di legge si spera verrà a compimento nel giro di qualche mese. Sotto il profilo internazionale, abbiamo più volte chiesto che venga emanato un codice per le missioni internazionali all'estero che sono sempre più frequenti per il nostro Paese.

Sebbene vi siano molti progetti pronti a riguardo, nulla è però attualmente all'attenzione del parlamento in questo momento, anche se sarebbe auspicabile provvedere in tempi rapidi in quanto le nostre truppe all'estero sono sprovviste di un corpo di norme che regolino in modo adeguato i loro comportamenti stabilendo i confini tra il lecito e l'illecito penale.

| Antônio Pereira Duarte * |

100 anni del pubblico ministero militare brasiliano

Breve digressione sul suo passato, presente e sfide future

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una breve storia del pubblico ministero militare. – 3. La giustizia militare federale e la sua elevata specializzazione. – 4. Le funzioni del pubblico ministero militare. – 5. Le recenti riforme legislative. – 6. Le sfide. – 6.1. La professionalizzazione della polizia giudiziaria militare. – 6.2. Ampliamento della competenza della giustizia militare federale. – 6.3. Il consolidamento della *performance* internazionale del pubblico ministero militare. – 6.4. L'espansione della struttura del pubblico ministero militare. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

In merito alla democrazia costituzionale contemporanea, il Prof. Maurizio Fioravanti¹ insegna che: «(...) *sembra contenere l'aspirazione ad un giusto equilibrio tra il principio democratico, dotato di valore costituzionale per mezzo delle istituzioni di democrazia politica e lo stesso ruolo del legislatore e del governo, e l'idea – insita in tutta la tradizione costituzionale – dei limiti della politica da fissare mediante la forza normativa della Costituzione e, in particolare, dal controllo della costituzionalità che è sempre più decisivo nel contesto delle moderne democrazie.*

Questo stesso equilibrio, proprio perché raggiunto in tempi recenti e perché, insomma, manca di una lunga tradizione a cui fare riferimento, è però inevitabilmente instabile ed è soggetto a tensioni di varia natura. La prima di

* Procuratore generale militare presso il Tribunale superiore militare del Brasile. Il presente lavoro è stato tradotto in italiano e rivisto dai procuratori della giustizia militare: Antonio Carlos Fauri, Angela Taveira Montenegro, Alexandre Reis De Carvalho; e dal colonnello pilota Reginaldo Pontiroli. Collaborazione, ricerca e organizzazione: i consulenti giuridici Marcelo Kaiser Guimarães e Vanessa Chau Ferreira, e il Procuratore della giustizia militare Alexandre Reis De Carvalho.

¹ M. FIORAVANTI, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, 2001, pp. 163-164. Titolo originale: *Costituzione*, Bologna, 1999.

queste tensioni, l'unica che qui si può citare come conclusione, tocca il rapporto tra i protagonisti di questo equilibrio: i soggetti della politica democratica, parlamento, governi e partiti, da un lato; ed i soggetti della garanzia giurisdizionale, i magistrati (giudici e pubblici ministeri) e, in particolare, le corti costituzionali, dall'altro»².

In questo contesto di tensione dialettica delle odierne democrazie costituzionali, il pubblico ministero costituisce un organo costituzionale dello Stato, essenziale per l'amministrazione della giustizia.

Analogamente, il pubblico ministero si presenta come un organo che promuove i valori superiori dell'ordinamento politico e giuridico; il che dimostra che la magistratura inquirente si trova in una posizione di equilibrio all'interno di questo sistema politico: né strettamente dipendente dai poteri dello Stato né scollegato da essi.

Questo equilibrio istituzionale e costituzionale che caratterizza le funzioni del pubblico ministero brasiliano, nell'ambito del c.d. *Stato complesso*, rende tale istituzione un organo di importanza costituzionale, non integrato con nessuno dei tre poteri classici dello Stato, ma finalizzato al mantenimento di relazioni strumentali che consentono i freni e i contrappesi – *check and balances* – necessari per il funzionamento armonioso ed equilibrato del sistema democratico costituzionale.

Il Prof. Sabo Paes³, nell'affermare che la nozione di tre poteri indipendenti e armonici, sebbene rafforzata dalla teoria dei controlli e degli equilibri, non potrebbe mai essere compresa senza tener conto del ruolo costitutivo dell'istituzione del pubblico ministero, chiarisce che: «*(l)a natura delle funzioni del pubblico ministero brasiliano lo pone accanto ai poteri dello Stato e, allo stesso tempo, tra questi. A seguito della separazione dei poteri, il pubblico ministero è la cintura di collegamento e di comunicazione tra i poteri dello Stato, che promuove e consente il funzionamento armonico degli ingranaggi del potere nel suo complesso*».

In tale ottica, va compreso il contesto specialistico del pubblico ministero militare brasiliano, uno dei quattro rami del pubblico ministero dell'Unione Federale, il cui complesso di attribuzioni risiede nella peculiarità delle sue funzioni di rilevanza per la difesa nazionale del Brasile.

Seguendo tale logica, il pubblico ministero militare, che ha completato un secolo di esistenza il 30 ottobre 2020, è una istituzione che sostiene e rafforza il corretto funzionamento delle forze armate, sulla base dei principi di gerarchia e disciplina, in modo che possano agire con equilibrio ed efficienza, per la prevenzione e la repressione dei comportamenti illeciti – delittuosi o disci-

² Traduzione personale dell'Autore dallo spagnolo all'italiano.

³ J.E. SABO PAES, *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*, Brasília, 2003, p. 261 e p. 266.

plinari – che possono compromettere in qualsiasi modo il corretto funzionamento delle istituzioni militari.

2. Una breve storia del pubblico ministero militare

Sebbene la giustizia militare federale abbia più di duecento anni di storia, è nel 1920 che la figura del pubblico ministero militare emerge nell'ordinamento giuridico, con l'attribuzione al procuratore generale e ai procuratori militari, con il Decreto n. 14.450/1920⁴, dell'attività specifica della pubblica accusa.

La sua collocazione costituzionale, tuttavia, avvenne con la Costituzione del 16 luglio 1934⁵, che prevedeva, nel suo articolo 98, il pubblico ministero presso la giustizia militare.

Così, il *parquet* militare è l'istituzione più antica del pubblico ministero dell'Unione Federale. Esso ha vissuto momenti importanti della storia brasiliana, come la rivoluzione del 1930, che pose fine al governo delle oligarchie della “vecchia Repubblica” (1889-1930) e diede inizio al governo dittatoriale del presidente Getúlio Vargas (1930-1945); la seconda guerra mondiale, quando due uffici del pubblico ministero militare accompagnarono le truppe brasiliane nella campagna in Italia (1944-1945), per le indagini e la repressione dei crimini militari commessi dai soldati brasiliani nel teatro di guerra; e il periodo di governo militare, iniziato nel 1964 e terminato nel 1985, con la c.d. *riapertura politica*.

È stato, inoltre, durante il periodo del regime del governo militare in Brasile che sono stati pubblicati il Codice penale militare⁶ e il Codice di procedura penale militare⁷. Nell'articolo 55 di quest'ultimo è enunciato che «è responsabilità del Pubblico Ministero controllare il rispetto del diritto penale militare, salvaguardare con particolare attenzione le regole della gerarchia e della disciplina, basilari per l'organizzazione delle Forze Armate».

Tuttavia, è con la Costituzione del 1988⁸ che il pubblico ministero è stato valorizzato in modo significativo. Riconosciuta come istituzione permanente ed essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, essa è connotata dai rilevanti principi di unità, indivisibilità e indipendenza funzionale, oltre che da completa autonomia amministrativa e finanziaria⁹.

⁴ In <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14450-30-outubro-1920-502847-republicacao-951110-pe.html>.

⁵ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm e <https://www.docsity.com/it/costituzione-brasiliana/5860509/>.

⁶ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm.

⁷ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm.

⁸ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁹ Art. 127: «Il Pubblico Ministero è un'istituzione permanente, essenziale per la funzione giuri-

In tal senso, la Legge complementare n. 75/1993¹⁰, che prevede l'organizzazione, i compiti e lo statuto del pubblico ministero dell'Unione Federale, ha elencato una serie di garanzie e prerogative, al fine di attuare i principi costituzionali che devono guidare l'istituzione. Questo provvedimento ha attribuito al pubblico ministero militare, oltre alle funzioni comuni agli altri rami del pubblico ministero, le specifiche competenze di promozione dell'azione penale militare e quella di iniziativa per la dichiarazione di indegnità o incompatibilità per gli ufficiali. In questa prospettiva, gli si è conferita anche un'importante potestà ispettiva ai fini della tutela dei principi fondamentali delle forze armate, vale a dire, gerarchia e disciplina¹¹.

Si intende, quindi, illustrare gli aspetti fondamentali delle competenze del pubblico ministero militare ed alcune specifiche caratteristiche della giustizia militare federale, con l'obiettivo di fornire una panoramica della sua funzione speciale contemplata nella Carta costituzionale brasiliana.

3. La giustizia militare federale e la sua elevata specializzazione

La giustizia militare federale, basata sulla Costituzione brasiliana del 1988 (artt. 122-124)¹², a differenza di quanto avviene in molti altri Stati, ha

sdizionale dello Stato, a cui spetta la difesa dell'ordine giuridico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali irrinunciabili. Par. 1 Sono principi istituzionali del Pubblico Ministero l'unità, l'indivisibilità e l'indipendenza funzionale. Par. 2 Al Pubblico Ministero è assicurata autonomia funzionale ed amministrativa, potendo, osservato quanto disposto nell'art. 169, proporre al Potere Legislativo la creazione e l'estinzione dei suoi incarichi e servizi ausiliari, a mezzo di concorso pubblico per esami o per esami e titoli, la politica retributiva e i piani di carriera; la legge disporrà sulla loro organizzazione e funzionamento (...).

Art. 128: «L'Ufficio del Pubblico Ministero comprende: I. il Pubblico Ministero dell'Unione, che comprende: a) il Pubblico Ministero Federale; b) il Pubblico Ministero del Lavoro; c) il Pubblico Ministero Militare; d) il Pubblico Ministero del Distretto Federale e dei Territori; II. i Ministeri Pubblici degli Stati».

¹⁰ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm.

¹¹ Art. 116: «Il Pubblico Ministero Militare è responsabile dell'esercizio delle seguenti funzioni presso gli organi della giustizia militare: I – promuovere, privatamente, i pubblici ministeri; II – promuovere la dichiarazione di indegnità o incompatibilità per il funzionario; III – esprimersi in qualsiasi fase del procedimento, accogliendo una richiesta del giudice o su sua iniziativa, quando comprende l'interesse pubblico esistente che giustifica l'intervento».

¹² Art. 122: «Sono organi della Giustizia Militare: I. il Tribunale Superiore Militare; II. i Tribunali e Giudici Militari istituiti per legge».

Art. 123: «Il Tribunale Superiore Militare sarà composto da quindici Ministri vitalizi, nominati dal Presidente della Repubblica, a seguito di approvazione dell'indicazione da parte del Senato Federale, dei quali tre scelti tra Ufficiali generali della Marina, quattro tra Ufficiali generali dell'Esercito, tre tra Ufficiali generali dell'Aeronautica, tutti in servizio attivo e nel grado più elevato della carriera, e cinque tra civili.

Par. unico. I Ministri civili saranno scelti dal Presidente della Repubblica tra brasiliani mag-

status civile, è parte della magistratura ed è istituita in modo permanente.

A questo proposito, la percezione immediata è che il costituente abbia fatto una chiara scelta orientata all'adozione della specializzazione per definire nel sistema giudiziario brasiliano le funzioni di alcune componenti della magistratura, come la giustizia del lavoro, la giustizia elettorale e la più specializzata di tutte, la giustizia militare.

Al vertice di questa giurisdizione speciale, vi è il Tribunale superiore militare, composto da quindici membri nominati a vita, tre dei quali sono ufficiali generali della Marina militare, quattro ufficiali generali dell'Esercito e tre ufficiali generali dell'Aeronautica militare, tutti in servizio attivo e nel grado più alto della carriera, e cinque membri civili, tre avvocati di notoria fama ed esemplarità e due, tra giudici federali della giustizia militare federale, membri del pubblico ministero militare.

Ai sensi dell'articolo 124 della Costituzione brasiliana, la giustizia militare federale è competente per i reati militari.

Il primo grado della giustizia militare federale si occupa dei reati militari nell'ambito delle competenze dei Consigli speciali e permanenti di giustizia e dei giudici federali, in caso di reati commessi da civili; esso è suddiviso in dodici circoscrizioni giudiziarie militari (CJM)¹³, che includono uno o più organi giudiziari militari.

Il Tribunale superiore militare ha giurisdizione penale in merito a: a) reati militari commessi da ufficiali generali (in servizio o in riserva); b) alla rappresentanza per la dichiarazione di indegnità o incompatibilità di un ufficiale; c) all'*habeas corpus*, revisione penale, appelli e altri ricorsi penali rispetto alle decisioni emesse in primo grado; d) alla dichiarazione dei Consigli (amministrativi) di giustificazione per la rimozione degli ufficiali; e) agli altri poteri e competenze giurisdizionali.

Dotata di indipendenza e imparzialità, come da mandato costituzionale, comune a tutti i rami del sistema giudiziario brasiliano, la giustizia militare è, altresì, a presidio, del rispetto delle garanzie previste dall'articolo 5 della Costituzione della Repubblica e, in particolare, della pubblicità delle sentenze e dei procedimenti giudiziari, del principio del contraddittorio e del diritto alla dife-

giori di trentacinque anni, essendo: I. tre scelti tra avvocati di notorio sapere giuridico e condotta irreprensibile, con più di dieci anni di effettiva attività professionale; II. due, con scelta paritaria, tra giudici uditori e membri dell'Ufficio del Pubblico Ministero della Giustizia Militare».

Art. 124: «Alla Giustizia Militare compete processare e giudicare i reati militari definiti dalla legge. Paragrafo unico. La legge disporrà sull'organizzazione, il funzionamento e la competenza della Giustizia Militare».

¹³ Le Circoscrizioni giudiziarie militari (CJM) hanno sede a Rio de Janeiro/RJ (1ª CJM), San Paolo/SP (2ª CJM), Porto Alegre/RS (1ª Audit del 3ª CJM), Bagé/RS (2ª Audit del 3ª CJM), Santa Maria/RS (3ª Audit del 3ª CJM), Juiz de Fora/MG (4ª CJM), Curitiba/PR (5ª CJM), Salvador/BA (6ª CJM), Recife/PE (7ª CJM), Belém/PA (8ª CJM), Campo Grande/MS (9ª CJM), Fortaleza/CE (10ª CJM), Brasilia/DF (11ª CJM) e a Manaus/AM (12ª CJM).

sa, nel pieno rispetto di quanto previsto dall'articolo 8 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo¹⁴.

Ai giudici federali della giustizia militare federale sono assicurate tutte le garanzie previste dall'articolo 95 della Costituzione della Repubblica¹⁵ e vengono applicati gli stessi divieti che sono imposti a tutti i membri della magistratura brasiliana.

Da parte loro, gli ufficiali giudici militari, membri del Consiglio permanente e speciale di giustizia, sono tratti tra gli ufficiali di carriera, "con permanenza garantita" (art. 18, Legge n. 8.457/1992)¹⁶, e possono essere

¹⁴ In https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. «Articolo 8. Garanzie giudiziarie

1. Ogni persona ha il diritto di essere ascoltata, con le dovute garanzie ed entro un termine ragionevole, da un giudice o tribunale competente, indipendente e imparziale, precedentemente stabilito dalla legge, nella determinazione di qualsiasi accusa penale nei suoi confronti, o di determinare i suoi diritti o obblighi di natura civile, lavorativa, fiscale o di qualsiasi altra natura.

2. Ogni persona accusata di illeciti ha il diritto di essere ritenuta presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sarà legalmente provata. Nel corso del procedimento, ogni persona ha diritto, nel rispetto del principio generale della legge uguale per tutti, alle seguenti garanzie minime:

a. il diritto dell'imputato di essere assistito gratuitamente da un traduttore o da un interprete, se non comprende o parla la lingua del giudice;

b. comunicazione preventiva e dettagliata all'imputato dell'accusa fatta;

c. concedere all'imputato il tempo e i mezzi adeguati per la preparazione della sua difesa;

d. diritto dell'imputato di difendersi personalmente o di essere assistito da un difensore di sua scelta e di comunicare, liberamente e in particolare, con il suo difensore;

e. il diritto di essere assistito da un difensore d'ufficio, retribuito o meno, ai sensi del diritto interno, se l'imputato non si difende né nomina difensore entro il termine stabilito dalla legge;

f. il diritto della difesa di chiedere ai testimoni presenti in tribunale e di ottenere la presenza, in qualità di testimoni o periti, di altre persone che possano fare luce sui fatti;

g. diritto di non essere obbligati ad andare contro se stessi, né di dichiararsi colpevole; e

h. diritto di impugnazione della sentenza a un giudice o a un tribunale superiore».

¹⁵ Art. 95. «I giudici hanno diritto alle seguenti garanzie:

I – carica vitalizia, che, nel primo grado, sarà acquisita solamente dopo due anni di esercizio, dipendendo la perdita della carica, in questo periodo, da delibera del tribunale a cui il giudice è vincolato e, negli altri casi, da sentenza passata in giudicato;

II – inamovibilità, salvo per motivi di interesse pubblico, nella forma dell'art. 93, VIII;

III – impossibilità di ridurre la retribuzione, fatto salvo quanto disposto agli artt. 37, X e XI, 39, § 4°, 150, II, 153, III, e 153, par. 2, I.

Par. unico. Ai giudici è vietato:

I – esercitare, anche se esonerati, un'altra carica o funzione, tranne che in veste di docenti;

II – ricevere, a qualsiasi titolo o pretesto, spese o partecipazioni giudiziarie;

III – dedicarsi ad attività politico-partitica;

IV – ricevere, a qualsiasi titolo o pretesto, aiuti o contributi da parte di privati, enti pubblici o privati, ad esclusione delle eccezioni previste dalla legge;

V – diritto di esercizio delle previsioni di legge, prima di tre anni successivi alla destituzione o all'esonero dall'incarico».

¹⁶ Art. 18: «I giudici militari dei Consigli speciali e permanenti provengono, dai ruoli degli Ufficiali di carriera, dalla sede di audit, con una vitalità garantita, utilizzando Ufficiali nella giurisdizione dell'audit, se insufficienti quelli della sede competente per territorio e, se la necessità persiste, eccezionalmente gli Ufficiali che prestano servizio in altre località coperte dalla rispettiva circoscrizione giudiziaria militare».

sostituiti solo nei casi previsti dall'articolo 31 della Legge n. 8.457/1992¹⁷.

La stabilità degli ufficiali delle forze armate, infatti, è un imperativo costituzionale, in quanto essi perdono il loro incarico solo «*per decisione di un tribunale militare di carattere permanente, in tempo di pace, o di un tribunale speciale, in tempo di guerra*» (art. 142, par. 3, VI)¹⁸.

E, in merito all'attività processuale penale da parte del sistema denominato "escabinato" (organi giudiziari misti: composti da militari e da giudici civili di carriera) previsto nell'ambito della giustizia militare federale, il Tribunale supremo federale ha già avuto modo di esprimersi: «*habeas corpus; diritto processuale penale; reato di uso e possesso di farmaci in luogo soggetto ad amministrazione militare (cpm, art. 290); incostituzionalità dell'organizzazione della giustizia penale militare (legge n. 8.457/92); improcedibilità; imparzialità del giudice (...)*».

1. *La legge n. 8.457/92, disponendo l'organizzazione della Giustizia Militare Federale crea i Consigli di Giustizia (art. 1 con art. 16) e affida loro la funzione di esercitare la giurisdizione penale, nel pieno rispetto della Costituzione della Repubblica e della Convenzione americana sui diritti umani (Patto di San José di Costa Rica), in quanto garantisce ai rispettivi membri garanzie funzionali adeguate all'imparzialità dell'ufficio giudiziario, anche se diverse da quelle attribuite alla magistratura civile (...)*¹⁹.

Dall'intero contenuto della sentenza emerge quanto segue. Innanzitutto, il rigetto dell'eccezione di incostituzionalità della Legge n. 8.457/1992, che, nell'organizzazione della giustizia militare federale, ha creato i Consigli di giustizia (artt. 1 e 16), affidando loro la funzione di esercitare la giurisdizione penale militare, senza però garantire ai rispettivi membri garanzie funzionali identiche a quelle della magistratura civile.

«*Ritengo che l'indipendenza dei magistrati militari sia garantita, nell'ipotesi, da meccanismi diversi e peculiari, ma ugualmente idonei a favorire il necessario funzionamento regolare dell'ufficio giudiziario. Cito, a titolo esemplificativo, il criterio del sorteggio quale meccanismo per la individuazione*

¹⁷ Art. 31: «*I giudici militari sono sostituiti nelle loro licenze, assenze e impedimenti, così come nelle rimozioni di carica (...)*».

¹⁸ Art. 142: «*Le Forze Armate, costituite dalla Marina, dall'Esercito e dall'Aeronautica, sono istituzioni nazionali permanenti e regolari, organizzate in base alla gerarchia e alla disciplina, sotto l'autorità suprema del Presidente della Repubblica, e destinate alla difesa della Patria, alla garanzia dei poteri costituzionali e, su iniziativa di uno qualsiasi di questi, della legge e dell'ordine. (...) Par. 3 – I membri delle Forze Armate sono denominati militari; a loro si applicano, oltre a quelle che saranno stabilite per legge, le seguenti disposizioni: (...) VI – l'Ufficiale perderà il posto e il ruolo soltanto se sarà giudicato indegno o incompatibile con il suo rango, mediante provvedimento emesso da tribunale militare a carattere permanente, in tempo di pace, o da tribunale speciale, in tempo di guerra.*».

¹⁹ STF. *Habeas Corpus* n. 115.530/PR. Min. Rel. Luiz Fux – Prima Turma, sentenza del 25/06/2013 – pubblicazione DJe 14/08/2013.

dei militari destinati alle funzioni di giudice (art. 18 della Legge n. 8.457/92), la vitalità che è loro garantita dallo stesso dispositivo giuridico, nonché la disposizione cogente ai sensi della quale, nell'esercizio delle sue funzioni, "il giudice non obbedisce se non, giuridicamente, all'autorità giudiziaria che gli è superiore" (art. 36, par. 2, Legge n. 8.457/92)».

L'argomentazione ben sviluppata da parte del pubblico ministero federale sulla simmetria costituzionale del modello stabilito dal legislatore ordinario rafforza il punto. Trascrivo integralmente il ragionamento: *«In un altro modo, il parallelo tra la formazione del suddetto Consiglio (art. 16, b), Legge n. 8.457/1992) e il provvedimento costituzionale che definisce la composizione de Tribunale superiore militare rivela che, nell'organizzare la Giustizia militare federale, il legislatore ordinario ha rispettato il principio di simmetria costituzionale, poiché, come nella composizione del Consiglio, il Tribunale superiore militare è formato, per due terzi, da ufficiali delle Forze Armate. Al riguardo, si evidenzia che: "Art. 123. Il Tribunale superiore militare sarà composto da quindici ministri a vita, nominati dal Presidente della Repubblica, dopo l'approvazione della nomina da parte del Senato federale, tre dei quali sono ufficiali generali della Marina, quattro dei quali sono ufficiali generali dell'Esercito, tre degli ufficiali generali dell'Aeronautica militare, tutti in servizio attivo e nel grado più alto della loro carriera, e cinque tra i civili". Per questi motivi, non vedo alcuna incostituzionalità della Legge n. 8.457/92 e, pertanto, rigetto la prima richiesta formulata nella petizione».*

Va inoltre notato che le Nazioni Unite, attraverso la Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti dell'uomo, hanno condotto uno studio sul funzionamento dei giudici militari attraverso un gruppo guidato dal Prof. Emmanuel Decaux²⁰. In questo lavoro sono elencati 20 principi che dovrebbero essere osservati per il funzionamento delle funzioni dei giudici militari, tra i quali spiccano i seguenti: a) la giustizia militare deve avere fondamento nella Costituzione e integrare il sistema giudiziario; b) garantire il giusto processo e il rispetto delle norme e delle procedure riconosciute dal diritto internazionale, anche in periodi eccezionali o in caso di calamità naturali o di pericolo pubblico eccezionale; c) la pubblicità della giustizia deve essere la norma, non la sua segretezza; d) le misure restrittive della libertà personale non possono essere segrete, per quanto riguarda l'identità delle persone e il luogo di detenzione; e) garanzia dell'esercizio dell'*habeas corpus* a tutti coloro che sono privati della libertà; f) esistenza di un tribunale competente, indipendente e imparziale, con esclusione di "giudici senza volto" o di pubblici ministeri segreti; g) partecipazione al processo da parte delle vittime; h) diritto di ricorso dinanzi ai tribunali ordinari; i) divieto della pena di morte; e j) revisioni periodiche del

²⁰ In <http://hrlibrary.umn.edu/instree/DecauxPrinciples.html>.

diritto penale militare²¹. Tutti questi principi sono rispettati dalla giustizia militare brasiliana.

Allo stesso modo, l'allora Ministro del Tribunale superiore militare, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, commentando i risultati del Seminario internazionale, tenuto dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, presso il Palazzo Itamaraty a Brasilia, nell'analisi dell'applicazione del diritto penale militare, ha affermato: «*Oggi è opinione comune che la Giustizia Militare Federale, in Brasile, operi secondo regole riconosciute a livello internazionale, garantisca l'uguaglianza di tutti davanti alla legge, rispetti i principi dello stato di diritto democratico e rispetti i diritti umani*»²².

4. *Le funzioni del pubblico ministero militare*

Come per la giustizia militare federale, il pubblico ministero militare è un organo avente *status* civile, che è composto da membri che accedono alla carriera dopo aver superato un concorso pubblico per titoli ed esami ed hanno le medesime garanzie ed obblighi degli altri membri del pubblico ministero brasiliano.

Strutturato sull'incarico iniziale di promotore della giustizia militare e poi sviluppatosi in altre due categorie gerarchicamente sovraordinate, rispettivamente, il procuratore della giustizia militare e il sostituto procuratore generale della giustizia militare, l'ufficio del pubblico ministero militare ha attualmente una struttura funzionale composta di 79 membri, 44 dei quali sono promotori della giustizia militare, altri 22 sono procuratori della giustizia militare e 13 sono sostituti procuratori generali della giustizia militare.

Gli appartenenti alle prime due classi di carriera svolgono le loro funzioni presso gli uffici del pubblico ministero di primo grado, che hanno sede nello stesso comune ove sono collocati i tribunali militari, i c.d. *uditori della giustizia militare*.

Il Procuratore generale e i Sostituti procuratori generali militari esercitano le loro funzioni presso l'ufficio della Procura generale della giustizia militare e agiscono dinanzi al Tribunale superiore militare.

Tra le attribuzioni del pubblico ministero militare, figurano: promuovere l'azione penale pubblica, intraprendere attività investigative dirette e richiedere alla polizia giudiziaria militare l'attivazione di indagini, agire in giudizio presso il Tribunale superiore militare per la dichiarazione di indegnità o incompatibilità degli ufficiali e esercitare il controllo esterno sull'attività di polizia.

²¹ K. MARTIN-CHENUT, *Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional*, in *Revista Direito Militar*, 2008, 73, pp. 15-18.

²² F.F. DA CUNHA BIERRENBACH, *Dois Séculos de Justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil*, Lettera.doc, San Paolo, 2010, pp. 65-66.

Un altro aspetto importante dell'attività del pubblico ministero militare discende dal principio dell'applicazione extraterritoriale della legge penale militare. Ciò gli garantisce un ruolo di prevenzione penale rispetto ai militari brasiliani, che partecipano alle c.d. *forze di pace*, tramite direttive e visite ispettive nelle aree dove le Nazioni Unite sono impegnate a ristabilire la pace e l'ordinata convivenza dei popoli.

Questa caratteristica comporta l'esercizio dell'azione penale sui reati militari o su altre condotte penalmente rilevanti commesse al di fuori del territorio nazionale, come nel caso dell'incendio della stazione antartica "Comandante Ferraz", il 25 febbraio 2012²³, o dell'arresto in flagranza di reato di un militare dell'Aeronautica brasiliana, nella città di Siviglia, in Spagna, il 25 giugno 2019, per traffico internazionale di sostanze stupefacenti²⁴.

Tra le attività interne si evidenziano anche le competenze ispettive negli istituti penitenziari militari (come le crescenti attività in ambito extrapenale), con la possibilità di intraprendere "l'inchiesta civile," regolamentata dalla Risoluzione n. 100/2018 del Consiglio superiore del pubblico ministero militare²⁵, e la presenza sempre più rilevante, nell'ambito della giustizia federale ordinaria, dell'iniziativa o del collegamento attivo, nelle azioni civili pubbliche, come nel caso del personale militare subordinato (in particolare dei c.d. *famigli*), assegnato a compiti di carattere eminentemente domestico nelle abitazioni dei loro superiori²⁶. Rilevano, inoltre, l'azione relativa al servizio militare obbligatorio e all'obiezione di coscienza²⁷, al mancato uso delle cinture di sicurezza nei veicoli militari²⁸ e altre relative ad azioni di responsabilità per violazione di regole amministrative.

Sul ruolo del pubblico ministero militare nei processi collettivi che coinvolgono tematiche di natura militare, la sua struttura snella e la conoscenza particolarmente approfondita delle peculiarità della struttura funzionale, assiologica e operativa, delle forze armate hanno consentito di effettuare analisi articolate sul principio di specialità.

Infatti, nella sentenza REsp n. 1.339.383-RS, a seguito di un'azione civile pubblica sul servizio militare obbligatorio e sull'obiezione di coscienza, il Tri-

²³ In <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/6073-dois-anos-de-detencao-stm-condena-suboficial-da-marinha-por-incendio-na-base-brasileira-na-antartica>.

²⁴ In <https://www.mpm.mp.br/mpm-denuncia-militar-presos-em-sevilha-por-trafego-de-drogas/>.

²⁵ In <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/07/resolucao-100-altera-da-resolucao-66.pdf>.

²⁶ Notizia disponibile in <https://www.mpm.mp.br/justica-proibe-uso-de-taifeiros-para-servicos-domesticos-nas-residencias-de-oficiais-em-santa-maria/>.

²⁷ In <http://www.mpf.br/br/sala-de-imprensa/noticias-rs/mpf-rs-e-mpm-querem-que-a-uniao-implemente-servico-alternativo-ao-servico-militar-obrigatorio>.

²⁸ In <https://www.mpm.mp.br/pjm-santa-maria-acp-pelo-uso-do-cinto-de-seguranca/>.

bunale superiore di giustizia si è pronunciato sulla legittimità a comparire in giudizio del pubblico ministero militare con il pubblico ministero federale nell'ambito della giustizia federale (ordinaria): «*Per quanto riguarda la legittimità del Pubblico Ministero Militare, si segnala che la Costituzione Federale, oltre alla previsione dell'unicità del Pubblico Ministero, demandava alla legge complementare il provvedimento per le attribuzioni di ciascun ramo del Pubblico Ministero (par. 5 dell'art. 128 del CF/1988), stabilendo, tuttavia, alcune funzioni istituzionali:*

“Art. 129. Sono funzioni istituzionali del Pubblico Ministero (...)»

I – assicurare l'effettivo rispetto delle Autorità Pubbliche e dei servizi di pubblica rilevanza per i diritti sanciti in questa Costituzione, promuovendo le misure necessarie per garantirli; (...)

III – promuovere l'inchiesta civile e l'azione civile pubblica, per la protezione dei beni pubblici e sociali, dell'ambiente e di altri interessi diffusi e collettivi; (...)

IX – esercitare le altre funzioni che gli possono essere conferite, purché compatibili con lo scopo, con divieto di rappresentanza giudiziaria e consulenza legale di enti pubblici”.

Non vi è, quindi, alcun ostacolo all'azione del Pubblico Ministero Militare, in collaborazione con il Pubblico Ministero Federale, al fine di assicurare la garanzia del diritto all'obiezione di coscienza, nonché la sua effettiva attuazione da parte degli organi competenti, poiché ha una competenza derivante da previsioni costituzionali.

Si precisa, a questo proposito, che le competenze specifiche previste per il Pubblico Ministero Militare, presso la Giustizia Militare, previste dagli articoli 116 e 117 della Legge Complementare n. 75/1993 non ne escludono la legittimità ad agire di concerto con il Pubblico Ministero Federale, quando la causa da difendere lo richieda o sia conveniente per entrambi²⁹».

Allo stesso modo, merita di essere evidenziato il controllo del pubblico ministero militare sulle operazioni svolte dalle forze armate in materia di mantenimento dell'ordine pubblico, come nel caso esemplificativo rappresentato dall'intervento federale in tema di pubblica sicurezza nella città di Rio de Janeiro. Esso è stato deciso nel 2018 al fine di garantire non solo una maggiore efficienza nella repressione dei reati militari commessi in tale contesto, ma anche per consentire il miglioramento delle procedure e dei protocolli adottati dalle forze armate. Si citano, ad esempio, le “raccomandazioni” sull'utilizzo delle telecamere da parte delle truppe nelle attività di ordine pubblico³⁰ e sulla necessità di adozione di un protocollo per la relazionalità con la popolazione, in

²⁹ In https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201735697&dt_publicacao=23/04/2014.

³⁰ In <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/08/pjm-rio-1-2018.pdf>.

particolare, con i bambini, gli adolescenti, gli anziani e le persone con disabilità³¹.

È in questo ambito che viene evidenziato il ruolo di *ombudsman* del pubblico ministero militare³², che si presenta come un canale di comunicazione diretto tra la società e le istituzioni, volto a dare efficacia, mantenere e migliorare uno *standard* di eccellenza nei servizi e nelle attività fornite dalle istituzioni. Inoltre, il Segretariato per i diritti umani, il diritto umanitario e le relazioni internazionali (SDHRI)³³ è competente, tra l'altro, alla formulazione di politiche e linee guida da seguire in questo settore nell'ambito delle attività svolte dal pubblico ministero militare e a suggerire specifiche misure in relazione a fatti che implicano violazioni delle garanzie internazionali a tutela dei diritti umani.

In un altro ambito di attività è stato recentemente istituito l'Osservatorio del pubblico ministero dell'Unione Federale sulla corruzione³⁴ che, tra le altre funzioni, promuove studi e raccolta di dati statistici sulle sanzioni imposte nei casi di corruzione, frode e appropriazione indebita di risorse pubbliche in seno delle forze armate, propone misure concrete e normative per il miglioramento delle procedure extragiudiziali e il rafforzamento dell'efficacia dei processi, comprese l'implementazione e l'ammodernamento dell'organizzazione degli uffici del pubblico ministero militare, propone la sottoscrizione di accordi di cooperazione tecnica con enti pubblici e privati per l'implementazione di strumenti e soluzioni riguardanti la prevenzione, l'inchiesta e l'esercizio dell'azione penale contro atti illeciti, e la riparazione dei danni erariali. L'Osservatorio dovrà proporre raccomandazioni e linee guida in tema di azioni e procedure per l'integrità dell'amministrazione pubblica.

In altre parole, pur essendo essenzialmente attivo nel perseguimento dei reati militari, nel mantenimento della gerarchia e della disciplina, per via della formulazione delineata dalla Costituzione del 1988 e dalla Legge complementare n. 75/1993, il pubblico ministero militare ha oggi la capacità di sviluppare azioni preventive, di carattere extragiudiziale.

³¹ In <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/06/pgjm-protocolo-abordagem-23-4-18.pdf>.

³² Maggiori informazioni in <https://www.mpm.mp.br/ouvidoria/>.

³³ Portaria n° 151/PGJM, de 20 de agosto de 2020, in <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/09/sintese-25-agosto-2020.pdf>.

³⁴ Portaria n° 145/PGJM, de 07 de agosto de 2020, in <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-145/pgjm-de-7-de-agosto-de-2020-271795232>.

5. Le recenti riforme legislative

Recenti riforme legislative hanno portato significativi progressi nel sistema penale e nella procedura penale militare, che hanno rafforzato la giustizia militare e l'istituto del pubblico ministero militare. Si tratta delle Leggi n. 13.491/2017³⁵ e n. 13.774/2018³⁶.

La prima di queste introduce cambiamenti rilevanti sulle competenze della giustizia militare federale, modificando la formulazione dell'alinea II dell'articolo 9 del Codice penale militare e considerando reati militari alcuni reati previsti dalla legge penale ordinaria.

A seguito dell'emanazione della nuova legge, attualmente sono soggetti alla giustizia militare federale, ad esempio, le molestie sessuali commesse da personale militare all'interno di un'organizzazione militare, l'abuso di autorità (Legge n. 13.869/2019), i reati previsti dalla legislazione sulle offerte e sui contratti amministrativi in attività svolte dalle forze armate (Legge n. 8.666/1993), i reati di cui alla Legge n. 12.850/2013 (organizzazioni criminali), l'associazione a delinquere (art. 288 c.p.), la tortura (Legge n. 9.455/1997), il riciclaggio di denaro (Legge n. 9.613/1998), i reati ambientali (Legge n. 9.605/1998), le violazioni dello statuto sul disarmo (Legge n. 10.826/2003), oltre ai reati di droga (Legge n. 11.343/2006).

L'altro emendamento alla Legge n. 13.491/2017 riguarda l'attribuzione alla giustizia militare federale della competenza a giudicare i reati intenzionali contro la vita di civili, perpetrati da personale militare delle forze armate, quando esercitati nell'ambito di: a) attribuzioni stabilite dal Presidente della Repubblica o dal Ministro della difesa; b) sicurezza di un'istituzione militare o missione militare; c) attività di natura militare, operazioni di mantenimento della pace, garanzia della legge e dell'ordine pubblico (GLO) o attribuzioni sussidiarie svolte in conformità a quanto previsto dall'articolo 142 della Costituzione federale, ai sensi del Codice aeronautico brasiliano, della Legge complementare n. 97/1999, del Codice di procedura penale militare e del Codice elettorale³⁷.

³⁵ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm.

³⁶ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13774.htm.

³⁷ «Art. 9. I reati militari, in tempo di pace, sono considerati:

(...) Par. 2. I reati descritti dal presente articolo, quando intenzionali contro la vita e commessi da personale militare delle Forze Armate contro civili, saranno di competenza della Giustizia Militare Federale, se praticati nel contesto: (Legge n. 13.491, del 2017).

I – l'adempimento delle attribuzioni stabilite dal Presidente della Repubblica o dal Ministro della Difesa; (Legge n. 13.491, del 2017).

II – azioni che implicino la sicurezza di un'istituzione militare o missione militare, anche se non bellica; (Legge n. 13.491, del 2017).

III – attività di natura militare, operazioni di mantenimento della pace, garanzia dell'ordine pubblico o incarico sussidiario, svolte secondo quanto previsto dall'art. 142 della Costituzione Federale e ai sensi dei seguenti strumenti giuridici: (Legge n. 13.491, del 2017).

In merito a tali modifiche, sono state depositate due ricorsi diretti di incostituzionalità (ADI), n. ADI 5.804 e n. ADI 5.901.

Nel primo (n. ADI 5.804), depositato dall'Associazione dei delegati di polizia del Brasile (ADEPOL/BRASIL), si sostiene che il paragrafo II dell'articolo 9 del Codice penale militare, secondo la formulazione data dalla Legge n. 13.491/2017, contrasterebbe con la previsione dell'articolo 144, paragrafi 1, IV, e 4 della Costituzione federale. Questo perché, secondo il ricorrente, i fatti preveduti dal diritto penale comune come delitti non potevano essere oggetto di indagine da parte della polizia militare, dato il «*principio di esclusività delle funzioni di polizia giudiziaria (delegati di polizia federale e statale)*».

Nella seconda (n. ADI 5.901), il Partito Socialismo e Libertà (PSOL), soggetto ricorrente, evidenziava che la Legge n. 13.491/2017, nel modificare il paragrafo 2 alinea e) dell'articolo 9 del Codice penale militare e nel prevedere la competenza della giustizia militare federale a conoscere di crimini intenzionali contro la vita di civili, commessi da personale militare delle forze armate, violi i punti XXXVIII, LIII e LIV dell'articolo 5 della Costituzione federale del 1988, nonché i trattati internazionali sui diritti umani. In merito alla presunta violazione dell'articolo 5 della Costituzione federale, il ricorrente sosteneva che la modifica legislativa contestata fosse in conflitto con la competenza del Tribunale della giuria, il solo competente a giudicare i reati volontari contro la vita (punto XXXVIII), violasse il giusto processo (punto LIV) ed il principio del giudice naturale.

Il pubblico ministero militare è intervenuto come *amicus curiae* (“collaboratore” del Tribunale supremo federale) nei due ricorsi diretti di incostituzionalità sopra citati, poiché le richieste erano direttamente collegate all'esercizio delle sue funzioni, e finalizzate affinché la specialità della giustizia militare federale potesse essere evidenziata come anche il tema della repressione penale dei reati militari.

E, naturalmente, il *parquet* militare difende la costituzionalità della Legge n. 13.491/2017.

In merito alla formulazione data al punto II dell'articolo 9 del Codice penale militare da parte della Legge n. 13.491/2017, con l'aggiunta dell'espressione “*e quelle previste dal diritto penale*”, il pubblico ministero militare ha presentato una memoria alla Tribunale supremo federale nella quale afferma che la proposta di modifica è equivalente, in sostanza, alla previsione di nuove categorie di reati nello stesso Codice penale militare, ampliando l'elenco dei reati militari.

a) Legge n. 7.565, del 19 dicembre 1986 – Codice aeronautico brasiliano; (Legge n. 13.491, del 2017).

b) Legge complementare n. 97, del 9 giugno 1999; (Legge n. 13.491, del 2017).

c) Decreto-Legge 21 ottobre 1969, n. 1.002 – Codice di procedura penale militare; e (Legge n. 13.491, del 2017).

d) Legge 15 luglio 1965, n. 4.737 – Codice elettorale. (Legge n. 13.491, del 2017)».

Se prevalesse l'argomento secondo cui l'ampliamento dell'elenco dei reati militari promosso dalla Legge n. 13.491/2017 è incostituzionale, sarebbe necessario concludere che l'elenco dei reati militari del Codice penale militare è esaustivo e immutabile, il che sarebbe inaccettabile.

In relazione alla repressione di reati intenzionali contro la vita di civili commessi da personale militare, nei casi previsti dal paragrafo 2 dell'articolo 9 del Codice penale militare, il pubblico ministero militare ha sostenuto che il trasferimento di giurisdizione, in questa materia, al Tribunale della giuria, era avvenuto già nel 1996, con la Legge n. 9.299. Questo provvedimento normativo è collegato allo sdegno popolare a seguito dell'omicidio di bambini e adolescenti, indagato da una Commissione parlamentare d'inchiesta che concluse che «*il processo agli Ufficiali di Polizia militare coinvolti è alterato dal corporativismo*».

Per questo motivo, la Presidenza della Repubblica ha inviato al Congresso nazionale il progetto di Legge n. 779/1996, corredato dalla Nota esplicativa del Ministro della Giustizia n. 475/1996, per riscrivere l'unico paragrafo dell'articolo 9 del Codice penale militare e disporre che «*(l')omicidio (art. 121 CP) e le lesioni personali (art. 129 CP) commessi contro civili da parte di militari e Ufficiali della Polizia militare e dei Vigili del fuoco degli Stati e del Distretto federale, nell'esercizio dell'attività giudiziaria, non sono reati militari*»³⁸.

A sua volta, la riforma giudiziaria, promossa dall'emendamento costituzionale n. 45/2004, ha modificato la Carta costituzionale, per quanto riguarda la competenza dei tribunali militari, evidenziando la loro competenza nella sola ipotesi in cui la vittima abbia *status* civile e nel caso in cui i reati siano commessi da personale militare.

Vale la pena evidenziare una notevole differenza tra la competenza penale dei tribunali militari dello Stato e quella della giustizia militare federale: mentre, a termini del paragrafo 4 dell'articolo 125 della Costituzione della Repubblica, spetta ai tribunali militari dello Stato giudicare esclusivamente i reati militari definiti dalla legge, fatta eccezione per la competenza del Tribunale della giuria, alla giustizia militare federale, ai sensi dell'articolo 124 della CRFB, compete perseguire i reati militari, indipendentemente dallo *status* del soggetto agente.

Ne era derivata la particolare situazione, assolutamente incongrua, determinata dalla norma in vigore fino all'emanazione della Legge n. 13.491/2017, in base alla quale un reato militare commesso intenzionalmente da civili contro l'integrità delle forze armate, dovrebbe essere giudicato dalla giustizia militare federale, mentre l'omicidio di un civile, compiuto da un militare delle forze armate, in qualsiasi ipotesi descritta all'articolo 9 del Codice pe-

³⁸ In <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN1992.pdf#page=20>.

nale militare, sarebbe giudicato dalla giustizia ordinaria; in altri termini, nella configurazione in vigore fino a quel momento, il civile era giudicato dalla giustizia militare federale e il militare delle forze armate dalla giustizia ordinaria.

In questo senso, la Legge n. 13.491/2017 ha solo corretto queste incongruenze, prevedendo che spetta alla giustizia militare federale giudicare tutti i crimini militari, anche se attentano alla vita, indipendentemente dalle condizioni della vittima. Il trattamento differenziato, che si traduce nella restituzione di tale competenza alla giustizia militare federale, è giustificato dalle particolarità dell'attività militare e dal fatto che tale azione è molto distante dal concetto di attività di polizia.

Per mandato costituzionale, le funzioni delle forze armate non sono limitate alla difesa della patria e del territorio nazionale, comprendendo anche la sicurezza dei poteri costituzionali, la garanzia della legge e dell'ordine pubblico (art. 142, *incipit*).

Così, oltre a difendere lo Stato dal nemico, garantendo l'indipendenza politica e territoriale, i militari delle forze armate devono sempre più prepararsi ad affrontare criminali comuni, quali: contrabbandieri, soggetti che devastano l'ambiente naturale, trafficanti di armi, droga e persone, *hacker*, terroristi e pirati, nonché ad essere impiegati in missioni volte alla soluzione di conflitti che coinvolgono gli interessi delle popolazioni indigene locali, in particolar modo, in tema di controversie sulla proprietà terriera e sul controllo delle malattie.

Ma questa prospettiva è da ritenersi molto più ampia; infatti, le forze armate sono sempre più impiegate in operazioni dirette a garantire la legge e l'ordine pubblico, soprattutto nelle comunità svantaggiate nei grandi centri urbani, al fine di ripristinare la stabilità e la pace sociale nelle aree in cui gli agenti di pubblica sicurezza sono in difficoltà a causa della insufficienza di mezzi o della loro consistenza numerica.

Queste attività, costituzionalmente attribuite alle forze armate, sono regolate dalla Legge complementare 9 giugno 1999, n. 97³⁹, e tutte, quindi, hanno carattere militare, nonostante le opinioni contrarie che talvolta cercano di sminuire la rilevanza di tali attività.

Pertanto, al fine di garantire alle forze armate un importante strumento di certezza del diritto, la Legge n. 13.491/2017 ha restituito alla giustizia militare federale la competenza per quei reati che comportano la commissione di crimini volontari contro la vita di civili quando si siano verificati nel contesto di attività costituzionalmente delegate alle forze armate, in quanto ramo della magistratura dello Stato competente a giudicare cause in cui si deve tenere conto del particolare contesto militare.

I ricorsi diretti di incostituzionalità n. 5.804 e n. 5.901 sono ancora in at-

³⁹ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm.

tesa di definizione da parte del Tribunale supremo federale⁴⁰.

La Legge n. 13.774/2018 ha modificato alcune disposizioni della Legge n. 8.457/1992⁴¹, che organizza la giustizia militare federale e regola il funzionamento dei suoi servizi ausiliari.

La nuova normativa, tra le altre misure, ha trasferito dai Consigli di giustizia al giudice federale di giustizia militare, il potere di giudicare i reati militari commessi da civili anche se imputati unitamente a personale militare (art. 30, inc. I-B).

Il medesimo provvedimento normativo ha provveduto a modificare la denominazione della carica di giudice-auditore in giudice federale della giustizia militare federale, al fine di far capire che si tratta di un giudice civile, della magistratura dell'Unione, cui fanno capo i diritti e le garanzie previsti dall'articolo 95 della Costituzione della Repubblica, e a cui si applicano gli stessi divieti che sono imposti a tutti i membri della magistratura brasiliana. Inoltre, la Legge n. 13.774/2018 ha assegnato a tale carica la presidenza dei consigli di giustizia, precedentemente conferita al giudice militare più anziano.

Inoltre, la suddetta Legge prevede che la carica di *Corregidor* della giustizia militare federale sarà ricoperta dal Vice-presidente del Tribunale superiore militare e, inoltre, che la decisione da parte da parte di magistrato di primo grado, su: *habeas corpus*, *habeas data* e ordine di *mandamus* contro un atto dell'autorità militare, presa a causa della commissione di un reato militare, ad eccezione di quello commesso da un ufficiale generale, ricade sotto la giurisdizione del Tribunale superiore militare.

Questo scenario dimostra che il legislatore è consapevole della necessità di aggiornare il sistema di norme afferente al diritto penale e alla procedura penale militare, allo stesso modo in cui riconosce l'importanza della giustizia militare federale e del pubblico ministero militare.

Tali innovazioni, quindi, pur ampliando le categorie dei reati militari, migliorano l'efficacia, delle attività di prevenzione e repressione dei reati commessi in danno delle forze armate, razionalizzano l'organizzazione della giustizia militare federale, e rafforzano la dignità di questa istituzione e del pubblico ministero militare.

⁴⁰ Per il monitoraggio e l'accesso alle parti menzionate v. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5298182> e <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5359950>.

⁴¹ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18457.htm.

6. *Le sfide*

6.1. *La professionalizzazione della polizia giudiziaria militare*

Riferendosi all'azione penale militare, una questione che suscita notevole preoccupazione nell'ambito del pubblico ministero militare e delle forze armate è l'assenza di una polizia giudiziaria militare istituzionalizzata.

L'attuale modello di polizia giudiziaria militare risale al 1969, configurato dal Decreto Legge n. 1.002 del 21 ottobre dello stesso anno, che istituiva il Codice di procedura penale militare. La sua funzionalità, come proposta nel suddetto testo di legge, ha soddisfatto gran parte delle esigenze fino all'avvento della Costituzione del 1988, che ha adottato il sistema accusatorio.

Tuttavia, il modello conforme all'orientamento costituzionale non è più in linea con le esigenze contemporanee di una società "rischiosa", in cui le condotte criminali hanno acquisito un elevato grado di sofisticazione. Dunque, vi è la necessità di una polizia investigativa tecnicamente più professionalizzata che possa, con efficienza e rapidità, procedere alle indagini.

In questa prospettiva, quando si guarda all'attuale quadro costituzionale, c'è un modello che cerca di rispettare le singolarità del contesto giuridico-militare, adottando una giurisdizione speciale per perseguire e giudicare reati militari, sia a livello statale (regionale) che federale e optando per un ramo del pubblico ministero con capacità altrettanto specialistiche: il pubblico ministero militare.

La stessa Costituzione, nonostante la mancanza di una disposizione specifica sulla polizia giudiziaria militare federale o regionale – omissione che forse può essere attribuita a una inerzia del Costituente originario – pur avendo assegnato alla polizia federale l'esercizio esclusivo delle funzioni di polizia giudiziaria dell'Unione Federale, sembra essersi ricordata dell'esistenza dei reati militari quando li sottrae alle funzioni della polizia civile. Questo seppur eccezionalmente, poiché li considera oggetto di indagini da parte del corpo militare. Il Codice di procedura penale militare prevede la polizia giudiziaria militare dell'Unione Federale.

Con una tale visione ermeneutica, ponendosi il tema della specializzazione come linea guida costituzionale di procedura penale militare, è evidente la propensione per una giustizia militare e un pubblico ministero militare con identica specializzazione. D'altronde, sebbene non così chiara, ma comunque percepibile nella Costituzione, ci sarebbe sicuramente anche una propensione per una polizia giudiziaria militare, che dovrebbe essere realizzata da leggi ordinarie.

Ciò che appare evidente è che il modello di polizia giudiziaria previsto dall'attuale ordinamento processuale penale militare brasiliano ha bisogno di adeguatezza, come ad esempio, di un organo investigativo specializzato, per far fronte alle esigenze di prestazioni sempre più tecniche, professionali ed effi-

cienti, soprattutto in considerazione delle complesse e ricorrenti pratiche illegali poste in essere dalle organizzazioni criminali che realizzano attacchi contro i beni dell'amministrazione militare.

Il Codice di procedura penale militare brasiliano, al Titolo II, Capitolo unico, riserva spazio alla disciplina della polizia giudiziaria militare, delineando le modalità del suo funzionamento e l'ambito delle sue competenze, tenendo in considerazione il grado gerarchico nell'indicazione dei titolari di tale attività investigativa ed avendo cura di provvedere all'istituto di delega in determinate situazioni, sempre nel rispetto del principio di gerarchia.

Dall'esame della normativa vigente, è possibile rilevare la competenza a promuovere le indagini sui reati militari ed i loro autori, oltre che sui reati che, per legge speciale, sarebbero soggetti alla giurisdizione militare.

In questa prospettiva, sono inevitabili le critiche al modello giuridico configurato nell'articolo 7 del Codice di procedura penale militare brasiliano, quando si elencano le autorità responsabili dell'esercizio dei doveri inerenti alla polizia giudiziaria militare. In particolare, ai sensi di questa disposizione: «(...) *La polizia giudiziaria militare è esercitata ai sensi dell'articolo 8, dalle seguenti autorità, secondo le rispettive giurisdizioni:*

a) dai Ministri della Marina Militare, dell'Esercito e dell'Aeronautica Militare, su tutto il territorio nazionale e al di fuori di esso, in relazione alle forze e agli organi che costituiscono i loro Ministeri, nonché al personale militare che, in tale qualità, svolge una missione ufficiale, permanente o transitoria, in un paese straniero;

b) dal Capo di Stato Maggiore delle Forze Armate, in relazione agli enti che, per legge, sono sotto la sua giurisdizione;

c) dai capi di stato maggiore e dal segretario generale della Marina, negli organi, forze e unità ad essi subordinate;

d) dai comandanti dell'Esercito e dal Comandante in Capo dello Squadrone, negli organi, forze ed unità comprese nell'ambito della rispettiva azione di comando;

e) da comandanti della Regione Militare, Distretto Navale o Zona Aerea, negli organi e unità dei rispettivi territori;

f) dal Segretario del Ministero dell'Esercito e dal Capo di Stato Maggiore del Ministero dell'Aeronautica, negli organi e servizi ad essi subordinati;

g) dai direttori e dai capi di organi, dipartimenti, istituzioni o servizi previsti dalle leggi di base sull'organizzazione della Marina, dell'Esercito e dell'Aeronautica Militare;

h) da comandanti di forze, unità o navi».

D'altro canto, possono aversi deleghe di attività di polizia giudiziaria militare: «(...) *in ottemperanza alle norme regolamentari di giurisdizione, gerarchia e comando, i compiti elencati in questo articolo possono essere delegati a funzionari in servizio attivo, per scopi specifici e per un tempo limitato.*

Paragrafo 2. Nel caso di una delega per l'avvio di un'indagine di polizia militare, la prima deve ricadere in un Ufficiale di grado superiore all'imputato, sia esso Ufficiale in servizio, di riserva, pagato o non retribuito o in pensione.

Paragrafo 3. Se non è possibile designare un Ufficiale di grado superiore all'imputato, può essere nominato un funzionario dello stesso grado, purché più anziano.

Paragrafo 4. Se l'imputato è un funzionario della riserva o in pensione, l'anzianità non prevale per la delega.

Nomina del delegato e invocazione dell'inchiesta da parte del ministro

Paragrafo 5. Se la posizione e l'anzianità del funzionario in servizio escludono assolutamente l'esistenza di un altro Ufficiale in servizio attivo in condizioni del paragrafo 3, il ministro competente è responsabile della nomina dell'Ufficiale di riserva di grado più alto per realizzare le indagini» (art. 7, par. 1).

Da quello che possiamo vedere, il legislatore brasiliano aveva previsto autorità di polizia giudiziaria militare con compiti amministrativi ed operativi di alto livello, frequenti e molteplici; un ruolo molto specializzato probabilmente incompatibile con le strutture a disposizione.

D'altra parte, la mera delega delle suddette attribuzioni, da sola, non risolve una questione che da tempo si protrae, consistente nel livello di qualificazione dei delegati militari che assumeranno il difficile compito di indagare sui fatti criminali e sulla loro paternità.

Si può affermare che, forse, problemi non dovrebbero esservi per indagini su reati funzionali o propriamente militari, quali la diserzione, l'abbandono della funzione, l'insubordinazione verso il superiore, ecc. In questi casi, le indagini non sono molto complicate. Il problema si pone invece quando le indagini riguardano fatti più ampi e complessi che fanno sorgere la necessità per l'autorità investigativa di avere una formazione giuridica e scientifica sufficiente per svolgere bene il proprio ruolo.

In questa linea di analisi critica, ciò che si può constatare dal modello inserito nel Codice di procedura penale militare brasiliano è che le modalità di esercizio della polizia giudiziaria militare non corrispondono alle esigenze contemporanee in cui il professionista dell'attività investigativa deve avere una formazione sufficiente, una conoscenza giuridica e tecnica per potere svolgere l'attività con la massima efficienza e tempestività.

È vero che, allo stato attuale, la polizia giudiziaria militare dipende dall'orientamento del titolare dell'azione penale militare, in questo caso il pubblico ministero militare, il naturale destinatario delle indagini. Illuminante al riguardo è l'avvertimento del Mendroni: «(a) *affinché le prove ricevano un'analisi coerente, in 'distillazione', la Polizia deve denunciare immediatamente, o quanto prima, al Procuratore, l'accertamento di un reato, affinché egli, analizzando la gravità e l'urgenza del fatto criminale, possa valutare la necessità del provvedimento da*

adottare, proprio per conservare o raccogliere prove importanti, comunicando con l'ufficiale di polizia o talvolta presentandosi di persona sulla scena del delitto dove si è verificato, per effettuare le necessarie analisi dirette delle prove locali»⁴².

Quindi, al fine di sopperire a eventuali carenze del modello proceduralmente previsto, è essenziale che i responsabili delle indagini di polizia militare, che agiscono in qualità di delegati di polizia, pur privi di credenziali scientifiche e giuridiche, mantengano un contatto permanente e fluido tra la polizia e il pubblico ministero militare, in modo che ricevano tutte le indicazioni sulle fasi future delle indagini avviate, al fine di preservare la raccolta delle prove.

Questo può fare la differenza, poiché, con l'accettazione del sistema accusatorio da parte della Costituzione federale, compreso il controllo esterno sull'attività di polizia da parte del pubblico ministero, è ragionevole dedurre, con Ribeiro, che *«la designazione più coerente con l'attuale sistema in vigore sarebbe quello di una polizia ministeriale e non giudiziaria, che è destinata ad agire più da vicino e direttamente, sotto il controllo del titolare dell'azione penale, quanto ai fatti criminali e rispettivi autori»⁴³.*

Ancora secondo Mendroni, *«la missione del pubblico ministero è di fornire agli atti, per quanto possibile, prove inconfutabili. Ciò significa produrre evidenze probatorie solide, chiare e logiche, che, unite e analizzate all'interno del contesto stesso, possano portare ad un'unica conclusione»⁴⁴.*

Per poter raggiungere questo scopo, deve essere svolta un'azione intelligente, efficiente e agile da parte delle istituzioni di sostegno: in particolare la polizia, che, di regola, svolge le indagini pre-procedurali e deve sviluppare tutte le azioni per scoprire l'autore del crimine.

In questo ambito riveste la massima importanza il coordinamento tra polizia e pubblico ministero, destinatario finale del lavoro investigativo. Deve esserci una sintonia tra le due istituzioni per poter beneficiare della più efficiente produzione delle prove.

Spesso, a seconda della dimensione dei fatti da indagare, è necessario adottare una concentrazione delle forze in campo (che in Brasile si chiama “*força tarefa*”), un modello ritenuto più efficace perché prevede la collaborazione reciproca di più attori coinvolti nel procedimento penale⁴⁵.

Mendroni, trattando il tema relativo alla raccolta delle prove, sottolinea che: *«(q)uesta attività svolta dalla polizia, dopo la commissione del reato, è di*

⁴² M. BATLOUNI MENDRONI, *Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais*, San Paolo, 2010, p. 80.

⁴³ D. COSTA RIBEIRO, *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*, San Paolo, 2003, p. 252.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

fondamentale importanza per il successivo chiarimento delle circostanze. Più efficiente, maggiori sono le possibilità di chiarificazione completa, e, d'altra parte, meno materiale è stato raccolto, minori sono le possibilità di chiarimento e, quindi, più oscuro e meno conclusivi diventeranno i fatti»⁴⁶.

Come detto sopra, con la Legge n. 13.491/2017, si è avuto un impatto considerevole sull'espansione della giustizia militare federale, in quanto ipotesi delittuose precedentemente non previste dall'articolo 9 del Codice penale militare, con i suoi elementi di specializzazione, sono state incluse nella norma, classificandosi conseguentemente come reati militari ai fini dell'articolo 124 dell'attuale Carta costituzionale.

In questo modo, le tipologie criminali inserite in leggi penali speciali, dinanzi alla giurisdizione della giustizia federale ordinaria, come ad esempio quelle previste dalla Legge n. 8.666/1993 (in tema di appalti pubblici), quando esercitate alle condizioni aggiunte dalla Legge n. 13.491/2017, sono ora soggette alla giurisdizione penale militare.

Come naturale conseguenza di questo impatto normativo, un grande numero di reati legati a frodi in appalti eseguiti dalle forze armate è passato sotto la competenza del foro militare, tanto che la polizia giudiziaria militare lamenta un raddoppio delle attività di indagine su pratiche illecite particolarmente complesse, implicanti una conoscenza molto approfondita della vulnerabilità delle leggi sugli appalti pubblici al fine di individuare le trame criminali, volte alla distrazione delle risorse pubbliche destinate alle istituzioni militari per l'adempimento della loro missione costituzionale.

Nella stessa direzione si pone Soares, per il quale: *«(c)reatività, dinamismo e innovazione caratterizzano il fenomeno criminale. Per questo motivo, anche la repressione statale deve essere creativa, dinamica e innovativa, con una differenza importante: l'azione criminale è assolutamente libera, mentre la repressione statale è fortemente condizionata dall'ordinamento giuridico, soprattutto dal rispetto dei diritti fondamentali. Infatti, l'evoluzione dei contesti criminali richiede il miglioramento della tecnica investigativa, che è costretta a fornire mezzi sempre più sofisticati e a cercare ausilio nelle più recenti risorse tecnologiche a disposizione – cani da fiuto, intercettazioni, telecamere e intercettazioni varie, macchine a raggi X, microfoni direzionali, registrazioni, filmati, fotografie, rilevatori di frequenza, rilevamento del sistema di posizionamento a terra (GPS), monitoraggio dei dati del computer (Ips, spyware, e-mail, partecipazione a sale di dibattito e comunità virtuali), analisi psicologiche, esperti in calligrafia, analisi genetiche, accesso a registri pubblici e privati»⁴⁷.*

In questo scenario, quindi, è necessario consolidare le prove previste dalla

⁴⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁷ G. TORRES SOARES, *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*, tesi di dottorato, Università di San Paolo, 2014, p. 206.

Legge n. 12.850/2013⁴⁸, già raccolte nell'ambito della giustizia ordinaria, attraverso l'attività investigativa quotidiana delle forze armate e del pubblico ministero militare, prendendo come esempio la possibilità della collaborazione dell'autore del reato (in Brasile si parla di "premiata collaborazione"), oltre ad altri strumenti di *intelligence* investigativa, con l'obiettivo di svelare realtà sempre più complesse.

Questi strumenti, uniti alle efficienti *performance* dell'*Investigation Support Center* (CPADSI), organo creato dal pubblico ministero militare, che produce analisi e ricerche a supporto del lavoro di indagine penale, costituiscono sicuramente un sistema molto più efficace per indagare sui reati commessi contro l'amministrazione militare, sulle frodi nelle offerte e nei contratti, sulle pratiche di corruzione e appropriazione indebita di risorse pubbliche delle forze armate.

Infine, questa auspicata istituzionalizzazione della polizia giudiziaria militare federale, unitamente alle azioni già sviluppate dal pubblico ministero militare per migliorare la repressione penale nella fase pre-procedurale, oppure *extra judicium*, fornirà, se attuata, una qualità molto più elevata delle indagini nell'ambito delle forze armate.

6.2. *Ampliamento della competenza della giustizia militare federale*

Ma c'è ancora una seconda sfida per il rafforzamento della giustizia militare federale e dello stesso pubblico ministero militare, ossia l'espansione delle competenze e delle attribuzioni, che passa necessariamente attraverso una discussione in Parlamento.

Come accennato in precedenza, la giustizia militare federale ha la specifica competenza costituzionale a giudicare i reati militari, a partire dalle azioni preventive e repressive del pubblico ministero militare.

Tuttavia, è proprio la sua competenza più che centenaria nelle questioni militari a giustificare la necessità di trasferire, dalla sovraccarica giustizia federale alla giustizia militare federale, parte delle controversie che riguardano direttamente le forze armate e il mantenimento della gerarchia e della disciplina in caserma.

Pertanto, la materia delle sanzioni disciplinari e quella delle azioni civili pubbliche, ad esempio, riguardanti le forze armate, che comportano la protezione dei beni, della salute e dell'ambiente localizzati in aree sotto l'amministrazione militare, potrebbero essere trattate più rapidamente dalla giustizia specializzata e, quindi, in maniera più efficiente.

In questo senso, in molti casi, le indagini in ambito civile e penale possono essere coordinate, rendendo così più efficace l'azione del pubblico ministero

⁴⁸ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm.

militare, che può agire in questi due ambiti, davanti alla stessa giustizia. Allo stesso modo, la risposta del giudice statale, concentrata in un unico ramo della magistratura, contribuirà sicuramente al miglioramento del provvedimento giurisdizionale.

6.3. *Il consolidamento della performance internazionale del pubblico ministero militare*

Anche di fronte alle sfide internazionali, che esigono un dialogo franco tra la giustizia, le forze armate e il Parlamento, spicca il ruolo del pubblico ministero militare, attraverso la partecipazione ad organizzazioni internazionali e la stipula di protocolli di cooperazione e di accordi di scambio.

Attualmente, il *parquet* militare realizza attività volte a seguire le missioni di pace, di cui spesso fanno parte le forze armate brasiliane, sia per i preparativi sia per l'adempimento di tali impegni internazionali, promossi dalle Nazioni Unite.

Come se ciò non bastasse, poiché il diritto penale militare brasiliano stabilisce la regola dell'extraterritorialità in materia di competenza a giudicare i reati che si verificano al di fuori del territorio nazionale, spetta agli organi del pubblico ministero militare, con sede nella capitale, agire sia nelle indagini che nel processo contro i crimini internazionali.

Tuttavia, è essenziale consolidare la competenza internazionale del pubblico ministero militare, in modo che siano sviluppate interlocuzioni con il Ministero delle Relazioni Estere.

Attualmente, esiste nell'ambito del pubblico ministero militare il Segretario per i diritti umani, il diritto umanitario e le relazioni internazionali (SDH-RI), la cui missione, tra quelle già evidenziate, è di assistere il Procuratore generale della giustizia militare in molteplici ambiti, in particolare: nelle relazioni, a livello nazionale o internazionale, con enti pubblici o soggetti privati per la realizzazione di iniziative e progetti, e nella conclusione di accordi di cooperazione o simili nell'ambito delle sue competenze; nell'assistere il Procuratore generale della giustizia militare, in materia di cooperazione giudiziaria e giuridica internazionale, con autorità estere e organizzazioni internazionali, nonché con organismi nazionali interessati alle relazioni internazionali e alla cooperazione internazionale; nel mediare richieste relative alla cooperazione giuridica internazionale in materia di diritto penale e diritto penale militare; nel pianificare e coordinare, come unità di supporto, la partecipazione di membri del pubblico ministero militare a *forum* e missioni internazionali; nel proporre e sviluppare attività finalizzate al maggior inserimento del *parquet* militare in *forum* e iniziative in ambito giuridico internazionale; e nel lavorare, in collaborazione con altri organismi, per il regolare svolgimento degli scambi internazionali e della cooperazione.

6.4. *L'espansione della struttura del pubblico ministero militare*

Egualemente, è attualmente in fase di rielaborazione la struttura del pubblico ministero militare, che non è ancora sufficientemente presente con la sua azione, soprattutto nelle zone di confine della regione settentrionale del Paese.

Con l'aumento dei contingenti militari nella regione amazzonica, vasta per estensione territoriale, il decentramento del pubblico ministero militare verso i confini, consentirà un'azione congiunta con gli altri rami del pubblico ministero, con le forze armate e con la polizia federale e di Stato, secondo le conclusioni stilate da un gruppo di esperti, istituito nel 2013.

Non c'è dubbio che molteplici fattori di rischio, anche per la stessa sicurezza nazionale, richiedono misure che possono, all'interno degli scenari, garantire azioni agili e immediate per soddisfare le richieste inerenti all'operato del pubblico ministero militare, in luoghi dove c'è un'immigrazione costante, conflitti nelle aree indigene e molti tipi di reati, come l'estrazione illegale, il contrabbando e il traffico di armi, di droga e di animali, e che pertanto hanno richiesto un'intensificazione della presenza militare e, di conseguenza, di organismi civili per controllare la commissione di tali reati.

Tutte queste attività del pubblico ministero militare, in una certa misura, sono già in atto, attraverso l'interlocazione con le istituzioni competenti, e saranno inserite anche nella Pianificazione Strategica per il sessennio 2021-2026, strumento indispensabile per il miglioramento della gestione e il raggiungimento di risultati fondamentali in modo che il pubblico ministero militare possa continuare a scrivere la sua storia per altri cento anni.

7. *Conclusioni*

Le riflessioni avanzate in questo lavoro hanno l'obiettivo principale di condividere informazioni e considerazioni sul ruolo del pubblico ministero militare, una delle istituzioni brasiliane più longeve, quest'anno al suo primo centenario.

Dal 1920, il pubblico ministero militare ha vissuto fasi storiche significative, sempre attento ad agire a favore della conservazione degli inestimabili principi repubblicani e al servizio del popolo brasiliano, controllando rigorosamente il rispetto del diritto penale militare, con l'obiettivo principale di tutelare la gerarchia e disciplina nelle forze armate e, in ultima analisi, anche la sovranità nazionale.

D'altra parte, a livello di *performance* internazionali, l'incursione di questo *parquet* specialistico nel campo del rispetto dei principi e delle regole del diritto internazionale umanitario, dalla seconda guerra mondiale, è di grande rilevanza.

In ogni caso, il messaggio che si è voluto proporre in queste brevi note, è che, nonostante i risultati rilevanti, molto resta da fare, per migliorare gli strumenti per lo svolgimento della missione costituzionale del pubblico ministero militare e per contrastare la criminalità: sia attraverso l'ampliamento delle competenze della giustizia militare federale, al fine di includere azioni civili e amministrative, sia attraverso la professionalizzazione della polizia giudiziaria militare, con l'obiettivo di migliorare la realizzazione delle indagini penali.

E, nonostante la Legge n. 13.491/2017 si sia rivelata molto importante per il pubblico ministero militare e per la giustizia militare, perché si è occupata di aggiornare la legislazione penale militare, le lezioni apprese nel corso della storia dimostrano la necessità di una ricerca permanente per il miglioramento del sistema giuridico militare, al fine di rispondere ai desiderata della società brasiliana.

Comunque, c'è molto da festeggiare e molto altro da fare, perché ci si aspetta che, quando si celebrerà il prossimo centenario del pubblico ministero militare vi sia stato un progresso rispetto a quanto è già stato realizzato, anche di fronte alle avversità, in quanto è dovere di questa istituzione servire sempre, con coraggio, vivacità e continua sorveglianza, la nazione brasiliana.

*Le operazioni di peacebuilding:
obiettivi e strumenti
per la ricostruzione della pace*

| Giovanni Cellamare* |

*In tema di cooperazione tra Nazioni Unite,
Unione Africana e Unione Europea
in situazioni di peacekeeping
e di post-conflict peacebuilding*

1. Come è noto, da oltre un ventennio, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (NU) ha adottato delle risoluzioni recanti ampi mandati operativi funzionali a processi di ricostruzione e ricomposizione di strutture statali. Sulle attività di dette operazioni ho avuto modo di soffermarmi in altro volume di questa *Collana*¹. Qui mi limito a ricordare che le funzioni di *peacebuilding*, come pure è noto, riguardano più aspetti (umanitari, per il rimpatrio dei rifugiati e la tutela dei diritti dell'uomo; di assistenza e protezione della popolazione civile; in materia elettorale; attività di controllo dell'ordine pubblico interno, sulle strutture amministrative statali, di governo locale; funzioni per la reintegrazione delle forze armate delle parti in lotta nella società civile, nonché di carattere economico e sociale), svolgendosi, quantitativamente e qualitativamente, in funzione del caso di specie; che in uno stesso contesto può aversi la convergenza di operazioni, non solo militari, di più organizzazioni internazionali, tra cui quelle regionali, verso gli obiettivi politico/normativi indicati nelle risoluzioni poste a fondamento delle operazioni; che il Consiglio di sicurezza ha frequentemente agito, *ex* Capitolo VII della Carta, per autorizzare, nei limiti previsti, il possibile ricorso all'uso della forza da parte di operazioni impegnate in processi di *post-conflict peacebuilding* o per favorirne la formazione; che tali autorizzazioni hanno riguardato anche operazioni di organizzazioni regionali, ancorché delle azioni coercitive di queste faccia menzione l'articolo 53 della Carta, che fa parte del Capitolo VIII dedica-

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli studi di Bari "Aldo Moro". Scritto già destinato, con alcune modifiche, a *La Comunità Internazionale*.

¹ *Peacebuilding e amministrazione dei territori nelle operazioni*, in I. CARACCILO-U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del Peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, Torino, 2017, p. 331 ss.

to agli accordi regionali²; e che le risoluzioni del Consiglio definiscono il contenuto delle operazioni richiamando spesso gli accordi di pace pertinenti o altri atti, compresi quelli di dette organizzazioni. I rapporti normativi così posti in essere delineano la base del partenariato tra le NU e le organizzazioni regionali, i cui trattati istitutivi richiamano spesso i principi o i fini delle NU e talvolta il Capitolo VIII, così riconoscendone il ruolo di parametro di riferimento normativo nel settore di cui si tratta³.

Come è noto, i processi poc' anzi richiamati (hanno interessato e) interessano prevalentemente il continente africano, svolgendosi spesso in contesti caratterizzati, per l'appunto, dalla presenza delle c.d. *operazioni robuste* di *peacekeeping*, delle NU o delle organizzazioni regionali, in concorso con missioni di altra natura⁴.

Si tratta di contesti che destano interesse, in specie, dal punto di vista dell'esame dei rapporti tra le NU e quelle organizzazioni.

Al fine di approfondire questo aspetto, appare ragionevole prendere le mosse dalle norme pertinenti della Carta.

2. Come è noto, l'articolo 52 di questa prevede che le parti di una controversia locale devono fare ogni sforzo per giungere ad una sua soluzione pacifica mediante accordi od organizzazioni regionali, prima di deferirle al Consiglio di sicurezza, facendo salvo l'operare degli articoli 34 e 35, paragrafo 4. L'attività di cui fa menzione l'articolo 52 si combina frequentemente con azioni di *peacekeeping*, anche rafforzate, condotte, ad esempio, dalle NU. L'articolo 53, poi, conferisce al Consiglio di sicurezza il potere di utilizzare (gli accordi o) le organizzazioni regionali per compiere azioni coercitive sotto la propria direzione, nonché di autorizzare tali azioni per iniziativa (dei medesimi accordi o) delle medesime organizzazioni. Con la precisazione che «*no enforcement action*

²In generale, nell'ampia bibliografia in materia, v. U. VILLANI, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des cours*, vol. 290, 2001, p. 259 ss.; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, *ivi*, 2010, p. 101 ss.

³Ad esempio, v. il Preambolo (sez. 6) e gli artt. 1 e 2 del Trattato dell'Organizzazione degli Stati americani; l'art. 5 del Trattato interamericano di assistenza reciproca; il *Considerando* 1 del Patto di mutua assistenza tra gli Stati parti della Comunità economica degli Stati dell'Africa centrale (ECCAS); gli artt. 3, par. 5, 11, par. 1, e 21, parr. 1 e 2, del Trattato dell'Unione Europea (TUE). Inoltre, l'art. 17, par. 2, del Protocollo del 9 luglio 2002 istitutivo del Consiglio di pace e di sicurezza dell'Unione Africana (UA; atti di tale Unione n www.africa-union.org); v. pure A. PEYRÓ LLOPIS, *Force, ONU et organisations régionales: Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Brussels, 2012, p. 303 ss.

⁴Sulle caratteristiche di quelle operazioni, anche per le indicazioni bibliografiche, si rinvia al nostro *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, Bari, 2015, p. 61 ss.: P. GARGIULO, *La responsabilità di proteggere e le organizzazioni regionali e sub-regionali: recenti sviluppi*, in E. CIMIOTTA-N. NAPOLITANO (a cura di), *Nazioni Unite e organizzazioni regionali tra autonomia e subordinazione*, Bologna, 2020, p. 143 ss.

shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council» (par. 1).

Muovendo da tale distinzione, tra i poteri del Consiglio di utilizzare e di autorizzare le organizzazioni regionali, si osserva che nella prima ipotesi (di iniziativa del Consiglio) si ha un collegamento diretto del medesimo organo con l'azione pertinente, posto che le finalità e i mezzi di questa sono indicati dal Consiglio. La seconda ipotesi (di iniziativa dell'entità regionale), si aggiunge, richiama l'attenzione sull'effetto dell'atto del Consiglio che consenta una futura attività, così legittimandola; attività, che, in assenza di autorizzazione, contrasterebbe con il sistema della Carta delle NU: con i noti divieti posti dall'articolo 2, paragrafo 4, e con l'esclusività del potere del Consiglio di sicurezza di avviare azioni coercitive in una delle situazioni accertate dallo stesso ai sensi dell'articolo 39⁵.

Ora, tenuto conto di quanto dispone l'articolo 52, paragrafo 1, a noi pare, anzitutto, che, nell'ipotesi di iniziativa del Consiglio di sicurezza, l'attenzione venga a concentrarsi, oltre che sull'aspetto indicato, sulle capacità e competenze dell'entità regionale nella materia di cui si tratta, posto che dette capacità e competenze, come è facile scorgere, delineano un limite per il possibile ricorso dello stesso Consiglio alle medesime entità. In effetti, come ricordato dalla Corte internazionale di giustizia, «*les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des Etats, de compétences générales. Les organisations internationales sont (...) dotées par les Etats qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir*»⁶.

Nella seconda ipotesi, certamente più ricorrente, di iniziativa dell'organizzazione regionale (autorizzata), l'attenzione si sposta sui rapporti di rinvio e di presupposizione reciproca che vengono a stabilirsi tra gli atti di quell'organizzazione e la risoluzione con la quale il Consiglio conceda l'autorizzazione richiesta: in altri termini, la portata di questa va intesa tenendo conto degli atti delle organizzazioni regionali richiamati nelle risoluzioni del Consiglio o ai quali lo stesso rinvii, ancorché implicitamente⁷.

Ora, le attività autorizzate sono decise dalle organizzazioni regionali sulla base dei propri trattati istitutivi e dei sistemi da questi creati; pertanto, è da

⁵ Cfr., tra gli altri, L. BALMOND, *La sécurité collective, du droit des Nations Unies au droit régional?*, in M. ARCARI-L. BALMOND (sous la direction de), *Sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, 2008, p. 45 ss., in specie p. 74 s.

⁶ Parere consultivo, 8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, par. 25, in *ICJ Reports*, 1996.

⁷ Cfr. il nostro *Il mantenimento della pace nei rapporti tra il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e il Consiglio di pace e sicurezza dell'Unione africana*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 6 ss. testo e note richiamate.

ritenere che il Consiglio – cui quei trattati e sistemi sono noti – autorizzi le attività in parola alla luce degli stessi⁸. La qual cosa non è indifferente per comprendere il contenuto dei rapporti che vengono a crearsi tra lo stesso Consiglio e le organizzazioni autorizzate a svolgere le azioni di cui si tratta⁹.

3. In vista dell'esame di tali rapporti va tenuto conto delle caratteristiche del controllo del Consiglio di sicurezza sulle azioni delle organizzazioni regionali utilizzate o autorizzate dallo stesso Consiglio. In altro luogo si è avuto modo di soffermarsi sulla natura di tale controllo, indipendentemente dalla circostanza che le azioni, come accennato, siano (state) autorizzate in base al Capitolo VII della Carta¹⁰. In breve, si tratta di un meccanismo di controllo caratterizzato dal ruolo direttivo/normativo di gestione della situazione complessiva in cui si svolge l'azione riportabile a una organizzazione regionale, ma orientata dallo stesso Consiglio¹¹.

Ora, si hanno trattati istitutivi di alcune importanti organizzazioni regionali che definiscono compiutamente le proprie competenze nel settore in esame. Anzi, tra quei trattati, alcuni raffigurano, *prima facie*, un quadro di iniziativa e di ampia autonomia operativa in quello stesso settore: così per UA e per l'Unione Europea (UE). La ricorrente presenza delle due organizzazioni nei contesti operativi che qui interessano induce a concentrare l'attenzione sui rapporti tra le NU e le medesime entità.

⁸ Per quanto qui interessa, possono ricordarsi gli artt. 3 e 22 del Protocollo di Lomé del 10 dicembre 1999, sul meccanismo per la prevenzione, la gestione, la risoluzione dei conflitti, il mantenimento della pace e della sicurezza, nel contesto dell'ECOWAS; l'ampio art. 4 del Trattato istitutivo dell'UA, da leggere insieme agli artt. 6, 7 e 14 del citato Protocollo del 2002 del Consiglio di pace e di sicurezza di quell'Organizzazione; il combinato disposto degli artt. 28, par. 1, 42, par. 1, e 43 del TUE.

⁹ Cfr. in particolare, la prassi delle operazioni dell'UE, autorizzate dal Consiglio di sicurezza re-
cependo, sostanzialmente, il mandato delle stesse quale delineato dall'Unione, sulla base del meccanismo presente nel TUE (v. *infra*, par. 5). Sulla prassi dell'Unione in materia v. C. NOVI, *EU-UN Cooperation in Multifunctional Peace Operations in Africa*, in G. CELLAMARE-I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa*, Cham-Torino, 2018, p. 57 ss.; T. TARDY, *The European Union and UN Peace Operations: What Global-Regional Peace and Security Partnership?*, in C. DE CONINGM. PETER (eds.), *United Nations Peace Operations in a Changing Global Order*, Londra, 2019, p. 231 ss.

¹⁰ Anche per le componenti di tale controllo, v. i nostri scritti indicati nelle note che precedono.

¹¹ In altri termini, non è indispensabile il controllo operativo-militare, il quale, come mostra l'esperienza, può fare difetto anche rispetto a operazioni create dallo stesso Consiglio di sicurezza. Come si legge nella Risoluzione n. 2457 del 27 febbraio 2019, si ha riguardo a un settore nel quale «*the primacy of politics should be the hallmark of the approach of the United Nations to the resolution of conflict, including through mediation, the monitoring of ceasefires, assistance to the implementation of peace accords*» (par. 1). Dati il ruolo e la funzione del Consiglio di sicurezza e la natura del controllo in parola, come diffusamente rilevato, nel settore in esame il regionalismo viene a delinearci come forma di decentramento del sistema di sicurezza: cfr., tra le altre, la Risoluzione n. 2378 del 20 settembre 2017 (*Considerando* 14).

L'articolo 4 del Trattato istitutivo dell'UA prevede in particolare «(d) (...) a common defense policy, (...) the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of serious circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity», e «(j) the right of Member States to request intervention from the Union in order to restore peace and security».

Siffatte disposizioni hanno trovato svolgimenti nel Protocollo del 2002 istitutivo del Consiglio di pace e di sicurezza dell'Unione, organo che costituisce il pilastro fondamentale dell'*African Peace and Security Architecture* (APSA)¹². Altre disposizioni del sistema dell'UA hanno previsto la creazione, a mezzo di “*stand-by arrangements*”, riferiti a cinque sub-regioni africane, di una *stand-by Force*, strumento operativo dell'APSA non ancora compiutamente realizzato¹³.

Secondo l'approccio che a noi pare di dover preferire le norme richiamate vanno interpretate alla luce della Carta delle NU (art. 103), così sottoponendo al controllo del Consiglio di sicurezza delle NU l'esercizio dei poteri riconosciuti al Consiglio africano¹⁴. La qual cosa non esclude il ruolo centrale di quest'ultimo per il mantenimento della pace e della sicurezza in Africa. In tal senso va interpretato il riferimento all'articolo 4, cit. contenuto nella Risoluzione n. 2150 del 4 aprile 2014: il primo Consiglio ha riconosciuto «*the important role played by regional and subregional arrangements in the preven-*

¹² L'art. 6 attribuisce al Consiglio le funzioni di *peacemaking*; di *peacebuilding*; soprattutto, la competenza a creare *peace-support operations*, a operare per prevenire conflitti e politiche suscettibili di condurre al genocidio o a crimini, a raccomandare all'Assemblea – che decide – l'intervento nelle gravi circostanze indicate nell'art. 4, cit., nonché a dare attuazione alla decisione della stessa, compreso l'intervento in uno Stato membro. Siffatta disciplina assegna al Consiglio la competenza a creare operazioni di *peacekeeping*, tenute ben distinte nell'art. 7 dall'intervento in nome dell'Unione. In argomento v. C. MAJIINGE, *The Future of Peacekeeping in Africa and the Regulatory Role of the African Union*, in *Gottingen Journal of International Law*, 2010, p. 463 ss. Sulle modifiche apportate all'Atto istitutivo, ma non entrate in vigore, v. tra gli altri, v. A.A. YUSUF, *The Right of Forcible Intervention in Certain Conflicts*, in A.A. YUSUF-F. OUGUERGOUZ (eds.), *The African Union: Legal and Institutional Framework. A Manual on the Pan-African Organization*, Leida, 2012, p. 335 s., in specie p. 340.

¹³ V. l'art. 13 del Protocollo cit.; e già il Patto dell'UA sulla difesa comune e la sicurezza (adottato ad Abuja il 31 gennaio 2001); AFRICAN UNION INDEPENDENT PANEL OF EXPERTS, *Assessment of the African Standby Force and Plan of Action for Achieving Full Operational Capability by 2015*, www.panapress.com; il rapporto del Consiglio africano in Assembly/AU/6 (XXXIII), del 9-10 febbraio 2020. Sull'evoluzione del concetto sottostante alla Forza v. J.M. OKEKE, *An Evolving model of African-led peace support operations? Lessons from Burundi, Sudan (Darfur) and Somalia*, in T. TARDY-M. WYSS (eds.), *Peacekeeping in Africa: The Evolving Security Architecture*, Londra, 2014, p. 37 ss. Per l'esistenza di ostacoli al suo effettivo funzionamento e la prassi pertinente v. C. DE CONING, *Africa and UN Peace Operations: Implications for the Future Role of Regional Organizations*, in C. DE CONING-M. PETER (eds.), *op. cit.*, p. 213 ss.

¹⁴ Per una panoramica delle diverse opinioni sostenute in dottrina, con altre indicazioni bibliografiche, v. il nostro *Il mantenimento della pace*, cit.

tion of, and response to, situations that may lead to genocide, war crimes and crimes against humanity, especially noting Article 4 (h) of the Constitutive Act of the African Union» (Considerando 4). Una diversa interpretazione – che sottragga l’articolo 4 a quel controllo – non sarebbe compatibile con le reiterate affermazioni della primazia del Consiglio di sicurezza. In particolare, nella Risoluzione n. 2033 del 12 gennaio 2012, il Consiglio di sicurezza ha fornito indicazioni, ripetute in successive risoluzioni, sui rapporti con l’altro Consiglio: il primo «stresses that common and coordinated efforts undertaken by the Security Council and the African Union Peace and Security Council in matters of peace and security, should be based **on their respective authorities, competencies and capacities**» (enfasi aggiunta)¹⁵.

Invero, ove ci si ponga dal punto di vista di quest’ultimo, la prassi mostra la tendenza dello stesso (così come già dei “Capi di Stato e di Governo” dell’ECOWAS)¹⁶ a sollecitare l’autorizzazione del Consiglio di sicurezza per le operazioni di cui si tratta. In effetti, il Consiglio africano non ha invocato l’articolo 4 in esame come base per proprie operazioni all’interno degli Stati membri dell’UA¹⁷.

¹⁵ Par. 5; inoltre le Risoluzioni n. 2063, del 31 luglio 2012, Considerando 9; n. 2228, del 29 giugno 2015, Considerando 19; n. 2378, del 20 settembre 2017, par. 14 ss.; n. 2457, par. 11. La primazia del Consiglio di sicurezza delle NU ha trovato una significativa applicazione nel 2012, nel corso della crisi in Mali: v. le Risoluzioni n. 2056, del 5 luglio, par. 18; n. 2071, del 12 ottobre e n. 2085, del 20 dicembre, par. 7.

¹⁶ V. l’Allegato a UN Doc. S/2001/353. Nel senso di seguito considerato, nel testo, con riferimenti alle operazioni dell’ECOWAS e della SADC, v. E. DE WET, *The United Nations Collective Security System in the 21st Century: Increased Decentralization through Regionalization and Reliance on Self-Defense*, in H.P. HESTERMEYER e altri (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leida, 2012, vol. II, p. 1552 ss., in specie p. 1557 ss.

¹⁷ Inoltre, quel Consiglio ha auspicato la necessità di una più ampia presa in considerazione delle proprie posizioni, da parte del Consiglio di sicurezza, senza sottrarsi al sistema di sicurezza collettiva quale concepito dalla Carta. In PSC/PR/COMM.(CCCVI), il Consiglio africano «*Urges the UN Security Council to expeditiously consider and authorize the support required for the immediate implementation of the Strategic Concept, in order to take advantage of the unique opportunity created by the operations being conducted against Al Shabaab in different parts of Somalia, thereby consolidating the security gains and moving the peace process forward*». Il 17 dicembre 2015 (PSC//PR/COMM.(DLXV), il Consiglio decideva «*to authorize the deployment of an African Prevention and Protection Mission in Burundi (MAPROBU), for an initial period of six months renewable*»; chiedeva al Consiglio delle NU «*to support the deployment of MAPROBU*» e «*to adopt, under Chapter VII of the UN Charter, a resolution in support of the present communique*». La Forza non è stata dispiegata per assenza del consenso del Burundi: www.aljazeera.com. Per il Consiglio di sicurezza v. la Risoluzione n. 2303 del 29 luglio 2016. Nella Risoluzione n. 2337 del 19 gennaio 2017, il Consiglio di sicurezza non ha autorizzato *ex post facto* l’intervento dell’ECOWAS in Gambia (*Final Communiqué* della sessione ordinaria, del 17 dicembre 2016, in www.ecowas.int; il 19 gennaio 2017 l’ECOWAS ha dispiegato un contingente militare ampiamente composto da truppe senegalesi, in Gambia, a sostegno del Presidente eletto.). Siffatta autorizzazione era prevista nel progetto di risoluzione predisposto dalla delegazione senegalese (www.punchng.com): cfr. i dibattiti in UN Doc. S/PV.7886. Nella Risoluzione n. 2337, il Consiglio di sicurezza, senza riferimenti al Cap. VII o VIII

Più in generale, le attività dell'UA nel settore in esame appaiono caratterizzate da un rapporto di dipendenza dell'organizzazione regionale dalle risorse fornite dalle NU, da altre organizzazioni regionali, in specie l'UE (e la NATO)¹⁸, e da Stati. Siffatta subordinazione strategico-economica milita in senso contrario all'autonomia operativa dell'UA.

Esempi indicativi in tal senso, dovuti anche agli inadempimenti contributivi degli Stati membri dell'UA, sono l'esperienza dell'*African Union Mission in Sudan-AMIS*¹⁹; e la creazione dell'*African Union-United Nations Hybrid Operation in Darfur-UNAMID*, missione, per l'appunto, non totalmente africana e dipendente da un sistema di finanziamento esterno all'UA²⁰. Da ricordare altresì le esperienze delle operazioni in Mali, con la richiesta trasformazione – formulata prima del completo dislocamento della Missione – dell'*African-led International Support Mission in Mali-AFISMA* in un'operazione delle NU²¹; nella Repubblica Centrafricana²²; nonché il mezzo indiretto di

della Carta, ha fatto «*proprie le decisioni dell'ECOWAS e dell'UA di riconoscere Adama Barrow come Presidente della Gambia*»; e ha espresso «*il suo pieno sostegno dell'ECOWAS nel suo impegno di garantire, in primo luogo, con mezzi politici il rispetto della volontà della popolazione della Gambia espressa nei risultati delle elezioni del 1° dicembre*»: è opinabile che l'intervento dell'ECOWAS potesse essere fondato sulla richiesta del Presidente Barrow (v. in www.eijltalk il post di De Wolf-Janik e Russenberg). L'assenza di chiarezza in materia (in una situazione ben differente rispetto a quanto accaduto nel caso dell'intervento francese in Mali) consente di comprendere la *Joint Declaration* adottata il 21 gennaio 2017 dalle tre Organizzazioni, giusta la Risoluzione n. 2337: «*ECOWAS will halt any military operations in the Gambia and will continue to pursue peaceful and political resolution of the crisis*».

¹⁸ In argomento v. i miei scritti sulle operazioni delle organizzazioni regionali cit. nelle note che precedono; G. PASCALE, *The African Security System. Between the Quest for Autonomy and the External Financial Dependence*, in G. CELLAMARE-I. INGRAVALLO (eds.) *op. cit.*, p. 35 ss.; la relazione all'Estoril Political Forum 2019 (reperibile *online*) di M. MARSILI, *Towards a Strategic EU-NATO Security Partnership in Africa*.

¹⁹ V. le Risoluzioni dell'Assemblea generale n. 65/274, del 28 luglio 2011, par. 2, e n. 69/277, del 27 maggio, par. 7. Inoltre, la Risoluzione n. 2320 del Consiglio di sicurezza, del 18 novembre 2016, par. 7; e in generale il doc. del Consiglio africano PSC/PR/BR. (DCCXXIV), del 5 febbraio 2019.

²⁰ Indicazioni in <https://peacekeeping.un.org/en/mission/unamid>.

²¹ UN Doc. S/2013/163 che reca in Allegato la richiesta del Consiglio dell'UA per la trasformazione della AFISMA in una operazione robusta delle NU, creata con la Risoluzione n. 2100 del 25 aprile 2013. Certo, nel caso della Missione in Mali, l'UA ha mobilitato risorse per la stessa; ma già ampia parte della Risoluzione n. 2085, sull'AFISMA, era dedicata al sostegno internazionale (parr. 13-16) e all'accantonamento di fondi (parr. 20-22) indispensabili per il funzionamento dell'operazione autorizzata in vista del suo effettivo dislocamento in Mali. In proposito non è privo di rilievo ricordare il comunicato con il quale il Consiglio africano ha rilevato l'assenza di una sua adeguata consultazione in vista del dislocamento dell'operazione delle NU (<http://appablog.wordpress.com/2013/04/26/communiqué-of-the-371st-psc-meeting-on-the-situationin->).

²² Sugli aspetti considerati nel testo v. il rapporto del Segretario generale dal titolo «*Coopérer pour la paix: vers le maintien de la paix en partenariat*», in UN Doc. S/2015/229 del 1° aprile 2015, p. 14 (i fondi dell'UA sono insufficienti a finanziare le operazioni, e «*la plus importante source de financement extérieur est la Facilité de soutien à la paix pour l'Afrique de l'Union européenne*»; e

contribuzione consistente nell'incorporare – giusta l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza (Risoluzione n. 2098 del 28 marzo 2013) – nell'attività operativa delle NU la *Intervention Brigade-IB*²³, Forza (affiancata alla *United Nations Organization Stabilization Mission in the DR Congo-MONUSCO*) proposta dalla Conferenza internazionale delle Regione dei Grandi laghi, ma non attuabile da parte della stessa per assenza di disponibilità finanziaria.

Quanto precede, come già accaduto in esperienze dell'ECOWAS e della Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (SADC), depone nel senso della scarsa capacità dell'UA di mobilitare autonomamente le risorse per le operazioni²⁴. Su queste basi ben si comprende l'asserita necessità, da parte dell'UA, di un «*finanziamento prevedibile, flessibile e sostenibile per le sue operazioni di pace*», con le proposte “modalità” per l'erogazione di contributi da parte delle NU²⁵.

Nel senso indicato non è privo di rilievo ricordare, nel corso degli anni, il contenuto della Risoluzione n. 1809 (su Pace e sicurezza in Africa); in connessione alla stessa, il rapporto del *Panel UA-NU*, e i suoi successivi svolgimenti, sul sostegno al *peacekeeping* africano²⁶; le forme di partenariato istituzionalizzato con il programma decennale di rafforzamento delle capacità dell'UA²⁷; la creazione di una *Equipe* di sostegno delle attività di pace dell'UA all'interno del Dipartimento delle operazioni di mantenimento della pace; l'*Africa Contingency Operations Training & Assistance* (ACOTA); il programma francese *Renforcement des Capacités Africaines de maintien de la Paix* (ReCAMP)²⁸;

che «*l'ONU a élaboré différents plans pour financer les opérations de l'Union africaine, notamment au moyen de contributions mises en recouvrement auprès des États Membres combinées avec des contributions volontaires, ou au moyen seulement de contributions volontaires avant le transfert des responsabilités à une opération de maintien de la paix des Nations Unies. Le plan de financement le plus important et le plus sophistiqué est celui appliqué en Somalie, où le Bureau d'appui de l'ONU pour l'AMISOM (UNSOA) gère le décaissement de fonds du budget ordinaire de l'ONU pour fournir un soutien logistique à l'AMISOM*» e s. («*in Mali et en République centrafricaine, un fonds d'affectation spéciale des Nations Unies a été également créé pour appuyer les opérations de paix de l'Union africaine mais il y a eu beaucoup de problèmes*»).

²³ Anche per la bibliografia, v. E. NALIN, *Recenti tendenze nei rapporti tra peace-keeping e peace-enforcement delle Nazioni Unite: il caso della MONUSCO e della Intervention Brigade*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, p. 547 ss.

²⁴ V. E. DE WET, *op. loc. cit.*: considerati gli aspetti finanziari, l'autore rileva il carattere meramente teorico di un'interpretazione delle norme pertinenti che affermino la completa autonomia funzionale dell'ECOWAS dalle NU.

²⁵ V. PSC/AHG/3. (DXLVII), par. 13 s. Con riferimento all'AMISOM, v. PSC/MIN/COMM.3 (DCCLXXXII), del 27 giugno 2018.

²⁶ UN Doc A/63/666-S/2008/813, in particolare par. 35 ss.; inoltre C. DE CONING, *op. loc. cit.*, con indicazioni bibliografiche finali.

²⁷ A iniziare dalla dichiarazione allegata a UN Doc. A 61/630; sintesi del programma in <http://www.nepad.org>.

²⁸ In argomento, v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations*, cit., p. 190 ss.; F. BENEDIKT, *In Defense of Regional Peace Operations in Africa* (<http://sites.tufts.edu/jha/files/2011/04/a185.pdf>);

in specie la *Facilité de soutien à la paix pour l'Afrique* dell'UE²⁹.

Inoltre, non è privo di rilievo richiamare, ancorché sinteticamente, i lavori preparatori relativi a un progetto di risoluzione del Consiglio di sicurezza, finora non adottata, volta a creare, su iniziativa di alcuni Stati africani e, appunto, ripetuta sollecitazione dell'UA, una sorta di modello istituzionalizzato di finanziamento delle operazioni di questa, autorizzate dallo stesso Consiglio. Ora, quegli svolgimenti, per un verso, mostrano, che l'eventuale concessione del finanziamento, nella percentuale proposta, oltre a riguardare esclusivamente le operazioni autorizzate dal Consiglio delle NU, dovrebbe risultare subordinata ad alcune condizioni concernenti la creazione e il funzionamento delle missioni regionali, avendosi, come parametro di riferimento, il sistema di *peacekeeping* delle NU; per altro verso, quegli stessi svolgimenti mostrano l'incidenza in materia di finanziamento delle posizioni di membri permanenti del Consiglio di sicurezza interessati a controllare, a mezzo di un sistema istituzionale, l'effettività dell'impiego e la destinazione dei fondi delle NU da parte di organizzazioni regionali di cui quegli stessi Stati non fanno parte³⁰.

In definitiva, dalla prassi e dal dibattito generale che accompagna la questione di cui si tratta è possibile desumere che se, per un verso, le NU sono disponibili, caso per caso, a contribuire (insieme ad altre entità) al finanziamento di una data missione, è da escludere, per altro verso, che, allo stato, l'Orga-

H. YAMASHITA, *Peacekeeping Cooperation between the United Nations and Regional Organisations*, in *Review of International Studies*, 2012, p. 165 ss., in specie p. 177 ss.

²⁹ Sull'UE v. pure in <http://www.africa-eupartnership.org>; Da considerare altresì le attività di *peacebuilding*, nelle quali, come si legge nelle risoluzioni istitutive della Commissione di consolidamento della Pace, risultano «*associated*» le organizzazioni regionali: V. la Risoluzione dell'Assemblea generale n. 60/180, nonché la Risoluzione del Consiglio n. 1647 (par. 7, b)) del 20 dicembre 2005. Le attività poste in essere sono indicate in <https://www.un.org/peacebuilding/supportoffice>.

³⁰ Nel Progetto (formulato tenendo conto delle proposte del Segretario generale in UN Doc. S/2017/454; v. pure sinteticamente UN Doc. S/2018/678, par. 45) sono state richiamate le risoluzioni 2320 (con precise indicazioni in materia, qui sinteticamente richiamate) e 2378, e la volontà del Consiglio di prendere in considerazione la questione di un finanziamento parziale delle operazioni dell'UA «*on a case by case basis*». Nel corso del dibattito il rappresentante degli USA ha scartato la possibilità di deliberare sul finanziamento delle operazioni dell'UA, in assenza di esame dei profili attinenti all'accertamento della loro utilizzazione. Nel tentativo di comporre le differenti posizioni è stato elaborato un progetto di risoluzione, con limiti quantitativi al finanziamento delle operazioni e la previsione di condizioni cui le stesse dovrebbero soddisfare (in materia di tutela dei diritti umani, del diritto umanitario, sulla condotta e disciplina dei *peacekeepers*: si tratta di aspetti già considerati nella Risoluzione n. 2378, *Considerando* 17, e par. 17). Nonostante la prevista calendarizzazione della votazione, questa è stata scartata, avendo il delegato degli USA ritenuto prematura la delibera e data la presentazione di un progetto alternativo francese (v. <https://www.un.org/press/fr/2018/cs13609.doc.htm>; <https://www.whatsinblue.org/2018/12/vote-on-draft-resolution-on-the-financing-of-au-peace-support-operations.php>). V. pure la posizione sostenuta degli Usa nel Comitato speciale delle operazioni di mantenimento della pace, in <https://www.un.org/press/fr/2019/agpk236.doc.htm> (notizie riferite alla sessione del 2019); nonché le richieste degli Stati africani in <https://www.un.org/press/fr/2020/agpk238.doc.htm>, recante una sintesi dei lavori di quel Comitato.

nizzazione universale sia disposta ad attivare un sistema automatico di partecipazione alle spese.

In conclusione, va rilevato un divario tra le ambizioni autonomistiche desumibili, nel senso prima riferito, dalle norme dell'Atto istitutivo dell'UA e di altre organizzazioni regionali e sub-regionali africane e la loro effettiva capacità operativa. Ciò, peraltro, non esclude affatto che quelle norme inducano a concentrare l'attenzione sulla eccezionalità della situazione africana e sui pertinenti contesti operativi³¹. Ciò trova riscontro statistico nell'attività e azioni del Consiglio di sicurezza³², nonché nei lavori del Comitato speciale sulle operazioni per il mantenimento della pace, conferendo autonomo rilievo all'“*Enhancement of African peacekeeping capacities*”³³.

4. Invero, le norme dell'UA possono esser assunte come base di un rapporto di partenariato con le NU nel quale si ha la primazia del Consiglio di pace e di sicurezza dell'UA, in quanto Organizzazione proiettata nel proprio contesto geo-politico, rispetto agli organi di altre organizzazioni regionali e sub-regionali africane, con competenze in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Giusto l'articolo 16, paragrafo 1, del Protocollo del Consiglio dell'UA: «*The Regional Mechanisms are part of the overall security architecture of the Union, which has the primary responsibility for promoting peace, security and stability in Africa. In this respect, the Peace and Security Council and the Chairperson of the Commission, shall: a) harmonize and coordinate the activities of Regional Mechanisms in the field of peace, security and stability to ensure that these activities are consistent with the objectives and principles of the Union; b) work closely with Regional Mechanisms, to ensure effective partnership between them and the Peace and Security Council in the promotion and maintenance of peace, security and stability. The modalities of such partnership shall be determined by the comparative advantage of each and the prevailing circumstances*».

Posto che non si hanno indicazioni circa la ripartizione di compiti tra le organizzazioni pertinenti, siffatta previsione delinea un quadro nel quale le funzioni riconosciute al Consiglio africano appaiono idonee a evitare pericoli di gestione parziale del mantenimento della pace e sicurezza in Africa da parte dei ricordati sistemi sub-regionali o sovrapposizioni funzionali³⁴.

³¹ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations*, cit., p. 289 ss.; UN Doc. S/PV. 7335.

³² V. in www.un.org (seguendo il percorso che porta ai documenti del Consiglio) il Documento annuale dal titolo *Highlights of Security Council Practice*. Da richiamare nel senso indicato, anche per altre indicazioni, la Risoluzione n. 2457.

³³ V. UN Doc. A/68/19; UN Doc. A/66/19; UN Doc. A/65/19; UN Doc. A/64/19. Più recentemente il rapporto in UN Doc. A/72/19. Altre indicazioni utili per i lavori del Comitato in <https://www.un.org/press/en/special-committee-peacekeeping-operations>.

³⁴ V. J.I. LEWITT, *The Peace and Security of the African Union and the United Nations Security Council: The Case of Darfur, Sudan*, in N. BLOKKER-N. SCHRIJVER (eds.), *The Security Council and*

Il quadro normativo in parola è completato dal “*Memorandum of Understanding*” del 2008, sulla cooperazione nel settore in esame, tra l’UA, le Comunità economiche regionali e i meccanismi regionali delle “*standby brigades*” dell’Africa dell’Est e del Nord³⁵. In effetti, quel “*Memorandum*” è volto ad assicurare, tra l’altro, che le attività delle entità sub-regionali siano congruenti con gli obiettivi e i principi dell’Unione (art. III, par. 2, v): il “*Memorandum*”, cioè, deve essere attuato osservando i principi e le previsioni dell’Atto istitutivo dell’UA e del Protocollo sul Consiglio africano, coerentemente con la “*primary responsibility*” dell’Unione per il mantenimento e promozione della pace, sicurezza e stabilità in Africa (art. IV, i-ii, del “*Memorandum*”, con riferimento all’art. 16 del Protocollo). Si consideri, altresì, che, nella prospettiva dei rapporti con le NU, spetta all’UA coordinare gli sforzi volti ad assicurare che siano perseguiti gli interessi africani, quali definiti a livello continentale; e che la Commissione dell’UA ha il compito di tenere costantemente informato il Consiglio di sicurezza delle attività rilevanti per la promozione, il mantenimento della pace, della sicurezza e la stabilità nel continente africano (art. XXI del “*Memorandum*”).

Si tratta di aspetti strutturali dell’APSA, il cui funzionamento consente di evitare che più organizzazioni operino con riguardo a uno stesso contesto³⁶, nonché di poter fornire una risposta operativa a crisi in aree non interamente rientranti nell’ambito geopolitico di una organizzazione sub-regionale; così come accaduto ai confini del Mali, nella crisi che ha interessato quel Paese. In quell’occasione il Consiglio africano ha «*authorized ECOWAS, in collaboration, as appropriate with the core countries; (...) to put in place the required military and security arrangements towards*» gli obiettivi elencati nel concetto strategico per la risoluzione delle crisi in parola³⁷, poi fatto proprio dal Consiglio di sicurezza³⁸.

the Use of Force, Leida, 2005, p. 213 ss., in specie p. 227; F. OLONISAKIN, *Regional Mechanisms and African Peacekeeping: ECOWAS, IGAD & SADC*, in B. DE CARVALHO-T. JAYE-Y. KASUMBA-W. OKUMU, *Peacekeeping in Africa. The Evolving Roles of the African Union and Regional Mechanisms*, Oslo, 2010, p. 57 ss.; D.L. TEHINDRAZANARIVELO, *The African Union’s Relationship with the United Nations in the Maintenance of Peace and Security*, in A.A. YUSUF-F. OUGUERGOUZ (eds.), *op. cit.*, p. 375 ss., in specie p. 383 ss. Per una sostanziale aderenza alla costruzione qui ribadita, nel testo, v. E. CIMIOTTA, *L’uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali*, Napoli, 2018, p. 181 ss.

³⁵ In www.peaceau.org.

³⁶ M. LUNTUMBUE, *APSA: Contours et défis d’une Afrique de la défense*, in www.grip.org.

³⁷ V. il Doc. PSC/PR/3 (CCCXXXIX), par. 1, del 24 ottobre 2012, nel sito <http://www.peaceau.org/uploads/auc-psc-report-mali-22-10-2012-2-final.pdf>.

³⁸ Approccio analogo, è stato seguito dal Consiglio africano per la creazione, nella RCA, di una Missione dovuta all’iniziativa della ECCAS e riportabile militarmente a detta Comunità. V. nei lavori preparatori della Risoluzione n. 2127 del 5 dicembre 2013. Anche per atti precedenti, v. PSC/PR/2(CCCLXXX); il rapporto in UN Doc. S/2013/677; inoltre, in UN Doc. S/PV. 7072, la di-

Inoltre, si sono avute situazioni nelle quali, grazie al ruolo che gli è riconosciuto, il Consiglio africano ha operato per adattare le capacità e disponibilità operative offerte dalle organizzazioni regionali alle esigenze della crisi nella quale si trattava di intervenire: così in Burundi³⁹.

Vale la pena di ricordare altresì quanto accaduto nell'azione di contrasto alle attività terroristiche di Boko Haram. Sostenuta l'iniziativa della Commissione del bacino del lago Ciad (LCBC) per il meccanismo della *Multinational Joint Task Force-MNJTFS*⁴⁰, il Consiglio dell'UA, pur decidendo di autorizzare il dislocamento della stessa per un periodo iniziale di dodici mesi e con il mandato indicato, ha chiesto al Consiglio di sicurezza «di adottare con urgenza una risoluzione che (...) (i) approvi il dispiegamento del MNJTFS, [...]»⁴¹. Successivamente, richiamati il proprio potere «di autorizzare la creazione e il dispiegamento di missioni di sostegno alla pace e (...) i relativi mandati (...)», nonché «le disposizioni contenute nell'art. 16 del proprio Protocollo», il Consiglio africano «Urges the UN Security Council, following the endorsement of the MNJTFS Strategic CONOPS (...) to urgently adopt, under Chapter VII of the UN Charter, a resolution» agli scopi indicati.

Infine, può ricordarsi il ruolo del Consiglio africano, nei rapporti con l'IGAD, per il funzionamento della *Regional Protection Force-RPF* per il Sud Sudan: richiamando l'articolo 16, cit., e il "Memorandum", cit., il Consiglio ha dato il proprio «full support to the decision by IGAD to request the United Nations Security Council (UNSC) to review both, the composition and the mandate of the RPF for South Sudan created pursuant to UNSC resolutions 2373 (...)»⁴².

chiarazione del Rappresentante dell'UA. Pertinenti gli svolgimenti del Segretario generale in UN Doc. S/2018/678, parr. 5 e 29; e YUSUF, *op. cit.*, p. 342 ss.

³⁹ V. *supra*, nota 17.

⁴⁰ V. i parr. 6-8 del «*Final Communiqué of the Extraordinary Summit of Heads of State and Government of LCBC Member Countries and Benin*», del 7 ottobre 2014 (www.cbtl.org/sites/http://www.peaceau.org). Si tratta di una Forza successore della *Multinational Joint Secure Force* esistente sin dal 1994 e composta inizialmente da personale militare della Nigeria, con il compito di controllare i confini settentrionali di quello Stato. V. pure nella nota che segue. Altro esempio di Forza operante nella lotta antiterrorista e sostenuta dal Consiglio di sicurezza, con l'attiva partecipazione dell'UA e dell'UE, è costituita dalla *Force conjointe du G5 Sahel – "FC-G5S"*, autorizzata dal Consiglio africano il 13 aprile 2017, e "welcomed" dal Consiglio di sicurezza con la Risoluzione n. 2359 del 21 giugno 2017 (*Considerando 7* della Risoluzione n. 2391 del 17 dicembre dello stesso anno).

⁴¹ PSC/AHG/COMM.2(CDLXXXIV), parr. 13 e, rispettivamente, 8. Doc. Assembly/AU/19(XXIV) Add. 7, par. 17. Inoltre, il comunicato recante la decisione adottata dal Consiglio al suo 489° *meeting* del 3 marzo 2015. Per il sostegno dato dal Consiglio di sicurezza, v. le dichiarazioni in UN Doc. S/PRST/2015/12; UN. Doc S/PRST/2015/14; UN. Doc. S/PRST/2017/14; la Risoluzione n. 2349 del 31 marzo 2017; infine, in allegato a UN Doc. S/2018/5. Per la possibile strategia di uscita credibile dall'operazione, con il necessario coinvolgimento operativo dell'ECCAS, v. PSC/COMM.(DCCXCV), del 20 settembre 2018.

⁴² V. PSC/PR/COMM.(DCCCXX), del 20 dicembre 2018.

Alla luce dei recenti sviluppi della prassi, appare comprensibile la necessità, rilevata dal Consiglio dell'UA, di definire compiutamente, a mezzo di un nuovo accordo, i rapporti tra l'Unione e le comunità economiche regionali africane precedente indicate⁴³.

5. Passando all'UE, questa, come è noto, a partire dal Trattato di Maastricht, ha assunto ampie competenze nel settore del mantenimento della pace⁴⁴. Infine, il Trattato di Lisbona ha conferito unitarietà istituzionale alle attività e politiche dell'Unione che si svolgono sul piano internazionale (Titolo V TUE); ha fissato i principi e gli obiettivi comuni cui le attività in parola devono ispirarsi (art. 21); inoltre, nel quadro richiamato, oltre alle missioni già previste, ha contemplato disposizioni particolari sulla politica di sicurezza e di difesa comune (artt. 42 e 43 TUE). Quella politica è «definita e attuata dal Consiglio europeo e dal Consiglio che deliberano all'unanimità, salvo nei casi in cui i trattati dispongano diversamente» (art. 24, par. 1); spetta a un «Comitato politico e di sicurezza (...), sotto la responsabilità del Consiglio e dell'alto rappresentante, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste all'articolo 43», i cui «obiettivi, portata e modalità generali di realizzazione» sono decisi dal Consiglio. Si tratta, cioè, di un suo organo permanente (già previsto dall'art. 25 della precedente versione del TUE) al quale l'articolo 38 conferisce la funzione di delineare gli obiettivi politico-militari delle operazioni, di indicare i mezzi per perseguirli nel quadro in cui le stesse si inseriscono, in modo da assicurarne lo svolgimento coerentemente con i parametri fissati dal Consiglio (controllo politico); di tradurre quegli obiettivi in un quadro strategico (direzione strategica); più in generale, il compito di monitoraggio della situazione internazionale e di rilascio di pareri al Consiglio per prepararne i lavori e definire le politiche pertinenti⁴⁵.

Manifestazione significativa dell'evoluzione brevemente ricordata è la con-

⁴³ V. ISS, *Peace & Security Council Report*, n. 115, del luglio 2019, p. 3, reperibile *online*. Sull'evoluzione più recente in materia, v. *Assembly/AU/5(XXXIII)*, del 9-10 febbraio 2020.

⁴⁴ Da richiamare, sinteticamente, gli svolgimenti dalla disciplina contenuta nel Trattato di Maastricht (art. J.1, .4, par. 1) a quella posta dal Trattato di Amsterdam (art. 17, par. 2), con la previsione di missioni (c.d. di *Petersberg*) «umanitarie e di soccorso», di «attività di mantenimento della pace», di «missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, ivi comprese le missioni tese al ristabilimento della pace» («de rétablissement de la paix», nella versione francese; di «*peacemaking*» nella versione inglese); siffatta previsione ha ricevuto attuazione nel corso delle riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio.

⁴⁵ V. Council of the European Union, doc. 11096/03 Ext. 1; inoltre il doc. 17107/14 CSDP/PSDC 750, recante lo «*European Union Concept for EU-led Military Operations and Missions*». Ruolo e funzioni del Comitato (COPS; organo permanente composto da alti funzionari o ambasciatori di tutti gli Stati membri e da un rappresentante della Commissione.) sono definiti nell'Allegato alla Decisione del Consiglio istitutiva dello stesso Comitato. Reso permanente dall'art. 25 TUE (Trattato di Nizza), il COPS ha iniziato a funzionare (prima dell'entrata in vigore di quel Trattato), per effetto della Decisione 2001/78/PESC del Consiglio, del 22 gennaio 2001.

figurazione di precisi modelli operativi preferiti dall'UE⁴⁶; l'adozione di un Accordo (del 17 novembre 2003) sullo *status*, in specie, dei militari e del personale civile messi a disposizione dell'Unione per operazioni e missioni di pace (SOFA UE)⁴⁷; il progressivo assorbimento, da parte dell'UE, di missioni civili e militari svolte dall'OSCE e dalla NATO. Significativa è altresì l'individuazione, sulla base dell'esperienza acquisita e dei rapporti con altre entità, di aree prioritarie di intervento – tra cui il «*support to the African Peace and Security Architecture*» – le quali costituiscono il risultato «*of an open consultation process involving EU institutions, DPKO/DFS, EU Member States and think tanks*». Si tratta di aree che, come è facile scorgere («*rapid response; facilitating EU Member States' contributions to UN peacekeeping; cooperation in rule of law and Security Sector Reform (SSR), including in the area of Defence Sector Reform (DSR); cooperation in support and logistics; finalize and implement a framework agreement on support issues; enhanced information and analysis exchange; follow up the implementation of the 2012-2014 EU Plan of Action*») non si limitano a riflettere il contenuto della cooperazione con le NU nel settore in esame, ma appaiono proiettate verso il futuro, muovendo dall'esperienza operativa acquisita nei settori di mantenimento della pace e gestione delle crisi, anche nei rapporti con altre entità⁴⁸.

Il rafforzamento del ruolo dell'UE nella materia di cui si tratta, pur nella riconosciuta primazia della Carta delle NU e del suo Consiglio di sicurezza, risulta altresì dal Protocollo n. 10, allegato ai Trattati, sulla «*cooperazione strutturata permanente istituita dall'articolo 42*».

Si tratta di atti, orientamenti e prassi operative che appaiono coerenti con la previsione di una politica esterna propria dell'Unione⁴⁹.

Ora, alcuni di quegli atti⁵⁰, ancorché privi di efficacia obbligatoria, sono suscettibili di sollevare dubbi di scarsa coerenza con la richiamata gerarchia formale dei rapporti Consiglio di sicurezza/organizzazione regionale risultante dalla lettera dell'articolo 53⁵¹.

⁴⁶ V. «*EU-UN Co-operation in Military Crisis Management Operation-Elements of Implementation of the EU-UN Joint Declaration*», documento adottato dal Consiglio europeo il 17-18 giugno 2004.

⁴⁷ Autorizzazione alla ratifica con Legge 3 agosto 2009, n. 114.

⁴⁸ «*Strengthening the UN-EU Strategic Partnership on Peacekeeping and Crisis Management: Priorities 2015-2018*», EEAS 458/15 eeas. cmpd.a4(2015)143738. Le missioni sono elencate in https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/geo_en.

⁴⁹ V., ad esempio, i numerosi riferimenti nel senso indicato, nel testo, presenti nelle Conclusioni del Consiglio affari esteri del 18 maggio 2015, par. 2.

⁵⁰ V. la «*Joint Declaration on UN-EU Cooperation in Crisis Management*», del 24 settembre 2003; «*EU-UN Co-operation in Military Crisis*», cit.; il «*Joint Statement on UN-EU Cooperation in Crisis Management*», del 7 giugno 2007. Atti reperibili online.

⁵¹ Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, p. 335 ss.

Nel citato «*Elements of the Implementation of the EU-UN Joint Declaration*» del 2004, richiamata la primazia del Consiglio di sicurezza (par. 1), si legge che l'UE può creare, con diverse possibili modalità, «*an EU operation in support of the UN under the political control and strategic direction of the EU*» (par. 7). Ciò posto, nel «*Joint Statement on the UN-EU cooperation in Crisis Management*», cit., del 2007, è ricordata la prassi di operazioni dell'UE sviluppatasi avendo a riferimento proprio quegli “Elements”. I due Atti indicati vengono, quindi, a configurarsi come quadro nel quale le due organizzazioni hanno delineato, ancorché non a mezzo di accordo, gli orientamenti per la creazione e il funzionamento di quelle operazioni. In effetti, su queste basi le due organizzazioni hanno elaborato misure volte a migliorare la cooperazione e il coordinamento nei propri rapporti, senza intaccare le componenti del controllo politico e direzione strategica dell'UE, d'altro canto previste nel TUE e, come tali, note al Consiglio di sicurezza. Sicché, in un rapporto del 2015, il Segretario generale delle NU ha richiamato i documenti indicati insieme al piano d'azione del 2012 sulla gestione delle crisi predisposto dal COPS⁵². In quel rapporto si legge che «*discussions sont en cours en vue d'adopter un cadre pour la suite de la coopération, qui s'inscrit dans le **prolongement du cadre précédent** et dans lequel les engagements sont renouvelés et les priorités, redéfinies, compte tenu des expériences récentes*» (enfasi aggiunta). In tal senso, vanno ricordate le formazioni di raccordo istituzionale tra le due Organizzazioni (Comitato direttivo NU/UE; riunioni ministeriali dell'UE con il Segretario generale)⁵³.

Ciò posto, ove si concentri l'attenzione sulla prassi, le operazioni dell'UE possono essere distinte in civili (in Africa, l'EUBAM Libya, l'EUCAP Nestor; l'EUCAP Sahel Niger e Sahel Mali) e militari, alcune di queste su invito del sovrano territoriale (così per le operazioni in Mali, in Somalia e nella RCA); da rilevare altresì che l'UE tende ad agganciarsi alle Nazioni Unite, risultando le missioni e le operazioni richiamate nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, e quindi legittimate dallo stesso. Ove poi si prendano in considerazione le operazioni autorizzate dal Consiglio di sicurezza, ex Capitolo VII della Carta, con mandati coercitivi o potenzialmente tali (le operazioni in Congo, in Ciad, Atalanta e nella RCA)⁵⁴, a noi pare che il processo formativo e gli svolgimenti di queste ultime operazioni, qui sinteticamente richiamati, risultino comunque com-

⁵² UN Doc. S/2015/229, del 1° aprile 2015: “*Coopérer pour la paix: vers le maintien de la paix en partenariat*” UN Doc. S/2015/229 del 1° aprile 2015, in specie par. 21.

⁵³ Indicazioni allegate a T. THARDY, *The European Union*, cit.

⁵⁴ Distinta dalle operazioni considerate sia per il mandato sia per l'area di azione, ancorché collegata con crisi africane, è la nota EUNAVORFOR MED-operazione Sofia, operazione militare di sicurezza marittima lanciata dall'UE, con il sostegno, ex Cap. VII della Carta NU, del Consiglio di sicurezza; atti in https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/area/security-and-defence_en.

patibili con la primazia che dalla Carta delle NU deriva al Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Nel senso indicato depone la costante prassi della combinazione degli atti pertinenti dell'UE e delle NU; e cioè l'accettazione, da parte di quel Consiglio, del sistema di formazione e gestione delle operazioni dell'UE: dell'autonomia istituzionale dell'UE, quale emerge dalle norme riferite, nonché della rilevata preferenza dell'Unione per operazioni autonome o per operazioni "ponte" nel teatro operativo. Siffatta manifestata preferenza per dati modelli operativi appare rispondere all'esigenza politica dell'UE, sulla base dell'esperienza dell'operazione *Artemis*, di prevenire richieste delle NU corrispondenti ad altri modelli, non condivisi dall'Unione⁵⁵.

D'altro canto, l'accettazione, da parte del Consiglio di sicurezza, del controllo e del concetto di operazione del COPS si ha anche in situazioni in cui l'operazione dell'UE – quale configurata da questa, secondo l'orientamento descritto – dia seguito a richieste delle NU di sostegno a proprie missioni in corso; così nel caso dell'EUFOR R.D. Congo⁵⁶.

Vale la pena di ribadire che sebbene l'UE delinei il mandato delle proprie missioni, trattandosi di operazioni robuste o suscettibili di sviluppi coercitivi, la stessa Unione tradizionalmente chiede che siffatte operazioni siano autorizzate dal Consiglio di sicurezza ai sensi del Capitolo VII della Carta. Orbene, la risoluzione autorizzativa esprime inequivocabilmente accettazione, da parte del medesimo Consiglio, di ciò che operativamente l'UE sia disposta a dare⁵⁷, e produce l'effetto, su richiesta dell'UE, di unire l'operazione autorizzata al sistema di sicurezza collettiva; e quindi di inserirla nel contesto di cui si tratta, così come definito e gestito complessivamente da quel Consiglio. D'altro canto, le norme del TUE che richiamano i principi della Carta⁵⁸, appaiono idonee a indirizzare l'attività del COPS all'interno di quell'operazione, così evitando sovrapposizioni delle funzioni di controllo e di direzione strategica di detto Comitato al controllo proprio del Consiglio di sicurezza. La qual cosa, ci sembra, è congruente con la riferita definizione del contenuto, per l'appunto, del controllo e della direzione di quel Comitato.

Emblematica, nel senso indicato, è l'esperienza operativa nella RCA: nella

⁵⁵ In argomento v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, p. 338; T. TARDY, *The European Union*, cit.

⁵⁶ Cfr. la Risoluzione n. 1671 del 25 aprile 2006, preceduta dagli scambi di lettere di cui si fa menzione nel preambolo della stessa risoluzione.

⁵⁷ Dal punto di vista ora considerato è significativa, ad esempio, l'esperienza della Forza ponte dell'UE in Ciad e nella RCA, con ampia autonomia di gestione da parte dell'Organizzazione regionale (par. 6 della Risoluzione n. 1778 del 25 settembre 2007). Inoltre la Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'UE nel Mediterraneo centro-meridionale (EUNAVFOR MED), *Considerando* 4. Per un esempio di pianificazione di un'operazione non coercitiva, v. le Conclusioni del Consiglio sul Mali, del 10 dicembre 2012, par. 5.

⁵⁸ V. *supra*, nota 3.

Risoluzione n. 2134, agendo *ex* Capitolo VII, il Consiglio di sicurezza ha autorizzato il dislocamento dell'operazione nei termini indicati dall'UE⁵⁹. Inoltre, giusta l'articolo 38 TUE, la Forza – con caratteristiche simili alle operazioni di *peacekeeping* robuste delle NU – è stata sottoposta al controllo politico e alla direzione strategica del COPS, sotto la responsabilità del Consiglio dell'UE e dell'Alto rappresentante (art. 5 della Decisione). Da notare che l'operazione in parola è da ricollegare, come in altri casi, al ruolo politico-operativo di uno Stato membro (permanente del Consiglio di sicurezza e) dell'UE nell'area geografica cui si ha riguardo⁶⁰: la stessa operazione, dunque, ha consentito di convogliare nel quadro istituzionale dell'UE l'iniziativa di uno Stato membro di questa (e del Consiglio di sicurezza) interessato a essere presente operativamente nelle aree di crisi di cui si tratta.

Da quanto precede risulta che, autorizzando il dislocamento di una Forza informata al concetto operativo delineato dal competente organo dell'UE, il Consiglio di sicurezza ha riconosciuto alla stessa Forza l'autonomia risultante da quel concetto⁶¹.

La qual cosa, tuttavia, non esclude la primazia del Consiglio di sicurezza rispetto alla Forza dell'UE: a parte note affermazioni di carattere generale del Consiglio (delle NU ed) europeo in tal senso, qui è sufficiente ripetere che quest'ultimo tradizionalmente chiede, come pure accaduto nel caso poc'anzi considerato, che l'operazione, nel modello preferito, sia inserita nel contesto di una risoluzione del Consiglio delle NU recante le basi giuridiche per la presenza della Forza nel territorio del Paese interessato (e, indirettamente, in quelli di transito)⁶². Sic-

⁵⁹ Dando seguito alle sollecitazioni del governo francese e stante l'accordo di principio all'interno del COPS, il Consiglio affari esteri dell'UE si è impegnato a fornire aiuti alle iniziative africane nella RCA, così rafforzando «*l'engagement européen dans le cadre de son approche globale*». Pertanto, «*marqué son accord politique sur (...) une opération militaire PSDC*», il 20 gennaio 2014 il medesimo Consiglio «*a approuvé le concept de gestion de crise à cette fin*». In vista della decisione per il rapido stabilimento dell'operazione, quel Consiglio ha delineato quest'ultima come una forza volta a dare «*un appui temporaire*», non superiore ai sei mesi, in modo da fornire «*un environnement sécurisé, dans la région de Bangui*» e «*passer le relais à l'UA*». Ciò posto, il Consiglio aveva cura di precisare che l'operazione avrebbe dovuto essere fondata su una risoluzione del Consiglio di sicurezza idonea a inserire «*dans les meilleurs délais*» il dislocamento della Forza dell'UE nella RCA, a sostegno delle autorità di questa e delle iniziative dell'UA, delle NU e della Francia. V. pure la Decisione 2014/73/PESC del Consiglio, del 10 febbraio 2014.

⁶⁰ Cfr. il nostro *Funzioni e caratteri dell'EUFOR in una situazione di emergenza umanitaria*, in G. VENTURINI-S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 189 ss. In una prospettiva più generale, nella quale è posta in luce la connessione tra considerazioni politiche degli Stati e ruolo delle NU nell'autorizzare degli interventi, v. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 5 ss., in specie p. 17 s.

⁶¹ V. pure il Comunicato stampa 5785/1435, in www.consilium.europa.eu.

⁶² Per la facilitazione al transito delle Forze e materiale destinato nella RCA, cfr. il par. 46 della Risoluzione n. 2134.

ché si ha una concorrenza di determinazioni dell'organo delle NU e di quelli dell'UE, rispetto ai quali, peraltro, l'autorizzazione segna i limiti di convergenza e di azione⁶³. Pertanto, è degna di nota la seguente affermazione del Segretario generale: «*En ce qui concerne les mandats, lorsque des missions au titre de la Politique de sécurité et de défense commune de l'Union européenne sont déployées dans le cadre des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, la coordination s'effectue généralement par l'entremise des membres du Conseil de sécurité. Ces derniers veillent à ce que de telles missions soient mentionnées dans les résolutions du Conseil de sécurité et viennent compléter les plus vastes mandats des opérations de maintien de la paix dirigées soit par l'Organisation des Nations Unies soit par l'Union africaine*»⁶⁴.

In definitiva, le operazioni dell'UE si manifestano, nell'esercizio e nei limiti di compiti previsti negli atti pertinenti, in contesti già delineati dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Inoltre, le risoluzioni autorizzative, che, vale la pena di notare, a differenza di quanto accaduto talvolta per altre organizzazioni, precedono l'azione dell'UE, ricadono sui rapporti tra questa e le NU e appaiono idonee a distinguere il ruolo di legittimazione politica/autorizzativa e di indicazione normativa nel contesto di cui si tratta da quello operativo, comprensivo delle determinazioni politiche del COPS, a tal fine necessarie. Siffatto ruolo di quel Comitato si spiega non solo in vista di scelte politiche nei rapporti con altre organizzazioni (così, nell'esempio fatto, con quelle africane operanti nella RCA), ma anche in ragione della funzione "ponte" della Forza dell'UE (dell'EUFOR) in contesti difficili. In altri termini, un'eventuale strategia di uscita (anche anteriormente al termine massimo posto per l'operazione) da quei contesti non potrebbe che essere rimessa alle determinazioni politiche dell'Unione. D'altro canto, il parallelismo operativo talvolta rilevabile tra UE e NU (così in Ciad, in RCA, in Mali, oltre che in Kosovo) è manifestazione di autonomia dell'entità regionale pur nel coordinamento con quella universale.

6. In conclusione può osservarsi che, sebbene le operazioni si svolgano tutte avendo come quadro di riferimento normativo la Carta delle NU e gli atti istitu-

⁶³ D'altro canto, il Consiglio di sicurezza, annessa la Forza alle attività da lui gestite complessivamente (così, anche nel caso poc'anzi considerato), non spogliandosi delle proprie responsabilità, chiede (ha chiesto) dei rapporti sull'esecuzione dell'operazione autorizzata; e ciò, evidentemente, in modo da poter tenere sotto controllo la situazione. La qual cosa non è scartata dai limiti posti dalla pertinente decisione dell'UE alla circolazione di informazioni segrete per fattori di sicurezza: v. la Decisione 2013/488/UE del Consiglio, del 23 settembre 2013, sulle norme di sicurezza per proteggere le informazioni classificate Ue; l'art. 12 della Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione Europea nel Mediterraneo centro-meridionale (EUNAVFOR MED).

⁶⁴ UN Doc. S/2015/229, par. 19, p. 20.

tivi delle organizzazioni regionali pertinenti, la circostanza che le risoluzioni autorizzative siano fondate sul Capitolo VII della Carta, oltre a essere indicativa della gravità della situazione, è senza dubbio idonea a inserire l'operazione dell'organizzazione regionale nel quadro del sistema di sicurezza collettiva. Tuttavia, l'indicazione di quel Capitolo non è significativa del contenuto del partenariato tra le NU e l'organizzazione regionale, che va inteso bensì alla luce di altri dati, nel senso prima considerato. Tanto più che una stessa risoluzione, fondata sul Capitolo VII, può fare riferimento a più organizzazioni regionali (e a Stati) i cui rapporti con le NU vanno compresi, per l'appunto, in base agli atti pertinenti richiamati come sappiamo, ancorché implicitamente, nella risoluzione autorizzativa.

Ciò posto, gli svolgimenti che precedono, per un verso, denotano il crescente ruolo delle organizzazioni africane; per altro verso, considerati i processi formativi delle operazioni dell'UE e dei relativi mandati, rivelano una posizione di autonomia in materia dell'UE rispetto alle NU, priva di analogo riscontro nei rapporti tra l'organizzazione universale e quelle africane. Certo, la prassi operativa nota negli ultimi anni nel continente africano mostra, a fronte di una sensibile minore presenza nelle operazioni delle NU di contingenti di Stati dell'UE, un'ampia partecipazione alle stesse di contingenti delle organizzazioni regionali e sub-regionali africane. La qual cosa può essere stata favorita sia dalla disponibilità di personale derivante dall'avvio della ASF, sia dalla circostanza che ricorrentemente si hanno forze delle NU che succedono a quelle delle organizzazioni regionali e sub-regionali africane, assorbendole. Tuttavia, negli stessi contesti in cui si svolgono quelle operazioni è rilevabile la presenza di un ruolo complementare di operazioni e missioni dell'UE, con mandati definiti dalla stessa Unione, nel senso a suo tempo indicato. Diversamente, la rilevata dipendenza economica delle organizzazioni regionali e sub-regionali africane ricade inevitabilmente sul processo formativo del mandato delle operazioni di quelle organizzazioni: come è facile scorgere, non potrebbe aversi finanziamento di un mandato il cui contenuto non sia condiviso dagli enti finanziatori. E tra questi l'Unione Europea, che, pertanto, incide sui mandati e tende a porsi rispetto alle organizzazioni africane sullo stesso piano delle NU⁶⁵.

La qual cosa è fatta evidente, ad esempio, dall'individuazione, tra i settori di intervento prima indicati, dell'area di sostegno all'architettura africana di pace. In effetti, nella dichiarazione comune del 25 settembre 2018, dal titolo «*Reinforcing the UN-EU Strategic Partnership on Peace Operations Crisis*

⁶⁵ Cfr. ampiamente «*Strengthening the UN-EU Strategic Partnership*», cit. («*an EU operation or Battlegroup can serve as an autonomous rapid response force in parallel to, or bridging to, a UN peacekeeping operation*»); inoltre: «*while the partnership is an expression of support to the UN in line with Chapter VIII of the UN Charter, both the UN and the EU are mindful that the EU is a key foreign policy actor and security provider in the world*»).

Management: Priorities 2019-2021», è indicato, tra le priorità, il seguente obiettivo: «*To enhance cooperation with and support to African-led peace operations, explore together with the African Union (AU), possible initiatives to deepen trilateral cooperation – UN-EU-AU – on peace operations, conflict prevention and crisis management, as well as on regional strategies*».

| Giancarlo Scalese* |

Processi di pace e stabilità delle relazioni pattizie

Gli effetti della guerra sui trattati nel “mito della caverna”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione storica della problematica inerente alle conseguenze dell’insorgere di uno stato di guerra sugli accordi internazionali. – 3. Il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale e il suo ambito di applicazione. – 4. *Segue*: la procedura per la declaratoria d’inefficacia del trattato e la perdita del diritto d’invocarne l’applicazione. – 5. Inquadramento dommatico della fattispecie e considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La stabilità delle relazioni pattizie costituisce una condizione imprescindibile per la realizzazione di qualsivoglia processo di pace. Al verificarsi di uno stato di guerra, infatti, solo la costante ricerca di un puntuale mantenimento dell’ordine giuridico internazionale, naturalmente perturbato dallo scoppio delle ostilità, consentirà di promuovere un proficuo e duraturo riavvicinamento delle parti in lotta.

Di questa imprescindibile esigenza dovrebbe tenere in qualche modo conto persino il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (qui di seguito: il CdS), nell’esercizio dei suoi fondamentali poteri per il mantenimento della pace e della sicurezza attribuitigli dalla Carta¹, nonostante l’elevato grado di discrezionalità al riguardo goduto².

Finanche quando, per far fronte a una qualunque crisi internazionale o in-

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ Ai sensi dell’art. 24, par. 1 della Carta ONU: «*In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf*».

² Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *On the Security Council’s Law Making*, in *Riv. dir. internazionale*, 2000, p. 609 ss.

terna, decide il legittimo impiego di contingenti militari – con possibili compiti multidimensionali che vanno dalle semplici operazioni di monitoraggio di un “cessate il fuoco” sino alle più complesse attività di assistenza per il ristabilimento, nei territori colpiti, delle normali condizioni di vita politiche e istituzionali³ – sarebbe auspicabile che il CdS cercasse di armonizzare la sua azione, nei limiti del possibile, con gli impegni pattizi assunti dagli Stati interessati⁴.

In tale ultimo caso, è da ritenersi, quindi, che i soggetti conseguentemente chiamati a intervenire quali “gestori esecutivi” dell’ordinamento internazionale⁵ dovrebbero essere messi in grado di operare nel rispetto del quadro normativo internazionale vigente, contribuendo, sebbene indirettamente, ad assicurare, in relazione allo specifico mandato ricevuto, l’osservanza dei trattati conclusi dagli Stati coinvolti nel conflitto.

Questo rilievo, piuttosto che rappresentare una mera aspirazione *de iure condendo*⁶, riveste all’atto pratico una reale rilevanza strategica, tutt’altro che trascurabile, quale mezzo per prevenire l’insorgere e l’acuirsi di ulteriori controversie tra le parti in lotta, che di certo finirebbero con il rallentare, se non pregiudicare, il cammino verso la pace.

D’altronde, l’assenza di un sistema centralizzato di accertamento del diritto, diretta conseguenza del carattere anorganico della Comunità internazionale (qui di seguito: la CI), rischia costantemente di alimentare abusi da parte di quelle Cancellerie indotte a denunciare un trattato, a seguito dell’instaurarsi di uno stato di guerra, per mero opportunismo.

Neppure deve meravigliare come il diritto internazionale limiti, in generale e sia pure con le dovute eccezioni che verranno di seguito chiarite, le pretese degli Stati di svincolarsi dall’osservanza degli obblighi pattizi in presenza di simili situazioni congiunturali, considerato il ruolo principe rivestito dai trattati nel relativo sistema delle fonti⁷ e, dunque, la “sacralità” ivi rivestita dal principio *pacta sunt servanda*⁸.

³ Si fa ovviamente riferimento alle varie forme che possono assumere le c.d. *peacekeeping operation* adottate in forza del Cap. VII della Carta ONU, con un diverso grado d’intensità. Cfr. per tutti, L. PINESCHI, *Le operazioni delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace*, Padova, 1998 e E. LAGRANGE, *Les opérations de maintien de la paix et le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Parigi, 1999.

⁴ Al questo riguardo, v. *amplius, infra*, par. 5.

⁵ Tale può qualificarsi la funzione dei contingenti militari a ciò incaricati dal CdS.

⁶ *Ibid.*, nota 4.

⁷ Non a caso, l’art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, nell’elencare le fonti che il giudice internazionale è tenuto ad applicare per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua cognizione, richiama alla lett. a), prima di ogni altra, le Convenzioni internazionali, generali o speciali che siano. È appena il caso di rammentare come i trattati rappresentino, dal punto di vista quantitativo, la preponderante fonte normativa internazionale di tipo precettivo.

⁸ Il principio risulta solennemente sancito dall’art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei

2. L'evoluzione storica della problematica inerente alle conseguenze dell'insorgere di uno stato di guerra sugli accordi internazionali

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 1969 (qui di seguito: la CVT), sembrerebbe *prima facie* non affrontare la delicata questione degli effetti della guerra sugli accordi internazionali conclusi da almeno una delle parti in conflitto⁹.

L'articolo 73 CVT, infatti, espressamente sottrae al gioco delle norme codificate ogni questione inerente allo scoppio di ostilità fra Stati¹⁰, quest'ultimo da intendersi in senso ampio sino a ricomprendere, oltre le classiche situazioni di guerra, le crisi militari generate da situazioni di legittima difesa o da guerre civili interne¹¹. Invero, la scelta di predisporre una simile *saving clause*, peraltro introdotta solo in sede diplomatica, nel corso dei lavori della Conferenza di Vienna¹², si ricollega alla ritrosia all'epoca manifestata dalla CDI nel cimentarsi in ordine alla complessa tematica della legittimità dell'uso della forza, di per sé considerata sostanzialmente estranea al diritto dei trattati¹³.

D'altro canto, sino ad allora, i tribunali internazionali avevano avuto modo di pronunciarsi in merito alle conseguenze della guerra sui trattati solo in rarissimi casi¹⁴, registrandosi al riguardo per lo più pronunce giurisprudenziali interne, da ritenersi, in quanto tali, immancabilmente perturbate da visioni “uni-

trattati, del 1969, a norma del quale: «*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*».

⁹ V. quanto si preciserà, *infra*, par. 5.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 73: «*The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States*».

¹¹ Originariamente, alla luce di lavori preparatori dell'art. 73, sarebbe stato più corretto interpretare il riferimento di questa *norma di chiusura* allo “scoppio di ostilità” in senso restrittivo, ossia limitato alle tradizionali situazioni di guerra; al riguardo, cfr. R. PROVOST, *Article 73*, in O. CORTEN-P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, 2011, p. 1655. Tuttavia, alla luce dei successivi studi della CDI in materia (di cui si dirà *infra*, parr. 2 e 5) sembrerebbe preferibile accedere alla più ampia nozione di “ostilità” suggerita nel testo, in forza d'una più corretta interpretazione storico-evolutiva. Tuttavia, come si approfondirà in seguito, la norma in parola, non sembra dotata di una reale portata precettiva, rivestendo piuttosto una generica valenza sistematica.

¹² Il riferimento dell'art. 73 allo “scoppio di ostilità” si deve all'accoglimento degli emendamenti presentati dalle delegazioni ungherese e polacca (A/CONF.39/C.1/L.279), da un lato e svizzera (A/CONF.39/C.1/L.359), dall'altro.

¹³ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 197.

¹⁴ Si segnala tra questi, Corte permanente di arbitrato, sentenza 7 settembre 1910, *North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain/United States of America)*, in *RSA*, vol. XI, p. 173 ss., che, peraltro, si pronunciava incidentalmente a favore della tesi della *sospensione* di taluni trattati in presenza di uno stato di guerra.

lateralistiche” dell’interpretazione del diritto internazionale¹⁵.

Del tutto contrastanti apparivano, poi, i dati della rilevante prassi diplomatica¹⁶. Se, difatti, nel più risalente periodo gli Stati si erano decisamente orientati verso una categorica estinzione dei trattati in ragione di un conflitto armato, a partire dalla metà del XIX secolo e sino allo scoppio della Grande Guerra, si era fatta strada l’idea della permanenza in vigore degli accordi internazionali, al massimo temperata dall’istituto della sospensione, per poi assistersi a un brusco *revirement*, nel senso della definitiva cessazione della loro efficacia.

Al contempo, in dottrina regnava un elevato grado di incertezza, senza che peraltro la problematica *de qua* fosse riuscita a formare oggetto di accurati approfondimenti concettuali, laddove gli Autori, salvo che in rarissime eccezioni¹⁷, si erano limitati a quasi del tutto apodittiche considerazioni, di stampo generale.

A tale ultimo riguardo, nonostante la varietà di opinioni espresse¹⁸, risulta possibile enucleare, in estrema sintesi e a grandissime linee, due fondamentali orientamenti. Un primo, che nel negare l’esistenza di qualunque principio consuetudinario *ad hoc*, riteneva che al più la questione si sarebbe dovuta risolvere sul mero piano interpretativo, avendo riguardo alla comune intenzione delle parti contraenti, così come manifestata al momento della formazione dell’accordo o, successivamente, allo scoppio delle ostilità¹⁹. Un secondo, all’incontrario, incline alla possibile rilevazione di regole generali in materia che, a seconda dell’impostazione concretamente seguita, avrebbero

¹⁵ Si definiscono comunemente *unilateralistiche* quelle interpretazioni dei trattati prospettate da uno Stato contraente, sulla base delle proprie prevalenti concezioni giuridiche nazionali. Siffatte operazioni ermeneutiche sono da ritenersi del tutto vietate dalla CVT, considerato come le pertinenti norme in materia di interpretazione (artt. 31-33) in nessun caso richiamano il diritto interno quale criterio applicabile, neppure in via sussidiaria o complementare, per la ricostruzione del significato e la portata del trattato. Per una dettagliata rassegna della rilevante giurisprudenza domestica, cfr. M.K. PRESCOTT, *How War affects Treaties between Belligerents: a Case Study of the Gulf War*, in *Emory International Law Review*, 1993, p. 206 ss.

¹⁶ Per una attenta ricostruzione di questa prassi si rinvia U. LEANZA, *Intorno agli effetti della guerra sui trattati*, in *Riv. dir. internazionale*, 1957, p. 229 ss.

¹⁷ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Napoli, 1968, p. 201 ss.; L. MC NAIRD-WATTS, *The Legal Effects of the War*, IV ed., Cambridge, 1966; L. MC NAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 695 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, 1959; U. LEANZA, *op. cit.*, p. 226 ss.; L. OPPENHEIM, *International Law: a Treaties*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, VII ed., Londra, 1952, p. 302 ss.; G. SCHELLE, *De l’influence de l’état de guerre sur le droit conventionnel*, in *Journal de droit international privé*, 1950, p. 54 ss.; R. MONACO, *La sospensione delle norme giuridiche in tempo di guerra*, in *Jus*, 1941, p. 224 ss. Ancora oggi la problematica risulta prevalentemente trascurata dalla dottrina; tra i pochi, cfr. M.K. PRESCOTT, *op. cit.*, p. 197 ss.; A.N. PRONTO, *The Effect of War on Law – What happens to their Treaties when States go to War?*, in *Canadian Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 227 ss.

¹⁸ Cfr. *amplius* U. LEANZA, *op. cit.*, pp. 226-229.

¹⁹ Cfr. ad es. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, IV ed., Padova, 1955, p. 399 ss.; G. SCHELLE *op. cit.*, p. 54; P. CHALLEY, *La nature juridique des traités internationaux*, Parigi, 1923, p. 23.

potuto determinare l'estinzione o la sospensione del trattato²⁰, fatti salvi generalmente quegli accordi i quali, in considerazione del loro contenuto, si sarebbero dovuti considerare naturalmente sottratti a un simile meccanismo d'inefficacia (come, ad esempio, quelli che prevedono espressamente la loro applicazione in tempo di guerra o destinati a regolamentare interessi generali di natura permanente). In tal senso si era schierata l'*Harvard Law School*, nella sua proposta di Convenzione sul diritto dei trattati elaborata nel 1935, che all'articolo 35, intitolato «*The Effect of War*» affermava il principio della sospensione dell'accordo, salvo una diversa previsione degli Stati contraenti, da ricostruirsi pure alla luce della sua natura e del suo scopo, ovvero in presenza di un differente Patto intercorso tra le stesse parti, al termine delle ostilità²¹.

Dopo la conclusione dei lavori della CVT, della questione si sarebbe occupato anche l'*Istitut de droit international*, con la Risoluzione «*The Effects of Armed Conflicts on Treaties*», adottata alla sua Sessione di Helsinki, nel 1985²² e che ha rappresentato un non trascurabile punto di riferimento per lo sviluppo dei successivi studi in materia²³.

Occorre attendere il 2004 perché la Commissione di diritto internazionale (qui di seguito: la CDI), su mandato della VI Commissione dell'Assemblea generale dell'ONU (qui di seguito: la Ag) iniziasse finalmente ad affrontare la complessa problematica in questione, pervenendo, nel 2011, all'adozione in forma definitiva di un Progetto di articoli sugli effetti dei conflitti armati sui trattati

²⁰ Cfr. ad es. R. MONACO, *op. cit.*, p. 224 ss., che propende per la sospensione. In favore della sospensione, si era pure pronunciato l'*Istitut de droit international*, nel suo Regolamento sugli effetti della guerra sui trattati, adottato il 31 agosto 1912, nella Sessione di Cristiana. Altri come U. LEANZA, *op. cit.*, p. 240, teorizzano l'idea della estinzione, sia pure con le dovute eccezioni, sulla scia della più risalente impostazione, come nel caso del VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des souverains*, II, 1754, par. 153, secondo cui la guerra determinerebbe *tout court* l'estinzione di tutti i trattati.

²¹ Più precisamente, a norma di questa disposizione: «a) *A treaty which expressly provides that the obligations stipulated are to be performed in time of war between two or more parties, or which by reason of its nature and purpose was manifestly intended by the parties to be operative in time of war between two or more of them, is not terminated or suspended by the beginning of a war between two or more of the parties.* b) *Unless otherwise provided in the treaty itself, a treaty which does not expressly provide that the obligations stipulated are to be performed in time of war between two or more of the parties, and which by reason of its nature and purpose was not manifestly intended by the parties to be operative in time of war between two or more of them, is suspended as between the hostile belligerents during the continuance of a war between two or more of the parties, and unless contrary provision is made at the conclusion of the war, it will again come into operation when the state of war is ended*» (v. *American Journal of International Law*, 1935, Suppl., p. 1183).

²² Il documento è consultabile in: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1985_hel_03_en.pdf.

²³ Questa risoluzione, infatti, influenzerà non poco il Progetto che verrà, poi, adottato dalla CDI, di cui si dirà immediatamente nel testo.

(qui di seguito: il Progetto) con relativo Commentario²⁴, che va a colmare formalmente il vuoto normativo segnato dal sopra richiamato articolo 73 CVT.

3. *Il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale e il suo ambito di applicazione*

Il Progetto, che consta di diciotto articoli e un Annesso, rappresenta un elaborato sforzo di codificazione che, per quanto probabilmente destinato a non assumere veste pattizia²⁵, di certo si caratterizza per l'autorevolezza della fonte da cui promana risultando da subito, di per sé, suscettibile di condizionare l'attività interpretativa di giudici e operatori del diritto²⁶.

Come si evince dal combinato disposto degli articoli 1 e 2, la CDI ne ha concepito la sfera operativa in termini alquanto ampi²⁷, astrattamente estesa a pressoché ogni forma di crisi militare, in rapporto alla permanenza in vigore di quasi ogni trattato.

Sotto il primo profilo vengono, infatti, in rilievo non solo i conflitti tra Stati, dichiarati o meno, ma anche quelli interni che presentino un "certo grado" di rilevanza internazionale, in quanto nel tempo *protracted* e ad ogni modo direttamente involgenti un'autorità di governo²⁸, riproponendosi in tal modo la definizione di "conflitto armato" adottata dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia nella sua pronuncia, del 2 ottobre 1995, sul caso *Tadić*²⁹. Non è da escludersi, poi, in sintonia con le indicazioni fornite dalla CDI nel Commentario, che pure situazioni solo eventualmente suscettibili di sfociare in un effettivo scoppio di ostilità (come un blocco navale o l'occupazione di un territorio in assenza di un'effettiva resistenza da parte dello

²⁴ V. Doc. A/66/10, in *Yearbook International Law Commission*, 2011, vol. II, *Part Two*, p. 108 ss. Nei relativi lavori preparatori si sono succeduti i relatori speciali Brownlie e Caflish.

²⁵ Numerosi Stati hanno manifestato da subito la loro contrarietà a che il Progetto assuma la forma di una vera e propria convenzione di codificazione: cfr. *Codification of International Law*, U.N. Press Release GA/L/3423, 27 ottobre 2011.

²⁶ V. *amplius*, quanto si dirà *infra*, par. 5.

²⁷ L'art. 1, che definisce lo scopo del Progetto, prevede: «*The present draft articles apply to the effects of armed conflict on the relations of States under a treaty*». L'art. 2 è dedicato alle definizioni: «*For the purposes of the present draft articles: a) 'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation, and includes treaties between States to which international organizations are also parties; b) 'armed conflict' means a situation in which there is resort to armed force between States or protracted resort to armed force between governmental authorities and organized armed groups*».

²⁸ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 109, par. 2, e pp. 110-111, par. 8-9.

²⁹ Caso n. IT-94-1-AR72, par 70.

Stato che le subisca) potrebbero rilevare al riguardo³⁰.

In merito al secondo profilo, vengono presi in considerazione tutti i possibili tipi di accordi, compreso quelli di natura provvisoria, disciplinati dall'articolo 25 CVT, con l'unica eccezione dei trattati conclusi da organizzazioni internazionali (qui di seguito: le "OI"), sotto l'auspicio di un distinto, successivo approfondimento su questo specifico tema, da parte della stessa CDI³¹. Rientrano, invece, nell'ambito di applicazione del Progetto, gli accordi istituivi di organizzazioni internazionali. Neppure rileva in generale il numero dei soggetti contraenti o l'evenienza che lo stato di guerra abbia coinvolto solo alcuni dei contraenti, con la partecipazione all'accordo, quindi, di parti restate estranee al conflitto³².

Considerato come l'articolo 2, lettera a), nel riproporre la definizione di *trattato* già accolta CVT, richiami qualsiasi accordo concluso per iscritto fra Stati³³, evitando accuratamente di riferirsi al carattere precettivo dello stesso e precisando che sia sufficiente trovarsi al cospetto di norme convenzionali "*governated by international law*", può ritenersi che ricadano nell'ambito di applicazione del Progetto anche gli *accordi non-vincolanti*. La più attenta dottrina, infatti, da tempo ha chiarito che le clausole di un trattato non debbano necessariamente contenere un comando vincolante, dato che pure delle mere previsioni (pattizie) di *soft law*, in quanto qualificabili alla stregua di norme giuridiche *permissive*, risultano disciplinate dal diritto internazionale³⁴.

L'intera opera di codificazione in esame ruota, comunque, intorno all'affermazione del principio di cui all'articolo 3, ai sensi del quale la verifica di uno stato di guerra – dallo scoppio delle ostilità allo sviluppo del conseguente conflitto – non determina, *ipso facto*, l'inefficacia definitiva o temporanea dell'accordo³⁵, ribadendosi così l'imprescindibile valore primario

³⁰ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 110.

³¹ *Ibid.*, p. 109.

³² In questo caso, come evidenziato dalla CDI, *Ibid.*, p. 114, par. 6, occorrerà comunque tenere conto che, in linea di principio «*It cannot be assumed that the effect of armed conflict between parties to the same treaty would be the same as its effect on treaties between a party to an armed conflict and a third State*». Ne consegue, che la determinazione dell'eventuale incompatibilità del trattato con lo Stato di guerra andrà accuratamente valutata nei riguardi della posizione dello Stato contraente rimasto estraneo al conflitto.

³³ Viene pedissequamente riformulato il dettato dell'art. 2, lett. a), CVT.

³⁴ Cfr. R.R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, pp. 564-566; A. AUST, *The Theory and Practice of Informal International Instruments*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 804 ss.; C.M. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Chance in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 851.

³⁵ Questa disposizione, intitolata "*General principle*", stabilisce: «*The existence of an armed conflict does not ipso facto terminate or suspend the operation of treaties: a) as between States parties to the conflict; b) as between a State party to the conflict and a State that is not*».

della regola *pacta sunt servanda* nelle relazioni internazionali³⁶.

Il Progetto contempla due possibili deroghe al riguardo: una di carattere generale, disciplinata dall'articolo 6³⁷; e un'altra, di più ristretta portata, in quanto collegata alla peculiare ipotesi dell'aggressione militare, prevista dall'articolo 14³⁸.

In forza della prima disposizione un trattato potrà ritenersi, a seconda dei casi, estinto o sospeso, ovvero si ammetterà il recesso da esso, considerandone la natura, il contenuto, lo scopo e il numero delle parti contraenti, il tutto da relazionarsi alle caratteristiche del conflitto, all'intensità e alla durata dello stesso, nonché, in caso di guerre civili, ai loro effettivi riflessi sul piano internazionale. In assenza di specifiche previsioni al riguardo, sembrerebbe potersi affermare che l'alternativa estinzione-sospensione non si determini *ipso iure*, bensì subordinatamente a una valutazione di opportunità riconosciuta allo Stato titolare del potere conferito dalla corrispondente norma, che dunque potrà optare per uno dei due effetti. Ad ogni modo, l'articolo 6 indica, in via peraltro meramente esemplificativa, una serie di parametri valutativi la cui concreta rilevanza, ai fini dell'eventuale determinazione dell'inefficacia dell'accordo³⁹, andrà stimata, ai sensi dell'articolo 5, facendo ricorso alle comuni regole interpretative valevoli per il diritto dei trattati⁴⁰ (artt. 31-33 CVT).

Potrebbe, altresì, prospettarsi un'eventuale *inefficacia parziale* dell'accordo, in forza dell'articolo 11, ogni qual volta lo stato di guerra finisse con l'investire, nel senso descritto dal menzionato articolo 6, solo talune pattuizioni, sempre che: le clausole "colpite" risultino *separabili* dal resto del trattato per quanto concerne la loro esecuzione; la relativa accettazione non abbia costituito per le altre parti una base essenziale del consenso a vincolarsi al trattato nel suo complesso; e non appaia ingiusto continuare ad applicare ciò che di esso resterebbe in vigore.

³⁶ Il principio è condiviso dalla più autorevole dottrina; cfr. L. MC NAIR, *op. cit.*, p. 679. I tribunali interni britannici e statunitensi avevano già avuto modo di pronunciarsi in tal senso; si rinvia alle sentenze cit. nel Commentario, in *Yearbook of the International Law Commission*, cit., pp. 111-112, par. 2.

³⁷ Ai sensi di questa disposizione «*In order to ascertain whether a treaty is susceptible to termination, withdrawal or suspension in the event of an armed conflict regard shall be had to all relevant factors, including: a) the nature of the treaty, in particular its subject matter, its object and purpose, its content and the number of parties to the treaty; and b) the characteristics of the armed conflict, such as its territorial extent, its scale and intensity, its duration and, in the case of non-international armed conflict, also the degree of outside involvement*».

³⁸ Il testo della richiamata norma è il seguente: «*A State exercising its inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter of the United Nations is entitled to suspend in whole or in part the operation of a treaty to which it is a party insofar as that operation is incompatible with the exercise of that right*».

³⁹ Che si tratti di un'elencazione non tassativa è confermato dalla lettera della disposizione che fa precedere, all'elencazione in parola, la voce verbale "including".

⁴⁰ La disposizione prevede: «*The rules of international law on treaty interpretation shall be applied to establish whether a treaty is susceptible to termination, withdrawal or suspension in the event of an armed conflict*».

Sfuggono, però, sempre a ogni possibile declaratoria d'inefficacia sia tutte quelle previsioni del trattato che stabiliscono la loro applicabilità in presenza di conflitti armati (art. 4)⁴¹, sia quegli accordi conclusi *durante bello*, ritenuto peraltro come l'insorgere di uno stato di guerra non pregiudichi in alcun modo lo *ius contrahendi* degli Stati (art. 8)⁴².

Il Progetto si preoccupa di soccorrere ulteriormente l'interprete, attraverso l'individuazione di una serie di "trattati-tipo" che, in ragione della materia oggetto della relativa disciplina convenzionale, «*involves an implication that they continue in operation (...) during armed conflict*», ai sensi dell'articolo 7, che rinvia all'elencazione al riguardo operata dal relativo Annesso⁴³.

Si tratta di una lunga lista, da ritenersi peraltro non tassativa, che comprende: i trattati inerenti allo *ius in bello* (lett. a)) e all'instaurazione di regimi giuridici permanenti, inclusi gli accordi di delimitazione territoriale (lett. b)); quelli normativi c.d. *law-making treaties* (lett. c)); le Convenzioni sulla repressione dei crimini internazionali (lett. d)) e quelle di amicizia, commercio, navigazione o concernenti la regolamentazione di diritti dei privati (lett. e)); gli accordi sulla tutela dei diritti dell'uomo (lett. f)) o dell'ambiente (lett. g)); gli accordi su corsi d'acqua internazionali (lett. h)), acquedotti e relative installazioni (lett. i)); i patti istitutivi di organizzazioni internazionali (lett. j)); i trattati sui mezzi pacifici di risoluzione delle controversie (lett. k)) e sulle relazioni diplomatiche e consolari (lett. l)).

Curiosamente, tra le indicazioni delle categorie di accordi sottratti ai potenziali effetti estintivi o sospensivi derivanti da uno stato di guerra, né l'Annesso, né il Progetto operano alcun richiamo diretto alle disposizioni pattizie riproducenti regole di *ius cogens*, da considerarsi invece imprescindibilmente in vigore pure in presenza di un conflitto armato, in quanto espressione delle fondamentali concezioni etico-giuridiche dell'ordinamento internazionale. Detta omissione, di certo censurabile sul piano formale, è comunque "lenita" innanzitutto dal fatto che talune delle tipologie di trattato richiamate dall'Annesso risultano *tout court* corrispondenti a norme imperative, come nel caso delle Convenzioni che ineriscono allo svolgimento delle ostilità, specie con riguardo a quelle che regolamentano la protezione dei diritti umani in tempo di guerra⁴⁴. A ciò si

⁴¹ In forza di questa previsione: «*Where a treaty itself contains provisions on its operation in situation of armed conflict, those provisions shall apply*».

⁴² Il testo dell'art. 8 è il seguente: «*1. The existence of an armed conflict does not affect the capacity of a State party to that conflict to conclude treaties in accordance with international law. 2. States may conclude agreements involving termination or suspension of a treaty or part of a treaty that is operative between them during situations of armed conflict, or may agree to amend or modify the treaty*». Questo principio è condiviso pacificamente dalla dottrina. Per tutti, cfr. L. MC NAIR, *op. cit.*, p. 696.

⁴³ V. *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 119 ss.

⁴⁴ Si pensi, ad esempio, alla Convenzione di Ginevra del 1949, sulla protezione dei civili in tempo di guerra o alle Convenzioni de l'Aja del 1899 e del 1907, ancora oggi da annoverarsi tra le principali fonti del diritto bellico.

aggiunga che l'articolo 10 afferma il rispetto delle previsioni pattizie riprodotte il contenuto di norme consuetudinarie⁴⁵ (c.d. *pseudotrattati*)⁴⁶, imponendo per tal via, come è ovvio, pure l'assoluta inderogabilità dei doveri cogenti imposti dal diritto internazionale non scritto. Questa disposizione, che va a completare l'esclusione dei *law-making treaties* dai potenziali effetti della guerra sui trattati, deve essere intesa nel senso di rafforzare il rispetto qualsiasi regolamentazione convenzionale corrispondente al diritto consuetudinario comunque applicabile in caso di ostilità.

A tale ultimo riguardo, va altresì rammentato il generale richiamo all'osservanza dei diritti dei *neutrali*, espressamente operato all'articolo 17⁴⁷, che peraltro si traduce in una (ulteriore) tutela rafforzata, degli accordi di neutralizzazione, per quanto questi, in ragione della loro natura, già appaiano riconducibili nella lett. a) dell'Annesso⁴⁸.

In merito, infine, all'ulteriore deroga al principio "relativo" della sopravvivenza dei trattati in caso di guerra di cui all'articolo 3, viene previsto dall'articolo 14 che uno Stato, nell'esercizio del proprio diritto naturale di legittima difesa – individuale o collettivo – solennemente sancito dalla Carta ONU⁴⁹, è legittimato a sospendere, in tutto o in parte, quegli accordi che risultino incompatibili con lo svolgimento delle inerenti operazioni richieste⁵⁰. Potrebbe essere questo l'esempio di un trattato che stabilisca obblighi sulla somministrazione di forniture militari, casomai in favore dello Stato aggressore o anche di altri Governi, il cui esatto adempimento rischierebbe di aggravare la posizione dello Stato obbligato che reagisca in legittima difesa.

Appare a questo punto evidente come la disciplina di cui all'articolo 14 rap-

⁴⁵ Ai sensi di questa disposizione: «*The termination of or the withdrawal from a treaty, or the suspension of its operation, as a consequence of an armed conflict, shall not impair in any way the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of that treaty*».

⁴⁶ L'espressione è di R. QUADRI, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁷ La richiamata disposizione prevede: «*The present draft articles are without prejudice to the rights and duties of States arising from the laws of neutrality*».

⁴⁸ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 120.

⁴⁹ Ai sensi del relativo art. 51: «*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security*».

⁵⁰ L'art. 14 stabilisce: «*A State exercising its inherent right of individual or collective self-defense in accordance with the Charter of the United Nations is entitled to suspend in whole or in part the operation of a treaty to which it is a party insofar as that operation is incompatible with the exercise of that right*».

presenti null'altro che una specificazione di quella predisposta dal già esaminato articolo 6, in quanto sorretta dell'*eadem ratio legis*. Le due previsioni rispondono, infatti, al medesimo schema-tipo, entrambe sancendo l'inefficacia del trattato a fronte del verificarsi di una situazione di *inconciliabilità* con l'attuazione del relativo programma convenzionale, determinata da un generico stato di guerra, nel caso dell'articolo 6 e dal tempestivo uso della forza militare in risposta a un attacco armato in corso, nell'ipotesi dell'articolo 14. Ne deriva che la concretizzazione di quest'ultima fattispecie dipenderà dalla verifica della presenza dei medesimi presupposti applicativi di cui all'articolo 6, da condursi sulla base degli stessi canoni interpretativi; ed anche rispetto a una situazione di legittima difesa varranno le indicazioni dell'Annesso circa categorie di accordi da ritenersi sottratte al meccanismo di inefficacia del trattato a causa della guerra⁵¹.

Si sarebbe tentati di concludere, quindi, per l'assoluta superfluità della disposizione in parola. Tuttavia, il bisogno della CDI di predisporre un'apposita disciplina al riguardo può verosimilmente spiegarsi con l'intenzione di fugare qualsiasi dubbio circa la possibilità d'invocare (almeno) la sospensione di un trattato pendente una situazione di legittima difesa nonostante la sua naturale transitorietà, dato che questa, ai sensi dell'articolo 51 Carta ONU, dovrà necessariamente cessare, respinta l'aggressione o per l'intervento del CdS⁵².

4. Segue: *la procedura per la declaratoria d'inefficacia del trattato e la perdita del diritto d'invocarne l'applicazione*

Il Progetto predispose all'articolo 9 una specifica procedura che gli Stati devono seguire nell'invocare l'inefficacia di un trattato o per recedere da esso, in ragione di un conflitto militare.

Si tratta di una disciplina grosso modo ispirata a quella dettata dalla CVT per far valere in generale l'invalidità o l'inefficacia degli accordi internazionali (artt. 65-68).

Lo Stato che intende denunciare un trattato in forza del Progetto dovrà innanzitutto notificare la sua pretesa alle altre parti contraenti o al depositario, qualora il relativo regime convenzionale ne abbia contemplato l'istituzione. L'atto unilaterale di notifica produrrà i suoi effetti dal momento in cui verrà portato a conoscenza dei suoi destinatari⁵³ o in quello successivo, sem-

⁵¹ In tal senso, cfr. le pertinenti osservazioni della CDI, in *Yearbook of the International Law Commission*, cit., pp. 117-118.

⁵² V. *supra*, nota 49.

⁵³ Nel caso dell'istituzione di un depositario ex art. 76 CVT, sarà questi, in armonia con le funzioni assegnategli dall'art. 77 CVT, a provvedere all'ulteriore trasmissione della notifica *de qua* agli

mai indicato dal suo autore. Ricevuta la notifica, le altre parti contraenti potranno contestarne il contenuto, manifestando obiezioni entro un ragionevole termine o in quello eventualmente stabilito dallo stesso trattato, per simili casi. La mancata previsione nel Progetto di un preciso *time-limit* al riguardo, diversamente da quanto previsto nel corrispondente regime della CVT, si spiega con l'ovvia considerazione che sarebbe risultato "irrealistico" imporre, in presenza di un conflitto armato, dei rigorosi oneri temporali⁵⁴. In assenza di obiezioni o in caso di tardività delle stesse nel senso appena illustrato, il trattato si considererà, a seconda dei casi, estinto o sospeso. Nell'ipotesi, invece, di tempestive obiezioni, le parti in lite dovranno ricorrere a uno dei mezzi pacifici di risoluzione delle controversie indicati dall'articolo 33 della Carta ONU⁵⁵, sempre che lo stesso trattato non abbia predisposto una specifica procedura al riguardo, dovendosi ritenere in una tale evenienza, prevalente la volontà precedentemente manifestata dagli Stati, in linea, peraltro, con l'esclusione stabilita dell'Annesso degli accordi che predispongono meccanismi di mediazione, conciliazione o arbitrato dal gioco delle cause d'inefficacia della guerra (lett. *k*)).

Risulta a questo punto evidente come la descritta procedura presenti, rispetto a quella contemplata dalla CVT, delle non trascurabili differenze, a parte quelle di mero dettaglio o legate al diverso impiego di termini procedurali. Manca, infatti, una fase successiva all'eventuale infruttuoso ricorso ai mezzi di cui all'articolo 33 Carta ONU, che nel caso della codificazione di Vienna comporterebbe, invece, l'obbligatorio esperimento di un articolato meccanismo di conciliazione (art. 66, lett. *b*), CVT)⁵⁶, scelta questa probabilmente dettata dall'inopportunità di formalizzare eccessivamente il processo *de quo*, in situazioni di guerra.

Va, comunque, ritenuto che la disciplina dettata dal Progetto prevalga su

Stati interessati; dunque, rileverà la data di ricevimento della stessa da parte degli altri contraenti e non quella della consegna della notifica al depositario.

⁵⁴ Cfr. i pertinenti rilievi della CDI svolti nel Commentario, in *Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 115.

⁵⁵ Ai sensi di questa disposizione: «1. *The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice. 2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means*».

⁵⁶ L'art. 66 prevede: «*If (...) no solution has been reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed (...)* b) *Any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in Part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations*».

quella della CVT, a titolo di *lex specialis*. Ciò non toglie che un simile effetto derogatorio sarà da considerarsi strettamente limitato, nei suoi riflessi sostanziali, a quelle dispute inerenti alla permanenza in vigore del trattato in ragione dello stato di guerra, senza involgere la procedura da seguirsi in presenza di differenti fattispecie che da questo prescindono⁵⁷.

Cosicché, ad esempio, qualora si dovesse prospettare una questione di contrarietà dell'accordo a regole di *ius cogens*, rimarrà salva per gli Stati interessati – nonostante la situazione di ostilità in atto – la possibilità di adire unilateralmente la Corte internazionale di giustizia, ai sensi dell'articolo 66, lettera a) CVT⁵⁸. In definitiva, la speciale normativa appena esaminata trova applicazione solo rispetto all'asserita inefficacia di un trattato a causa della guerra e non in relazione a ogni caso di denuncia dell'accordo, per il solo fatto di essere stata manifestata *durante bello*.

Una volta dichiarata l'estinzione o la sospensione del trattato e cessate le ostilità, gli Stati contraenti, di comune accordo, potrebbero sempre ristabilire, ai sensi dell'articolo 13⁵⁹, lo *status quo ante* ricollegabile all'originario piano programmatico convenzionale non più in vigore (par. 1). In una simile evenienza, la reviviscenza del rapporto obbligatorio è da considerarsi l'effetto negoziale del nuovo consenso intervenuto tra le parti. Tuttavia, nella specifica ipotesi della *sospensione*, venuti meno i presupposti che giustificavano la temporanea inefficacia dell'accordo, si prevede altresì che il ripristino del trattato possa essere determinato da un semplice atto di impulso della singola parte interessata, senza bisogno che tutti gli Stati contraenti stipulino un nuovo Patto in tal senso (par. 2)⁶⁰.

Il Progetto prevede, infine, due situazioni in presenza delle quali lo Stato dovrà considerarsi precluso dall'avvalersi degli effetti della guerra sulla permanenza in vigore del trattato, risultando così pretermesso dalla possibilità di accedere alla procedura *ex* articolo 9.

La prima è quella disciplinata dall'articolo 12, a norma del quale uno Stato non può invocare una siffatta causa d'inefficacia del trattato qualora abbia consentito al suo mantenimento in vigore, ovvero abbia tenuto un comportamento

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 9, par. 5: «*Nothing in the preceding paragraphs shall affect the rights or obligations of States with regard to the settlement of disputes insofar as they have remained applicable*».

⁵⁸ La richiamata disposizione statuisce: «*Any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration*».

⁵⁹ Il testo è il seguente: «*1. Subsequent to an armed conflict, the States parties may regulate, on the basis of agreement, the revival of treaties terminated or suspended as a consequence of an armed conflict. 2. The resumption of the operation of a treaty suspended as a consequence of an armed conflict shall be determined in accordance with the factors referred to in article 6*».

⁶⁰ In caso di un accordo multilaterale, come precisato dalla CDI nel Commentario, l'iniziativa potrebbe promanare anche da più Stati interessati, nel caso di un accordo multilaterale (*Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 117).

incompatibile con la volontà di avvalersi della stessa⁶¹. Questa disposizione, che *mutatis mutandis* riproduce il contenuto dell'articolo 45 CVT, risulta finalizzata all'imposizione di un obbligo di coerenza nella condotta e, dunque, costituisce una chiara specificazione del principio generale *nemo potest venire contra factum proprium*⁶². Si profila, pertanto, uno strumento normativo che tende al soddisfacimento delle esigenze di tutela dell'altrui legittimo affidamento, da ritenersi irrinunciabili per l'ordinamento internazionale anche in tempo di guerra, come d'altronde ribadito dalla stessa CDI⁶³. Pure nel corso di un conflitto militare, dunque, gli Stati dovranno attenersi all'osservanza di un *criterio di autoresponsabilità*, secondo cui quando un soggetto immette nel traffico giuridico delle dichiarazioni o assume un qualunque altro comportamento volontario deve prestare attenzione, restandone assoggettato, alle possibili obiettive conseguenze che la sua azione ha prodotto nei confronti dei terzi in buona fede.

L'altra ipotesi da considerare discende, invece, dall'articolo 15 che priva lo Stato autore di un'aggressione militare del diritto di avvalersi, in forza del Progetto, dell'inefficacia di un trattato⁶⁴. Al riguardo, assumono rilievo gli attacchi armati condotti nel dispregio del divieto assoluto di uso della forza, sancito dall'articolo 2, paragrafo 4 della Carta ONU⁶⁵, sferrati attraverso contingenti regolari o truppe irregolari o mercenarie, secondo quanto previsto dalla Dichiarazione dell'Ag sulla definizione di aggressione, del 1975⁶⁶, da ritenersi ampiamente riproduttiva del diritto consuetudinario, in sintonia con la giurisprudenza internazionale⁶⁷. Quest'ulteriore preclusione, espressione del generale principio *nemo*

⁶¹ L'art. 12, intitolato "Loss of the right to terminate or withdraw from a treaty or to suspend its operation", recita: «*A State may no longer terminate or withdraw from a treaty or suspend its operation as a consequence of an armed conflict if, after becoming aware of the facts: a) it shall have expressly agreed that the treaty remains in force or continues in operation; or b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the continued operation of the treaty or in its maintenance in force.*».

⁶² L'art. 45 CVT risulta essere, infatti, un'evidente manifestazione del richiamato principio.

⁶³ Al riguardo, la CDI significativamente precisa: «*a minimum of good faith must prevail even in times of armed conflict*» (*Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 116).

⁶⁴ La richiamata previsione, intitolata "Prohibition of benefit to an aggressor State" prevede: «*A State committing aggression within the meaning of the Charter of the United Nations and resolution 3314 (XXIX) of the General Assembly of the United Nations shall not terminate or withdraw from a treaty or suspend its operation as a consequence of an armed conflict that results from the act of aggression if the effect would be to benefit of that State.*».

⁶⁵ Questa fondamentale disposizione prevede: «*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*».

⁶⁶ Dichiarazione n. 3314-XXIX, del 12 febbraio 1975.

⁶⁷ Cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, in *ICJ Reports 1986*, pp. 93-94.

commodum capere potest de sua injuria propria assume, pertanto, il significato di una vera e propria sanzione che l'ordinamento commina per la violazione di un suo precetto cogente, comportando una situazione di *sfavor* in cui lo Stato ricade, quale conseguenza del compimento di una gravissima attività illecita.

5. *Inquadramento dommatico della fattispecie e considerazioni conclusive*

Da sempre, come osservato dalla migliore dottrina, le soluzioni accolte nella definizione della problematica inerente agli effetti dei conflitti armati sui trattati, sono state condizionate dal modo d'intendere e qualificare la guerra *secundum ius*⁶⁸.

Nell'attuale stato di sviluppo del diritto internazionale, incentrato sul divieto assoluto di uso e minaccia della forza militare, sancito dall'articolo 2, paragrafo 4 della Carta ONU⁶⁹, non c'è dubbio che la guerra, per quanto rappresenti un fenomeno estremo della vita di relazione tra Stati, non può collocarsi in una "zona grigia" dell'ordinamento della CI.

Né è una lapalissiana conferma l'istituzionalizzazione del meccanismo del ricorso alla forza bellica disposto dal Capitolo VII della Carta ONU, che attribuisce in via esclusiva al CdS il potere d'intraprendere azioni militari per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, con l'unica eccezione per il diritto degli Stati di reagire in legittima difesa, in caso di aggressione⁷⁰.

In un simile contesto, pertanto, va plaudita la chiara scelta della CDI di affermare nel Progetto, sia pure in linea generale, la permanenza in vigore dei trattati in presenza di ostilità (articolo 3) e, dunque, l'operatività del principio *pacta sunt servanda*, salvo il ricorrere delle analizzate eccezioni al riguardo previste (artt. 6 e 14).

Nella definizione di un tale sistema di deroghe alla regola di diritto comune sulla sopravvivenza dei trattati, la CDI, però, non si è minimamente preoccupata di procedere all'esatto inquadramento dommatico delle relative fattispecie, limitandosi, all'articolo 18, a precisare che le norme del Progetto non pregiudicano l'applicazione delle cause d'inefficacia del trattato previste dalla CVT⁷¹. Questa

⁶⁸ Cfr. U. LEANZA, *op. cit.*, p. 236 ss.

⁶⁹ V. *retro*, nota 65.

⁷⁰ V. *supra*, nota 49.

⁷¹ Questa disposizione prevede: «*The present draft articles are without prejudice to the termination, withdrawal or suspension of treaties as a consequence of, inter alia: a) a material breach; b) supervening impossibility of performance; or c) a fundamental change of circumstances*». Vengono, così, indirettamente richiamati solo gli artt. 60-62 CVT. In realtà, come precisato dalla CDI, la previsione in parola deve essere intesa nel senso di riferirsi a tutte le cause d'inefficacia dei trattati (*Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 119).

sibillina disposizione sembrerebbe avvalorare l'idea dell'esistenza di un autonomo istituto della guerra quale causa inficiante la permanenza in vigore del trattato, al contempo estendendo ai conflitti armati l'operatività di tutte le fattispecie contemplate dalla CVT in materia di estinzione e sospensione degli accordi internazionali.

Tuttavia la CDI non ha realmente fornito elementi sufficienti a distinguere questa dalle altre ipotesi di inefficacia del trattato, né ha tenuto conto del principio di tassatività di cui all'articolo 42 della stessa Convenzione, in virtù del quale l'invalidità o l'inefficacia di un trattato può essere esclusivamente contestata nei casi espressamente codificati. Ciò avrebbe imposto quantomeno di esplicitare, con chiarezza, i presupposti applicativi degli articoli 6 e 14, laddove la stessa CDI non è andata, invece, oltre l'elencazione di una serie di parametri valutativi che dovrebbero guidare l'interprete nell'acclarare l'eventuale estinzione o sospensione del trattato, in presenza di un conflitto armato.

Resta così sostanzialmente impregiudicata la questione dell'esistenza di norme *ad hoc* in materia, al punto che taluni Autori continuano a bollare come oscuro il tema in oggetto⁷². Neppure la giurisprudenza internazionale, intanto, nei rarissimi e marginali casi in cui si è ritrovata ad affrontare una tale ormai *vexata quaestio*, è riuscita ad offrire spunti decisivi al riguardo⁷³.

Tuttavia, nel vagliare con attenzione il contenuto degli articoli 6 e 14, in forza dei quali un trattato può essere dichiarato inefficace *a causa della guerra*, nonostante il loro non esaustivo dettato, ci si rende conto come un simile effetto finisca in realtà con il risiedere nella *radicale incompatibilità* determinatasi tra la situazione scaturita da un conflitto armato e il mantenimento in vigore degli impegni convenzionalmente assunti dagli Stati contraenti. A ben guardare, si tratta di disposizioni tese, in ultima analisi, a salvaguardare l'equilibrio raggiunto dalle parti nel contemperamento dei loro rispettivi interessi così come fissato dal trattato, ogni qual volta il rapporto tra le prestazioni originariamente stabilito risulti compromesso, in modo sostanziale, dal sopraggiungere dello stato di guerra.

Può, allora, fondatamente sostenersi che gli effetti estintivi o sospensivi dell'accordo internazionale contemplati dal Progetto rappresentino una mera specificazione della c.d. *clausola rebus sic stantibus*, di cui all'articolo 62 CVT che

⁷² Cfr. R. PROVOST, *op. cit.*, p. 1654; M.K. PRESCOTT, *op. cit.*, p. 197.

⁷³ Cfr. la sentenza della Commissione dei reclami Eritrea-Etiopia, istituita presso la Corte permanente di arbitrato, del 19 dicembre 2005, inerente al caso del *Pagamento delle pensioni a pubblici funzionari etiopici*, che avevano acquisito la cittadinanza eritrea, in forza di un accordo intercorso tra i due Paesi nel 1993 e a seguito del conflitto militare che li aveva coinvolti. Nell'occasione, senza pronunciarsi sulla questione generale degli effetti della guerra sui trattati, i giudici si limitarono al precisare che non era chiara la volontà delle parti contraenti di considerare in vigore l'accordo del 1993 relativamente agli oneri finanziari assunti dall'Etiopia, in ordine al pagamento delle suddette pensioni.

disciplina, quale causa d'inefficacia del trattato, un mutamento fondamentale e imprevisto delle circostanze, esistenti al momento della sua conclusione⁷⁴.

D'altronde, come del resto non può fare a meno di riconoscere la stessa CDI, la prassi diplomatica attesta come gli Stati nell'invocare l'estinzione o la sospensione di un accordo internazionale, in relazione al verificarsi di un conflitto armato, abbiano sovente fatto riferimento a un mutamento fondamentale delle circostanze⁷⁵. La possibilità di ricondurre la causa d'inefficacia in esame allo schema della clausola *rebus sic stantibus* risulta, inoltre, autorevolmente condivisa dalla più attenta dottrina⁷⁶. Un'ulteriore indiretta conferma, semmai ce ne fosse bisogno, discende, poi, dalla complessiva analisi delle categorie di trattati che l'Annesso sottrae al meccanismo dell'inefficacia dell'accordo, in presenza di un conflitto armato. Il *leitmotiv* che ha ispirato, infatti, un simile regime eccezzuativo risiede nell'assenza d'*incompatibilità* dei relativi accordi con la situazione di ostilità determinatasi, trattandosi di pattuizioni che disciplinano situazioni giuridiche destinate a sopravvivere allo stato di guerra prodottosi e, rispetto alle quali, andrebbe giocoforza negata la possibilità d'invocare un mutamento fondamentale delle circostanze *ex* articolo 62 CVT. La soluzione accolta si armonizza anche con il *numerus clausus* delle cause d'invalidità e d'inefficacia dell'accordo, di cui all'articolo 42 CVT⁷⁷, e neppure potrebbe essere contestata invocando l'arti-

⁷⁴ Questa disposizione, intitolata “*Fundamental Change of Circumstances*”, stabilisce «1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: a) The existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and b) The effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty. 2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty: a) If the treaty establishes a boundary; or b) If the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty. 3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty». Per un'attenta disamina di questa disposizione si rinvia a L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padova, 1983.

⁷⁵ Osserva la CDI «Thus some of the modern State practice refers, for the most part, to the effect of a **fundamental change of circumstances**, or to the supervening impossibility of performance» (*Yearbook of the International Law Commission*, cit., p. 120, grassetto aggiunto).

⁷⁶ V. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli, 2018, p. 147; in senso sostanzialmente analogo, cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI ed., Torino, 2017, p. 150; PRONTO, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁷ L'art. 42 CVT recita: «1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention. 2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty».

colo 73 CVT. Come già si è avuto modo di rilevare⁷⁸, l'esclusione dalla codificazione di Vienna della trattazione di ogni questione legata allo scoppio di ostilità fu dettata invero dalla scelta politica della CDI di non affrontare l'intricato argomento della legittimità della guerra, più che da reali ragioni teoriche, potendosi, quindi, condividere il pensiero di quanti definiscono la disposizione in parola irrilevante, perché semplicemente "innocuous"⁷⁹.

In definitiva, deve escludersi che il Progetto abbia rilevato o cristallizzato la formazione di un'autonoma causa di inefficacia dei trattati collegata alla guerra.

Non per questo va, però, negata l'importanza e l'utilità del lavoro svolto dalla CDI.

Risulta, innanzitutto, encomiabile sia l'aver enucleato una serie di *guidelines* per la valutazione dell'accordo, che di certo faciliteranno l'attività interpretativa volta a stabilire la permanenza in vigore, o meno, del trattato in presenza di un conflitto armato e, al contempo, sia l'aver individuato con chiarezza delle tipologie di accordi da ritenersi comunque in vigore in presenza di ostilità. Lo stesso dicasi per la predisposizione di una procedura *ad hoc* inerente alla denuncia dei trattati, ben più snella rispetto a quella analogamente contemplata dalla CVT.

Neppure va trascurato come le regole contenute nel Progetto – formalmente atto di *soft law* – per quanto ad oggi non trasfuse in una Convenzione precezionale, ben potranno produrre comunque i tipici effetti "dichiarativo", "costitutivo" e "cristallizzatore" di norme consuetudinarie, secondo lo schema concettuale proposto dalla Corte internazionale di giustizia, in ordine alle possibili interrelazioni tra un'opera di codificazione e lo *ius non scriptum*⁸⁰. Difatti, come più volte evidenziato dai giudici dell'Aja, è da ritenersi che persino un'opera di codificazione allo stadio di *progetto*, come quello in esame, sia suscettibile di concretizzare codesti effetti⁸¹.

⁷⁸ V. *supra*, par. 2.

⁷⁹ Così, il giudice Dillard, nella sua opinione individuale alla sentenza della Corte internazionale di giustizia, 18 agosto 1972, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, in *ICJ Reports 1972*, p. 109.

⁸⁰ Cfr. la sentenza 20 febbraio 1969, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, in *ICJ Reports 1969*, p. 41 e quella sull'affare delle *Attività militari e paramilitari in, e contro, il Nicaragua*, cit., p. 91. L'effetto è: *dichiarativo*, quando la norma codificata si limita a riprodurre, in forma scritta, una preesistente regola consuetudinaria; *costitutivo o generatore*, se rappresenta il punto di partenza, o uno stadio intermedio, del processo di formazione di una futura regola di diritto non scritto, al momento inesistente; *cristallizzatore*, se l'opera di codificazione consacra in via definitiva un'emergente norma consuetudinaria, rappresentando il punto di arrivo del processo di formazione dello *ius non scriptum* e, così, perfezionando la nascita di una corrispondente regola di diritto generale, sino ad allora inesistente. La dottrina concorda pienamente sul punto: cfr. F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, pp. 109-10; L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, III ed., Napoli 1998, p. 180.

⁸¹ Cfr. *ex multis*, parere consultivo 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Con-*

Ad ogni modo, il descritto quadro normativo delineato dal Progetto dovrebbe sempre ispirare l'attività degli operatori giuridici internazionali e interni, indirizzandoli, nello svolgimento dei rispettivi compiti, verso comportamenti volti a prevenire l'insorgere e il radicarsi di perniciose controversie in materia.

Del resto, finanche l'azione del CdS, come anticipato⁸², andrebbe possibilmente orientata nel senso favorire – nella misura in cui ciò non intralci l'attuazione dei suoi delicatissimi compiti istituzionali – il rispetto dei trattati e delle correlative situazioni giuridiche soggettive degli Stati contraenti coinvolti in un conflitto⁸³.

Di certo, nel determinare i contenuti delle delibere che stabiliscono la natura e la misura dei propri interventi, il CdS non incontra limiti formali collegati all'osservanza degli accordi precedentemente stipulati dagli Stati (membri e non). La Carta ONU, infatti, all'articolo 103 sancisce inequivocabilmente la prevalenza degli obblighi statutari – e dunque anche quelli derivanti dalle decisioni del CdS adottate in forza della stessa⁸⁴ – su quelli derivanti da qualunque altro trattato⁸⁵.

Il che, tuttavia, non implica che il CdS risulti al riguardo del tutto *legibus solutus*. Il CdS dovrà, infatti, costantemente operare non solo nel rispetto delle disposizioni statutarie ex articolo 24, paragrafo 2, Carta ONU⁸⁶, ma anche dei principi di diritto internazionale, ai sensi del relativo articolo 1, paragrafo 1, che, nel definire i fini dell'organizzazione, richiama il mantenimento della pace e della sicurezza, da realizzarsi, tra l'altro, «*in conformity with the principles of (...) international law*»⁸⁷, compreso, in ultima analisi, il principio *pacta sunt servanda*.

tinued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), in *ICJ Reports 1971*, p. 46; il parere consultivo 20 dicembre 1980, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, in *ICJ Reports 1980*, pp. 92 e 96; la sentenza 24 febbraio 1982, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, in *ICJ Reports 1982*, p. 37 ss.; la sentenza 12 ottobre 1984, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, in *ICJ Reports 1984*, p. 294.

⁸² V. *supra*, par. 1.

⁸³ V. *supra*, par. 1.

⁸⁴ Il punto è confermato dalla rilevante prassi giurisprudenziale; cfr. Corte internazionale di giustizia, ordinanza 14 aprile 1992, *Lockerbie (Provisional Measures)*, in *ICJ Reports 1992*, pp. 3 e 114.

⁸⁵ Questa disposizione è categorica nello stabilire: «*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*». È appena il caso di rammentare che la CVT, nel disciplinare, all'art. 30, la materia dell'applicazione di trattati successivi incompatibili, fa espressamente salvo il dettato dell'appena richiamato art. 103, confermando così la generale subordinazione di qualsiasi accordo internazionale agli obblighi statutari, fissati dalla Carta ONU.

⁸⁶ Tale disposizione espressamente prevede: «*In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII*».

⁸⁷ La dottrina tende a non considerare questo ultimo aspetto appena evidenziato, limitandosi a rilevare la prevalenza della Carta sui trattati anche successivi, in forza del richiamato art. 103. La so-

Se, dunque, in forza dell'articolo 103, il CdS potrà sempre derogare, attraverso le proprie delibere, agli accordi internazionali conclusi dagli Stati (ad esempio, disponendone la disapplicazione), al contempo va ritenuto, proprio alla luce dell'articolo 1, paragrafo 1, che ciò debba avvenire quantomeno nel rispetto di un criterio di *proporzionalità*, ossia nella misura strettamente necessaria al conseguimento degli obiettivi fissati dalla Carta e degli scopi perseguiti dalle sue decisioni⁸⁸.

Ne deriva che il CdS dovrebbe adoperarsi, nei limiti del possibile, per creare condizioni favorevoli al rispetto di questi stessi accordi e delle pertinenti regole del diritto dei trattati, pure tenendo conto delle legittime posizioni assunte dagli Stati contraenti, alla luce dell'esaminato Progetto.

luzione suggerita nel testo non vuole contestare questo inoppugnabile dato, ma solo evidenziare che i validi trattati, pur se derogabili dalle disposizioni della Carta, rappresentano pur sempre l'espressione di un *valore giuridico* riconosciuto dall'ordinamento che il CdS non può del tutto ignorare, risultando conseguentemente esortato a garantirne il rispetto, laddove possibile e purché ciò non vada in conflitto con gli scopi da esso stesso legittimante perseguiti. Per una ricostruzione dei limiti all'azione del CdS, in generale cfr.: A. PETERS, *Art. 25*, in B. SIMMA-D.E. KHAN-G. NOLTE-A. PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations*, III ed., vol. I, Oxford, 2012, p. 787 ss., spec. pp. 850-854; R. HIGGINS, *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*, in *American Journal of International Law*, 1970, p. 1 ss.; B. CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, 1968, p. 31 ss.

⁸⁸ Si tenga in ogni caso presente che, come osservano acutamente A.L. PAULUS-J.R. LEIB, *Article 103*, in B.B. SIMMA-D.E. KHAN-G. NOLTE-A.L. PAULUS, *op. cit.*, vol. II, Oxford, 2012, p. 2127, «*In general, it is to be presumed that the SC does not intend to abrogate or suspend international law when this is not explicit or at the very least implicit in the text of a resolution (...)*».

| Gianfranco Gabriele Nucera * |

La prevenzione e il contrasto al terrorismo e all'estremismo violento nel quadro delle attività di peacebuilding

SOMMARIO: 1. Premessa: l'obiettivo della pacificazione nel rapporto tra *peacekeeping* e *peacebuilding* nelle operazioni multidimensionali. – 2. Il contrasto alle attività terroristiche e agli estremismi violenti quale elemento complementare alle azioni di costruzione della pace sostenibile. – 3. Il contrasto al terrorismo e all'estremismo violento nelle operazioni di pace. – 4. La prevenzione della radicalizzazione nel contesto del *peacebuilding*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: l'obiettivo della pacificazione nel rapporto tra peacekeeping e peacebuilding nelle operazioni multidimensionali

La costruzione della pace è un processo complesso, che affronta in modo onnicomprensivo le cause strutturali dei conflitti e gli aspetti che influiscono sul funzionamento della società al fine di creare *in loco* le capacità per una gestione pacifica del ciclo di conflitto e la prevenzione di future violenze. La creazione delle condizioni necessarie ad affermare una pace sostenibile è l'obiettivo principale delle attività di *peacebuilding*¹.

Sebbene ogni contesto di instabilità sia unico, il *peacebuilding* comporta in genere un'evoluzione della società sotto quattro profili: a) l'affermazione della

* Ricercatore di diritto internazionale, Sapienza Università di Roma.

¹ Sugli elementi del *peacebuilding* si vedano, *ex multis*, R. PARIS, *Peacebuilding*, in *The Oxford Handbook on the United Nations*, Oxford, 2018, pp. 479-504; T. MARAUHN-S. SIMON, *Peacebuilding*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2016, pp. 1-17; E. DE BRABANDERE, *UN Post-Conflict Peacebuilding Activities. An Economic Reconstruction Perspective*, in *Max Planck United Nations Yearbook*, 2014, pp. 188-216; S. HAMEIRI, *The Crisis of Liberal Peacebuilding and the Future of Statebuilding*, in *International Politics*, 2014, pp. 316-333; R. MAC GINTY (ed.), *Peacebuilding*, Los Angeles, voll. I-IV, 2014; R. HATTO, *From Peacekeeping to Peacebuilding. The Evolution of the Role of the United Nations in Peace Operations*, in *International Review of the Red Cross*, 2013, pp. 495-515.

sicurezza, per garantire l'assenza di violenza generalizzata; b) la promozione della stabilità socio-economica, per favorire una maggiore equità sociale; c) il consolidamento dello stato di diritto, per sostenere la riconciliazione e la giustizia; d) una transizione democratica, per promuovere un sistema istituzionale rappresentativo delle diverse esigenze sociali, quale base per una pace duratura².

Il concetto di *peacebuilding* è stato recentemente rielaborato e per certi versi inglobato dalla nozione più ampia di *sustaining peace*, come concepito dal Rapporto "The Challenge of Sustaining Peace", redatto dell'Advisory Group of Experts for the Review of the United Nations Peacebuilding Architecture e ripreso dal Consiglio di sicurezza e dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (ONU) con le Risoluzioni "gemelle" del 27 aprile 2016, rispettivamente la n. 2282/2016 e la n. 70/262³. Tale concetto ha esteso la portata delle azioni di costruzione della pace fino a includere un'azione preventiva dei conflitti, attraverso un approccio onnicomprensivo e integrato tra sicurezza, diritti umani e sviluppo, vale a dire i pilastri dell'azione delle Nazioni Unite.

Sin da prima dell'elaborazione del concetto di pace sostenibile, il progressivo mutamento qualitativo dei conflitti, di natura interna o regionalizzata e contraddistinti dalla proliferazione di attori non statali, ha indotto l'ONU ad istituire missioni di pace a carattere multidimensionale⁴. Tali missioni, basate su una strategia olistica di pacificazione, svolgono una serie di azioni tipicamente riferibili alle classiche operazioni di mantenimento e di costruzione della pace. Le attività militari sono state così affiancate da azioni con finalità socio-economiche, politiche e di promozione e protezione dei diritti fondamentali⁵.

Idealmente, l'attività di *peacekeeping* si pone quale premessa all'attività di

² Si vedano, ad es., A. LANGER-G.K. BROWN (eds.), *Building Sustainable Peace: Timing and Sequencing of Post-Conflict Reconstruction and Peacebuilding*, Oxford, 2016; D. SMITH, *Towards a Strategic Framework for Peacebuilding: Getting Their Act Together*, Oslo, 2004.

³ UN Doc. S/RES/2282, 27 aprile 2016; UN Doc. A/RES/70/262, 27 aprile 2016.

⁴ Sull'adattamento delle operazioni di pace ai nuovi contesti operativi si veda, da ultimo, C. DE CONING-M. PETER (ed.), *United Nations Peace Operations in a Changing Global Order*, Cham, 2019.

⁵ Sulle operazioni di pace multifunzionali si veda, *inter alia*, G. CELLAMARE, *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*, Torino, 1999; M.J. MATHESON, *United Nations Governance of Post-conflict Societies*, in *American Journal of International Law*, 2001, pp. 76-85; S. MARCHISIO, *Le specificità delle peace-keeping operations tra le forme di intervento delle Nazioni Unite*, in *Quaderni della Comunità internazionale*, n. 11, *Le operazioni di peace-keeping dell'ONU fra tradizione e rinnovamento*, Napoli, 2007, pp. 31-46; M. BERDAL, *Building Peace After War*, Londra, 2009; M. FRULLI, *Le operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, Napoli, 2012; R. CADIN, *Considerazioni generali e nuove tendenze in materia di peace-keeping*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 552-561; F. BATTAGLIA, *Le missioni multidimensionali delle Nazioni Unite per il mantenimento e la costruzione della pace: analisi critica della recente prassi nel continente africano*, in *Federalismi.it.*, 2015, pp. 2-31; A.J. BELLAMY-P.D. WILLIAMS, *Trends in Peace Operations, 1947-2013*, in J.A. KOOPS-N. MACQUEEN-T. TARDY-P.D. WILLIAMS (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations*, Oxford, 2015, pp. 13-42.

costruzione della pace. In realtà, la distinzione tra le due tipologie di azioni appare sbiadita poiché ormai entrambe, sempre più spesso, sono menzionate all'interno dello stesso mandato. A conferma di quanto detto, già il documento relativo ai principi e alle linee-guida del *peacekeeping* (c.d. *dottrina Capstone*), pubblicato dal *Department of Peacekeeping Operations* nel 2008, ha dedicato una parte consistente alle attività di *peacebuilding*⁶.

Attualmente, nonostante l'eterogeneità delle azioni svolte dalle missioni, sono individuabili degli elementi comuni nei mandati delle operazioni multidimensionali. Questi fanno riferimento, in primo luogo, alle attività di disarmo, smobilitazione e reinserimento sociale dei combattenti (DDR)⁷. In secondo luogo, i mandati delle operazioni multidimensionali richiamano le attività finalizzate a riformare il settore della sicurezza (SSR). La SSR è un concetto ampio che copre una varietà di attività associate alla riforma delle istituzioni della difesa, della polizia, dell'*intelligence* e della giustizia nel quadro generale della *governance* democratica, al fine di garantire che le forze di sicurezza non intervengano in modo improprio nella politica, nell'economia e nella società⁸.

Parallelamente a questo aspetto, le missioni devono favorire il rispetto della legge e la giustizia, anche in chiave transizionale. Questo punto lega le attività di SSR a quelle di promozione dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani. In tal senso, il rafforzamento della *rule of law* è un compito complesso, spesso legato alla mancanza di capacità materiali e alla rimozione della sfiducia nei confronti delle istituzioni esistenti. Le debolezze di tali istituzioni e la percezione di assenza d'imparzialità sono infatti spesso tra le cause dei conflitti⁹. È fondamentale dunque, in tali situazioni, non sostituirsi alle strutture nazionali ma costruire le capacità delle istituzioni locali.

Nella rielaborazione generale del *peacebuilding* quale elemento per il mantenimento di una pace sostenibile acquisiscono centralità le attività di promozione della *rule of law*, che coprono l'intero ciclo del conflitto, così come il rispetto dei diritti umani. Non vi è dubbio, infatti, che le violazioni dei diritti fondamentali siano sia sintomi sia cause di conflitti violenti. La violenza strutturale e la negazione dei diritti rappresentano spesso fattori determinanti per lo scatenamento di un conflitto e, per converso, la loro afferma-

⁶ UN DPKO, *United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines*, 2008, pp. 25-31. Disponibile online al link https://www.un.org/ruleoflaw/files/Capstone_Doctrine_ENG.pdf.

⁷ Sulle attività di DDR si veda D. MOLLOY, *Disarmament, Demobilization, and Reintegration: Theory and Practice*, Boulder, 2017.

⁸ In argomento, S. ECKHARD, *International Assistance to Police Reform: Managing Peacebuilding*, London, 2016. Sugli aspetti economici della ricostruzione post-conflitto si rimanda a G. DEL CASTILLO, *Obstacles to Peacebuilding*, Londra, 2017.

⁹ C. HUNT, *All Necessary Means to What Ends? The Unintended Consequences of the 'Robust Turn' in UN Peace Operations*, in *International Peacekeeping*, 2017, pp. 108-131.

zione è importante nei processi di costruzione della pace¹⁰.

La fusione concettuale tra azioni di *peacekeeping* e di *peacebuilding* è evidente nelle missioni che hanno un mandato di “stabilizzazione”, in cui il Consiglio di sicurezza ha rafforzato la componente militare dell’operazione con il fine di creare le condizioni funzionali al compimento del processo di affermazione dello stato di diritto¹¹. I territori che ospitano missioni con finalità di stabilizzazione hanno conosciuto momenti di conflittualità causata da attacchi perpetrati da gruppi armati non statali. Tali tensioni hanno certamente influito, e continuano ad influire ove presenti, sul processo di sviluppo politico-istituzionale¹². Sotto tale profilo, viene in rilievo la lotta al terrorismo e all’estremismo violento che ha acquisito sempre più rilevanza nell’agenda politica internazionale e, in conseguenza di ciò, anche alle operazioni di pace delle Nazioni Unite sono state assegnate funzioni di prevenzione e contrasto a tali minacce.

¹⁰ Per motivi di opportunità, il presente scritto non approfondirà la questione della responsabilità dell’organizzazione internazionale e dei componenti della missione per violazioni del diritto internazionale. Su tali aspetti, ampiamente approfonditi in dottrina, si rimanda, *inter alia*, a B.I. BONAFÉ, *L’esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell’immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica*, in *Riv. dir. internazionale*, 2012, pp. 826-829; A. SPAGNOLO, *Imputazione di condotte lesive dei diritti umani nell’ambito delle operazioni militari delle Nazioni Unite e rimedi per le vittime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013; pp. 285-314; M.I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell’Associazione Madri di Srebrenica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 27-62; P. PALCHETTI, *Applying the Rules of Attribution in Complex Scenarios*, in *International Organizations Law Review*, 2016, pp. 37-54; M.P. MOELLE, *The International Responsibility of International Organisations Cooperation in Peacekeeping Operations*, Cambridge, 2017; 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 *Riv. dir. internazionale*, 2017, pp. 133-141; Y. OKADA, *Effective Control Test at the Interface Between the Law of International Responsibility and the Law of International Organizations: Managing Concerns over the Attribution of UN Peacekeepers’ Conduct to Troop-Contributing Nations*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, pp. 275-291; C. RYNGAERT-O. SPIJKERS, *The End of the Road: State Liability for Acts of UN Peacekeeping Contingents After the Dutch Supreme Court’s Judgment in Mothers of Srebrenica*, in *Netherlands International Law Review*, 2019, pp. 537-553.

¹¹ S. MARCHISIO, *Le Nazioni Unite e il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale tra luci e ombre*, in I. CARACCILOLO-U. MONTUORO (a cura di), *L’evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell’Italia*, Torino, 2017, p. 45.

¹² Si veda, da ultimo, la Risoluzione n. 268/2020, in cui il Consiglio ricorda che «*peacekeepers are deployed in deteriorating and complex political and security environments, and face asymmetrical and complex threats, underscores the importance of ensuring that peacekeeping missions evolve their capacities and systems to remain agile and effective in implementing their mandates in specific operating contexts to enhance safety and security of peacekeepers and mission protection*».

2. Il contrasto alle attività terroristiche e agli estremismi violenti quale elemento complementare alle azioni di costruzione della pace sostenibile

Non esistono definizioni universalmente accettate di terrorismo e di estremismo violento, ed entrambi i termini sono utilizzati in molti documenti di *policy* in modo intercambiabile¹³.

In relazione al terrorismo, l'assenza di una definizione universalmente condivisa del termine "atto terroristico" è una questione ad oggi irrisolta ed è il simbolo della difficoltà di adottare una convenzione globale in materia. A riprova di ciò, i lavori del Comitato *ad hoc*, istituito dall'Assemblea generale nel 1996 per redigere tale convenzione, si sono arrestati proprio per questo motivo¹⁴. La mancanza di definizione univoca crea, giocoforza, delle prassi nazionali tra loro discostanti e delle zone grigie nelle quali alcune autorità governative utilizzano il pretesto del contrasto al terrorismo per osteggiare i propri oppositori politici.

In merito all'estremismo violento, le Nazioni Unite fanno spesso riferimento a tale concetto come a una condizione che favorisce, o potrebbe favorire, l'affermazione del terrorismo. Nella Risoluzione n. 2178/2014, sui *foreign terrorist fighters*, il Consiglio di sicurezza ha esplicitato il legame tra l'estremismo violento e il terrorismo, sottolineando la necessità di prevenire il primo in quanto elemento che può favorire l'affermazione del secondo¹⁵. Si tratta dunque di un rapporto funzionale, in cui il proliferare di estremismi violenti crea quelle condizioni di favore affinché l'ideologia terrorista possa affermarsi.

Nel *Plan of Action to Prevent Violent Extremism* (POA), il Segretario generale dell'ONU ha specificato che le «(d)efinitions of "terrorism" and "violent extremism" are the prerogative of Member States and must be consistent with their obligations under international law, in particular international hu-

¹³ N.K. MODIRZADEH, *If It's Broke, Don't Make It Worse: A Critique of the U.N. Secretary-General's Plan of Action to Prevent Violent Extremism*, 2016, in <https://www.lawfareblog.com/if-its-broke-dont-make-it-worse-critique-un-secretary-generals-plan-action-prevent-violent-extremism>.

¹⁴ Si veda, da ultimo, M. DI FILIPPO, *The Definition(s) of Terrorism in International Law*, in B. SAUL (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 2-15 e la bibliografia *ivi* citata.

¹⁵ Un Doc. S/RES/2178 (2014), 24 settembre 2014, *praesertim* parr. 15-19. Sulla Risoluzione si veda: A. DE GUTTRY-F. CAPONE-C. PAULUSSEN (eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, L'Aja, 2016; R. CADIN, *Il Consiglio di sicurezza torna a legiferare nella risoluzione 2178 (2014) sui "combattenti terroristi stranieri"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 857-859; A. ALI, *La risposta della Comunità internazionale al fenomeno dei foreign terrorist fighters*, in *La Comunità internazionale*, 2, 2015, pp. 181-201; gli interventi di A. ANTINORI-A. RICCARDI-F. BATTAGLIA-G. MASTANDREA BONAVIRI-T. NATOLI-G.G. NUCERA-L. PANELLA-L. PROSPERI-M. SOSSAI-G. TASCIONI pubblicati sulla rivista *Federalismi.it*, *Focus Human Rights 4/2015* disponibili al link https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=51.

man rights law»¹⁶. Secondo il Piano, è necessario adottare «*a practical approach to preventing violent extremism, without venturing to address questions of definition*»¹⁷.

Nell'ambito delle azioni di stabilizzazione, la prevenzione e il contrasto al terrorismo e alle forme di violenza estrema assumono importanza cruciale per mantenere il già delicato equilibrio sociale che caratterizza le situazioni di instabilità. Tale considerazione è tanto più valida vista la facilità con la quale un eventuale messaggio propagandistico di natura terroristica potrebbe radicarsi in ragione dell'alterata percezione sociale derivante dalla presenza di militari stranieri sul territorio, ancorché dispiegati sotto l'egida delle Nazioni Unite o di altra organizzazione internazionale.

Il terrorismo e l'estremismo violento sono esempi di sfide “non tradizionali” per la sicurezza delle persone e dei contingenti¹⁸. Storicamente, le operazioni di pace delle Nazioni Unite sono state dispiegate in zone in cui tali pericoli erano presenti ma, sino agli ultimi anni del secolo scorso, non avevano mai affrontato direttamente e in modo attivo questo tipo di minacce¹⁹.

Da allora, in modo sempre più frequente, le missioni di pace dell'ONU sono state oggetto di attacchi terroristici da parte di diversi gruppi non statali²⁰. In risposta, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha autorizzato tali missioni a condurre operazioni dirette a mitigare e rispondere alle minacce, da inquadrarsi nell'ambito dell'obiettivo di protezione dei civili. Questa evoluzione funzionale alla stabilizzazione del luogo di missione è la manifestazione ultima del legame fra gli interventi di *peacekeeping* e di consolidamento della pace, tipico delle attuali operazioni multidimensionali, ed è inoltre espressione del ruolo fondamentale rivestito dalla prevenzione e repressione del fenomeno terroristico negli attuali contesti in cui si svolgono le attività di *peacebuilding*.

¹⁶ UN Doc. A/70/674, *Plan of Action to Prevent Violent Extremism. Report of the Secretary-General*, 24 dicembre 2015, par. 5.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Sulla protezione del personale partecipante alle missioni si veda M. ARCARI, *Attacks against Peacekeepers: An Overview of Recent Trends and Underlying Legal Issues*, in I. CARACCILO-U. MONTUORO (eds.), *New Models of Peacekeeping Security and Protection of Human Rights. The Role of the UN and Regional Organizations*, Torino, 2018, pp. 183-195.

¹⁹ S. MARCHISIO, *The Use of Force by Peace-keeping Forces for the Implementation of Their Mandate: Recent Cases and New Problems*, in A. DE GUTTRY (ed.), *Italian and German Participation in Peace-keeping: from Dual Approaches to Co-operation*, Pisa, 1997, pp. 81-94.

²⁰ Di recente, l'11 maggio u.s., tre soldati della MINUSMA sono stati uccisi nel nord del Mali lungo la strada vicino ad Aguelhok, nella regione di Kidal, colpiti da un dispositivo esplosivo che ha anche gravemente ferito altri quattro componenti della missione (<https://news.un.org/en/story/2020/05/1063662>). Altri due soldati della missione sono stati uccisi durante un attacco terroristico nei pressi di Tarkint, nel nord del Mali, il 14 giugno u.s. (<https://www.france24.com/en/20200614-two-un-peacekeepers-killed-in-northern-mali-attack>).

3. Il contrasto al terrorismo e all'estremismo violento nelle operazioni di pace

Secondo il rapporto dell'*High Level Independent Panel on Peace Operations*, pubblicato nel 2015, le missioni di pace dell'ONU non sono adatte a impegnarsi in operazioni militari di contrasto al terrorismo. Queste ultime dovrebbero invece essere intraprese dal governo ospitante, da una forza regionale o da una coalizione *ad hoc* autorizzata dal Consiglio di sicurezza²¹. Tuttavia, il gruppo di esperti precisa che laddove le minacce asimmetriche siano presenti nell'ambiente operativo, le missioni delle Nazioni Unite devono essere dotate delle capacità e della formazione necessarie, anche per usare la forza in modo strategico per proteggere i civili e il personale dell'Organizzazione²².

Alcuni mandati adottati dal Consiglio negli ultimi anni evidenziano un passaggio dalle decisioni strategiche riguardanti l'uso attivo e preventivo della forza per proteggere i civili e il personale delle Nazioni Unite dalle minacce verso azioni offensive per neutralizzare o sconfiggere un avversario²³. Tali misure, in linea con quanto indicato dal Gruppo di esperti, dovrebbero tuttavia essere eccezionali e limitate nel tempo, a sostegno dello Stato ospitante e realizzate nel pieno rispetto del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani²⁴.

È importante inoltre mantenere una chiara distinzione tra le operazioni di mantenimento della pace con compiti di *enforcement* e gli attori e gli obiettivi umanitari. In situazioni in cui un'operazione di mantenimento della pace dell'ONU è dispiegata parallelamente a una forza non delle Nazioni Unite che intraprende operazioni militari antiterrorismo o altre operazioni offensive, una chiara divisione del lavoro e la distinzione dei ruoli devono guidare le rispettive attività.

Tuttavia, è ormai evidente che tali operazioni non possono non tenere conto dei rischi derivanti dalle azioni dei gruppi violenti. A riprova di ciò, diverse missioni, specialmente quelle dispiegate in Africa, sono già state attivamente coinvolte in attività di contrasto al terrorismo²⁵. Nella prassi delle Nazioni

²¹ UN Doc. A/70/95-S/2015/446, *Report of the High-level Independent Panel on Peace Operations on Uniting Our Strengths for Peace: Politics, Partnership and People*, 17 giugno 2015, par. 119.

²² S. MARCHISIO, *La tutela della popolazione civile nei conflitti armati interni*, in I. CARACCIOLO-M. MONTUORO (a cura di), *Conflitti armati interni e regionalizzazione delle guerre civili*, Torino, 2016, pp. 105-116.

²³ A. BOUTELLIS-N.C. FINK, *Waging Peace: UN Peace Operations Confronting Terrorism and Violent Extremism*, New York, 2016, p. 5; Si veda anche J. KARLSRUD, *Towards UN Counter-Terrorism Operations?*, in *Third World Quarterly*, 2017, pp. 1215-1231.

²⁴ UN Doc. A/70/95-S/2015/446, parr. 122-123.

²⁵ C. DE CONING, *Is Stabilization the New Normal? Implications of Stabilization Mandates for the Use of Force in UN Peacekeeping Operations*, in P. NADIN (ed.), *The Use of Force in UN Peacekeeping*, London, 2018, pp. 85-99.

Unite vi sono diversi esempi di operazioni di pace con mandati “robusti”²⁶.

La *United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo* (MONUSCO), istituita con la Risoluzione n. 1925/2010, in sostituzione della *United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo* (MONUC), ha visto la creazione nel marzo 2013 di una *Intervention Brigade* a cui viene affidata «*the responsibility of neutralizing armed groups (...) and the objective of contributing to reducing the threat posed by armed groups to state authority and civilian security in eastern D[emocratic] R[epublic of the] C[ongo] and to make space for stabilization activities*»²⁷. La Risoluzione precisa che l’istituzione della Brigata ha carattere eccezionale, senza pregiudizio per i principi tradizionali del *peacekeeping* e non costituisce un precedente²⁸.

La Brigata è autorizzata a eseguire operazioni offensive mirate, in via unilaterale o insieme alle Forze armate congolese, in modo “mobile e versatile” e nel rispetto del diritto internazionale, con la finalità di impedire l’espansione dei gruppi armati, neutralizzare e disarmare tali gruppi e creare le condizioni per le attività di stabilizzazione²⁹.

La Risoluzione n. 2502/2019, nell’estendere il mandato della MONUSCO fino al 20 dicembre 2020, conferma il compito della missione di realizzare operazioni offensive mirate, in via unilaterale o congiuntamente alle Forze armate congolese, per neutralizzare i gruppi armati, attraverso la Brigata di intervento³⁰.

Pur senza espliciti riferimenti ad una brigata d’intervento, anche i mandati della *United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic* (MINUSCA) e della *United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali* (MINUSMA) pongono degli obiettivi per molti versi affini a quelli della missione in Congo e adottano una terminologia simile.

²⁶ Si vedano i numerosi contributi presenti nei volume N. BLOKKER-N. SCHRIJVER (eds.), *The Security Council and the Use of Force: Theory and Reality – A Need for Change*, Leiden-Boston, 2006; M. ARCARI-L. BALMOND (sous la direction de), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, 2008; N.D. WHITE-C. HENDERSON (eds.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Cheltenham-Northampton, 2013; C. DE CONING-J. AOI-J. KARLSRUD (eds.), *UN Peacekeeping Doctrine in a New Era*, New York, 2017. Si veda anche C.M. CHINKIN-M. KALDOR, *International Law and New Wars*, Cambridge, 2017.

²⁷ UN Doc. S/RES/2098 (2013), 28 marzo 2013, par. 9.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Sul concetto di “stabilizzazione” nei mandati delle operazioni di pace e le sue implicazioni si veda A. GILDER, *The Effect of ‘Stabilization’ in the Mandates and Practice of UN Peace Operations*, in *Netherlands International Law Review*, 2019, pp. 47-73; D.M. TULL, *The Limits and Unintended Consequences of UN Peace Enforcement: The Force Intervention Brigade in the DR Congo*, in *International Peacekeeping*, 2017, pp. 167-190.

³⁰ UN Doc. S/RES/2502 (2019), 19 dicembre 2019, par. 29, i), e).

Con riferimento alla MINUSCA, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza definiscono l'obiettivo di sostenere «*the creation of the political, security and institutional conditions conducive to the sustainable reduction of the presence of, and threat posed by, armed groups through a comprehensive approach and proactive and robust posture without prejudice to the basic principles of peacekeeping*»³¹. A tal fine, la missione ha il compito di garantire «*effective and dynamic protection of civilians under threat of physical violence through a comprehensive and integrated approach, including by anticipating, deterring, and stopping all armed groups*»³².

Finora, l'obiettivo di neutralizzare i gruppi armati non è stato incluso nel mandato di MINUSCA, tuttavia, i contingenti militari impiegati nella missione hanno svolto diverse azioni di contrasto a gruppi armati³³.

Anche la missione di stabilizzazione dispiegata in Mali è stata autorizzata, in supporto alle autorità maliane, ad adottare «*active steps to anticipate, deter and effectively respond to threats to the civilian population (...) through a comprehensive and integrated approach*» e «*mobile, flexible, robust and proactive steps to protect civilians, including through the deployment of ground and air assets, as available, in high risk areas where civilians are most at risk*»³⁴.

Sin dalla Risoluzione n. 2100/2013, istitutiva della MINUSMA, il Consiglio di sicurezza ha chiesto alla missione di proteggere i civili dalle minacce asimmetriche, anche operando direttamente in caso di minacce gravi. Pertanto, tale missione ha anch'essa effettuato numerose operazioni di contrasto a gruppi terroristici, finalizzate principalmente alla liberazione di determinate aree dalla presenza di gruppi terroristici in esse insediati³⁵.

Dal punto di vista giuridico, tali attività pongono dei quesiti rispetto alla qualità di tali operazioni, difficilmente inquadrabili come azioni di difesa. La richiesta di effettuare operazioni "dirette" può essere considerata come una chiara autorizzazione ad usare la forza per finalità di offesa? Nonostante il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite abbia affermato che questa posizione sia senza pregiudizio dei principi del mantenimento della pace, la conformità delle azioni con tali principi (consenso, imparzialità e uso della forza esclusiva-

³¹ Da ultimo, UN Doc. S/RES/2499 (2019), 15 novembre 2019, par. 29.

³² *Ibid.*, par. 32, a), ii).

³³ A. GILDER, *Human Security and the Stabilization Mandate of MINUSCA*, in *International Peacekeeping*, 2020, pp. 1-32.

³⁴ UN Doc. S/RES/2480 (2019), 28 giugno 2019, par. 28, c), ii).

³⁵ In relazione al mandato robusto e alle attività antiterrorismo condotte dalla MINUSMA, si veda M. SOSSAI, *Il mandato delle operazioni di peacekeeping e il contrasto a gruppi terroristici*, in I. CARACCILO-U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, cit., pp. 89-103.

mente per legittima difesa) vacilla laddove le forze dell'ONU siano coinvolte in modo sempre più attivo nelle operazioni di contrasto³⁶.

Inoltre, tali risposte militari hanno mostrato alcuni limiti intrinseci che hanno fatto emergere la complementare necessità di agire non solo attraverso l'uso della forza ma valorizzando l'azione politica delle operazioni di pace, per prevenire e contrastare l'estremismo violento attraverso un approccio proattivo, non coercitivo, finalizzato ad anticipare manifestazioni violente di ideologie estremiste, agendo pertanto sui *driver* sociali che consentono all'ideologia terroristica di prosperare.

4. La prevenzione della radicalizzazione nel peacebuilding

La difficoltà di contrastare il terrorismo attraverso azioni di risposta agli attacchi subiti ha dunque condotto le Nazioni Unite a porre l'accento su un altro aspetto essenziale, vale a dire l'azione preventiva. È ben noto come un'azione a monte di un problema di questo tipo comporti una pianificazione di attività che agisca sulle cause strutturali del terrorismo. La sesta *review* della Strategia globale dell'ONU ha sottolineato che «*the significance of a sustained and comprehensive approach, including through stronger efforts, where necessary, to address conditions conducive to the spread of terrorism, bearing in mind that terrorism will not be defeated by military force, law enforcement measures and intelligence operations alone*»³⁷. Già nella Risoluzione n. 2178/2014, il Consiglio di sicurezza affermava come l'azione di contrasto all'estremismo violento richiedesse sforzi collettivi, comprendenti la prevenzione della radicalizzazione, del reclutamento e della mobilitazione di terroristi³⁸. Il POA ha identificato il contrasto alla radicalizzazione come un elemento in grado di interrompere la catena di adesione ai gruppi terroristici e identifica i *driver* sui quali si deve intervenire³⁹.

Nel rapporto con i governi, che hanno la responsabilità primaria per l'attuazione della *Strategy* all'interno del loro Stato, le organizzazioni dovrebbero sfruttare la loro influenza sulle istituzioni nazionali ospitanti al fine di disincentivarle dall'usare il terrorismo e l'estremismo violento quali pretesti per limitare lo spazio politico e delegittimare gli oppositori o giustificare politiche oppres-

³⁶ T. TARDY, *A Critique of Robust Peacekeeping in Contemporary Peace Operations*, in *International Peacekeeping*, 2011, pp. 152-167. Si veda anche V. POPOVSKI, *De-Mythologizing Peacekeeping*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2015, pp. 33-55.

³⁷ UN Doc. A/RES/72/284, *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy Review*, 2 luglio 2018, par. 9.

³⁸ Un Doc. S/RES/2178 (2014), cit., par. 15.

³⁹ Un Doc. A/70/674, cit., parr. 23-37.

sive e sproporzionate. Una tale azione di *advocacy* sarebbe in linea con la Strategia globale e con il Piano d'azione, in cui si sottolinea come gli interventi siano efficaci a condizione che vengano integrate in strategie che tengano conto del rispetto dei diritti umani⁴⁰. Al contempo, le operazioni di pace dovrebbero cooperare con gli attori della società civile, in particolare le donne e i giovani, in modo da promuoverne la partecipazione nel processo di pacificazione e valorizzarne il contributo⁴¹.

Le attività che mirano ad affrontare le cause della radicalizzazione, agiscono in modo indiretto e preventivo, mirando a costruire o rafforzare la capacità del governo ospitante, o degli attori della società civile, i quali a loro volta trasformeranno la formazione ricevuta in opere concrete verso i civili.

Dal punto di vista delle azioni indirette, l'Unione Europea (UE) ha rappresentato un modello di riferimento per le attività di *capacity building*. Tra le missioni attualmente in corso la *European Union Capacity Building Mission in Mali*, istituita nell'aprile 2014, la *European Union Capacity Building Mission in Niger* e la *European Union Capacity Building Mission in Somalia*, istituite nel luglio del 2012⁴², sono incaricate di formare le forze di sicurezza di questi Paesi, con particolare attenzione alla lotta contro il terrorismo e la criminalità. Oltre ad agire *in loco*, l'Unione europea finanzia anche attività di stabilizzazione operate da altri soggetti internazionali tramite l'*African Peace Facility* e il meccanismo *Athena*. Il 2 giugno 2020, il nuovo Alto Rappresentante per la Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC), Josep Borrell, ha proposto la creazione di un meccanismo di finanziamento unico chiamato *European Peace Facility* (EPF). L'EPF, con una dotazione finanziaria di circa otto miliardi di euro, continuerà a finanziare le azioni attualmente sostenute dagli strumenti esistenti, subordinando il finanziamento alla conformità delle azioni con gli obiettivi dell'UE in materia di sicurezza e di politica estera e con i principi democratici, il rispetto dei diritti umani e del diritto umanitario⁴³.

Anche le operazioni di pace delle Nazioni Unite hanno intrapreso attività che affrontano indirettamente le cause del terrorismo e dell'estremismo violento.

⁴⁰ R. BREDEL, *The UN's Long-Term Conflict Prevention Strategies and the Impact of Counter-Terrorism*, in *International Peacekeeping*, 2003, pp. 51-70.

⁴¹ Ci si riferisce in particolare alle Risoluzioni tematiche del Consiglio di sicurezza n. 1325 (2000) e n. 2250 (2015) rispettivamente dedicate ai temi "donne, pace e sicurezza" e "giovani, pace e sicurezza".

⁴² Sulle attività di *peacebuilding* dell'UE si rimanda a J. KRAUSE-N. RONZITTI (eds.), *The EU, the UN and Collective Security: Making Multilateralism Effective*, London, 2012; C. MCCALL, *The European Union and Peacebuilding: the Cross-Border Dimension*, New York, 2014; B. POOPUU, *The European Union's Brand of Peacebuilding: Acting is Everything*, Cham, 2020. Si veda anche M. SPERNBAUER, *EU Peacebuilding in Kosovo and Afghanistan: Legality and Accountability*, Leida, 2014.

⁴³ EU, EEAS, *European Peace Facility – An EU Off-Budget Fund to Build Peace and Strengthen International Security*, Factsheet, 2 giugno 2020, disponibile al link https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/2020_06_02_mff_dpeacefacility_rev_final_clean.pdf.

Diverse operazioni di pace dell'ONU hanno inoltre fornito sostegno ai governi per la revisione della legislazione nazionale e dei piani nazionali sul contrasto al terrorismo⁴⁴. Ad esempio, la *United Nations Assistance Mission in Somalia* (UNSOM), istituita con la Risoluzione n. 2102/2013, ha coadiuvato il governo somalo nell'attuazione dei programmi di disarmo, smobilitazione e reintegro degli ex combattenti di Al-Shabab⁴⁵.

I mandati delle missioni di pace definiscono inoltre ulteriori attività indirette, ad esempio nei casi di UNSOM e della *United Nations Assistance Mission in Afghanistan* (UNAMA) attraverso il monitoraggio del rispetto dei diritti umani da parte degli organi governativi, in specie le eventuali politiche discriminatorie e/o oppressive e gli abusi compiuti da parte delle forze di sicurezza in quanto pratiche identificate come *tipping points* capaci di spingere gli individui ad abbracciare ideologie violente ed estreme⁴⁶. Un ruolo fondamentale in tali attività preventive è svolto dagli attori della società civile, in particolare capi religiosi o locali, gruppi di donne e giovani, associazioni per la promozione dei diritti umani.

La *United Nations Assistance Mission for Iraq* (UNAMI) ha il compito di favorire il dialogo e la riconciliazione nazionale, anche attraverso l'inclusione delle esigenze dei gruppi emarginati in tale processo politico. La MINUSMA promuove la sicurezza e il rispetto dei diritti umani dei detenuti ad alto rischio di subire violenze e abusi, formando gli agenti di custodia e monitorandone le attività, al fine di ridurre al minimo i rischi di radicalizzazione e di estremismo violento nelle carceri.

⁴⁴ T. SMIT, *Multilateral Peace Operations and the Challenges of Terrorism and Violent Extremism*, Sipri Background Paper, novembre 2017, p. 6.

⁴⁵ UN Doc. S/RES/2102 (2013), par. 2, (b), (ii). R. GEORGI, *The Role of Civil Society in Conflict Transformation: Human Rights and the (De-)Securitization of Ethno-Political Conflict*, in *Securitization in Statebuilding and Intervention*, 2017, pp. 215-224; B. MCGONIGLE LEYH, *Changing Landscapes in Documentation Efforts: Civil Society Documentation of Serious Human Rights Violations*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2017, pp. 44-58. Per un'analisi degli aspetti critici si veda P. ARTHUR-C. YAKINTHOU (eds.), *Transitional Justice, International Assistance, and Civil Society: Missed Connections*, Cambridge-New York, 2018. Si veda anche il Rapporto dell'Office of Internal Oversight Services dell'ONU che ha valutato l'efficacia del monitoraggio sul rispetto dei diritti umani, con riferimento a otto operazioni multidimensionali di mantenimento della pace nel periodo 2014-2017. UN, IED, *Evaluation of the Effectiveness of Human Rights Monitoring, Reporting and Follow-up in the United Nations Multi-Dimensional Peacekeeping Operations*, No. IED-19-004, 8 marzo 2019, al sito https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/Evaluation/Evaluation_human_rights_monitoring_reportomg_follow-up_peacekeeping.pdf.

⁴⁶ UNDP, *Preventing Violent Extremism through Promoting Inclusive Development, Tolerance and Respect for Diversity. A Development Response to Addressing Radicalization and Violent Extremism*, New York, 2016, *passim*.

5. Considerazioni conclusive

L'asserita evoluzione sostanziale delle operazioni di pace, dovuta ad una "reciproca attrazione"⁴⁷ tra i mandati di queste ultime e l'obiettivo di combattere il terrorismo, potrebbe comportare diverse criticità ove l'attività della missione non fosse accompagnata da una strategia olistica che si rivolga anche agli aspetti preventivi del fenomeno terroristico e che completi le azioni dirette di contrasto.

Già di per sé, le attività militari mirate a neutralizzare i gruppi terroristici, quando condotte dai contingenti della missione di pace, presentano alcune problematiche. Diversi, infatti, sono gli elementi che depongono a sfavore di un aumento delle operazioni militari dirette nei confronti di gruppi terroristici. Tali attività, come accennato in precedenza, potrebbero anche rafforzare i fattori scatenanti dell'ideologia terrorista, soprattutto in situazioni in cui vi siano danni collaterali eccessivi o vengano percepite come ingiuste dai civili.

Un ulteriore elemento di difficoltà è rappresentato dal fatto che, compiendo tali azioni, le missioni di pace si allontanano gradualmente dai principi fondamentali del *peacekeeping*, in specie l'imparzialità. Tale principio è particolarmente importante per le Nazioni Unite, ancor più che per gli altri attori in gioco, per via della legittimazione riconosciuta all'organismo onusiano e della sua capacità politica di ergersi a figura *super partes*. Qualsiasi percezione di parzialità potrebbe, infatti, compromettere soprattutto le finalità del *peacebuilding*, che per essere raggiunte necessitano della fiducia della popolazione nei confronti dell'organizzazione.

Inoltre, un maggiore coinvolgimento dell'ONU in attività di neutralizzazione, se non produttivo di effetti nell'immediato, aumenterebbe in modo sensibile i rischi per il personale della missione, con la conseguente necessità di rafforzare le misure di sicurezza e di ampliare il numero dei militari coinvolti e i costi, generando così una spirale perversa.

Detto ciò, è indiscutibile che, allo stato attuale, per le operazioni di pace sia sempre più difficile adattarsi al complesso panorama delle minacce che devono fronteggiare, incluse le sfide legate al terrorismo e all'estremismo violento. In molti ambienti di missione contemporanei, infatti, i fattori di instabilità determinati dal terrorismo e dall'estremismo violento sono assai minacciosi e non possono essere ignorati.

Da un'altra prospettiva, è bene evidenziare che molte missioni stanno già affrontando indirettamente il terrorismo e l'estremismo violento attraverso azioni dirette a eliminare cause e conseguenze⁴⁸.

⁴⁷ M. SOSSAI, *Il mandato delle operazioni di peacekeeping e il contrasto a gruppi terroristici*, cit., p. 90.

⁴⁸ Per un'analisi critica di questa prassi si rimanda a C. THIESSEN, *The Strategic Ambiguity of the*

Le operazioni di pace multidimensionali agiscono insieme a una moltitudine di altri attori a livello internazionale, regionale, nazionale e locale che stanno già svolgendo attività di contrasto al terrorismo e di prevenzione dell'estremismo violento. Le prime devono essere in grado di collaborare con gli altri attori e coordinare tali attività. L'ONU ha infatti assunto la responsabilità di coordinare l'attuazione della strategia globale di contrasto al terrorismo e la firma dell'*United Nations Global Counter-Terrorism Coordination Compact* nel febbraio 2018 è un passaggio importante nel processo di riforma di tutto il sistema ONU di contrasto al terrorismo internazionale⁴⁹. Il *Compact*, di cui attualmente fanno parte 42 organismi tra membri e osservatori, coordina le azioni portate avanti nell'ambito dei quattro pilastri della *Strategy*: «a) measures to address conditions conducive to the spread of terrorism; b) measures to prevent and combat terrorism; c) measures to build States' capacity to prevent and combat terrorism and to strengthen the role of the United Nations in that regard; d) measures to ensure respect for human rights for all and the rule of law as the fundamental basis for the fight against terrorism»⁵⁰.

Tali aspetti assumono rilievo con i sopra citati mandati delle operazioni di pace, che chiedono espressamente sostegno e cooperazione tra le Nazioni Unite, le forze statali ospitanti e le organizzazioni regionali⁵¹. In tali contesti, la questione è rappresentata dal puntuale coordinamento tra gli attori coinvolti nella missione di pace. Il Segretario generale dell'ONU non ha mancato di sottolineare la necessità di una maggiore cooperazione sia nell'ambito della formazione dei servizi di sicurezza nazionale, sia nella condivisione delle informazioni⁵². Entrambi gli elementi sono infatti imprescindibili per realizzare un'effettiva azione di contrasto al terrorismo e all'estremismo violento.

Nell'ambito delle operazioni di pace, sarebbe inoltre opportuno valorizzare le attività già in essere, la cooperazione e il coordinamento tra le missioni e gli

United Nations Approach to Preventing Violent Extremism, in *Studies in Conflict and Terrorism*, 2019, pp. 1-22.

⁴⁹ Sul tema si veda N.D. WHITE, *The United Nations and Counter-Terrorism*, in A. SALINAS DE FRÍAS-K. SAMUEL-N.D. WHITE (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford, 2012, pp. 54-82.

⁵⁰ Sulle azioni di coordinamento e di attuazione della *Strategy* si veda UN Doc. A/74/677, *Activities of the United Nations System in Implementing the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy. Report of the Secretary-General*, 7 febbraio 2020.

⁵¹ Sul rapporto tra l'ONU e le organizzazioni regionali si rimanda a: E. CIMIOTTA-N. NAPOLETANO (a cura di), *Nazioni Unite e organizzazioni regionali tra autonomia e subordinazione*, Bologna, 2020; P. GARGIULO, *Il mantenimento della pace nei rapporti tra l'ONU e le organizzazioni regionali*, in E. TRIGGIANI-F. CHERUBINI-I. INGRAVALLO-E. NALIN-R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 135-144; G. CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, Bari, 2015.

⁵² *Secretary-General's Remarks at High-level meeting on Peacekeeping Performance*, 6 December 2019, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-12-06/secretary-generals-remarks-high-level-meeting-peacekeeping-performance-delivered>.

altri organi dell'ONU che si occupano di aspetti socio-economici, anche considerando alcuni elementi in comune tra il POA e l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile⁵³. Proprio tali azioni rappresentano le *best practices* da tenere in considerazione e replicare nei futuri interventi di pacificazione o di stabilizzazione. Sono queste iniziative – quali le attività di prevenzione della radicalizzazione – che, nel lungo periodo, potranno produrre i frutti migliori e garantire che l'apparato statale abbia il pieno controllo della situazione in un contesto sociale caratterizzato da una pace sostenibile.

⁵³ Si pensi all'obiettivo n. 16 dei *Sustainable Development Goals*, dedicato alla promozione di società pacifiche ed inclusive ai fini dello sviluppo sostenibile, che si propone inoltre di fornire l'accesso universale alla giustizia, e a costruire istituzioni responsabili ed efficaci a tutti i livelli. UN Doc. A/RES/70/1, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 25 settembre 2015. Si veda *Secretary-General's Remarks at Security Council Briefing on Peacebuilding and Sustaining Peace: Strengthening Partnerships for Successful Nationally-owned Transitions*, 18 luglio 2019, <https://peacekeeping.un.org/en/secretary-generals-remarks-security-council-briefing-peace-building-and-sustaining-peace>.

| Giuseppe Mazzi * |

Interventi militari per la ricostruzione della pace ed applicazione della legge penale militare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legislazione penale italiana per le missioni militari all'estero: dalla applicazione del Codice di pace al Codice di guerra. – 3. Ritorno definitivo al Codice di pace e problemi di diritto transitorio. – 4. I progetti di riforma: il D.D.L. n. 2099-Senato del 9 aprile 2010. – 5. Lo Statuto penale minimo per le missioni all'estero: la speciale causa di giustificazione. – 6. Le norme processuali. – 7. Le questioni non espressamente risolte: l'applicabilità dei reati contro le leggi e gli usi della guerra. – 8. Giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria nelle missioni internazionali. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Occorre preliminarmente indicare i limiti della presente indagine, che non si interesserà specificamente ai profili di diritto internazionale¹, né a quelli concernenti la fase di autorizzazione all'intervento militare².

La riflessione dei penalisti in Italia³ si è infatti principalmente soffermata

* Presidente della Corte militare d'appello di Roma.

¹ Cfr. al riguardo N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI ed., Torino, 2017.

² V. attualmente art. 2 ss., Legge 21 luglio 2016, n. 145: sul tema M. BENVENUTI, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017, 1, p. 17 ss.; S. RIONDATO, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2016, n. 145*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, p. 292 ss.

³ Cfr. G. FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1059 ss. ed in part. pp. 1072, 1075, 1077-1078, per una riflessione particolarmente approfondita sul modello di diritto penale da applicare nelle missioni militari all'estero, nonché sulla plausibilità di un diritto penale militare di guerra distinto da quello di pace e su una prospettiva di modernizzazione del diritto penale bellico che potrebbe consistere nello studio di nuove figure di reato colposo e di reati di pericolo astratto, tenuto conto che l'attività militare con uso della violenza rappresenta «una attività intrinsecamente pericolosa, anzi l'attività più pericolosa in assoluto, che come tale ben meriterebbe l'apertura di un nuovo capitolo nell'ambito della riflessione penalistica». Sul contenuto di una possibile riforma legislativa cfr. anche D. BRUNELLI, *Prospettive di riforma del diritto penale militare*, in *Diritto penale e Forze armate, nuovi impegni*, Padova, 2001, p. 223 ss.

sulla individuazione della normativa applicabile nei confronti dei soggetti, italiani o stranieri, che, in occasione di missioni militari all'estero, si rendano autori di fatti penalmente illeciti e tale impegno non è stato aiutato da un atteggiamento del legislatore che non solo non ha compiuto scelte chiare e coerenti ma ha effettuato interventi contraddittori, che hanno ulteriormente accentuato le difficoltà interpretative.

Per rendere manifesta la complessità del problema appare quindi opportuno, prima di soffermarsi sugli aspetti di particolare attualità, effettuare una ricognizione in ordine alle scelte che sono state successivamente operate dal legislatore.

Tale ricognizione non può che partire dall'esame delle norme contenute nei Codici penali militari del 1941: secondo l'impostazione originaria, infatti, in ogni caso di «*corpi di spedizione all'estero per operazioni militari*», avrebbe dovuto applicarsi il Codice penale militare di guerra (art. 9), che era destinato ad operare non solo nello stato di guerra, ma anche nello stato di pace, in alcune predeterminate situazioni⁴.

In perfetta coerenza con tale scelta di fondo, il Codice penale di pace non prevede norme specifiche per disciplinare le situazioni che si verificano quando i militari sono chiamati a svolgere operazioni nelle quali si preveda la possibilità di scontri armati⁵.

L'esemplificazione più chiara del fatto che il Codice di pace non fosse stato pensato in nessun modo a disciplinare l'impiego di militari per interventi armati, è dato dalla mancanza, in tale Codice, anche solo di qualsiasi accenno alla applicabilità delle norme in tema di diritto umanitario bellico, che sono invece espressamente stabilite, ma solo nel Codice di guerra, al Titolo IV del Libro III, relativo ai «*Reati contro le leggi e gli usi della guerra*».

Quanto sopra considerato appare ovvio, essendo direttamente conseguente alla scelta del 1941 di introdurre nell'ordinamento due diversi codici, di pace e di guerra, ed avrebbe quindi dovuto subito apparire chiaro, come immediatamente messo in risalto dagli studiosi della materia, che solo con un intervento riformatore si sarebbe potuto introdurre una disciplina adeguata, diversa da quella di guerra, per le missioni militari all'estero⁶.

⁴ Art. 20 c.p.m.p.: «*La legge determina i casi, nei quali la legge penale militare di guerra si applica nello stato di pace*». La previsione che più aveva suscitato critiche era peraltro quella di cui all'art. 10, ora abrogato, c.p.m.g., relativa al caso in cui un reparto delle Forze armate fosse impegnato in operazioni militari per motivi d'ordine pubblico (cfr. D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, pp. 7 ss., a p. 26 ss.).

⁵ Non mancano nel Codice di pace alcune norme dotate di un certo grado di flessibilità, come l'art. 118 c.p.m.p., che prevede aggravanti ad effetto speciale, in tema di violata consegna, quando il fatto sia commesso in qualsiasi circostanza di grave pericolo e quando dal fatto è derivato grave danno. Ma si tratta per l'appunto di fattispecie applicabili per le vicende ordinarie di servizio e non destinate a regolare la particolare situazione che si verifica quando il reparto è inviato all'estero in contesti che presentino il rischio di coinvolgimento in un conflitto armato.

⁶ Cfr. M. BLOCK, *Corpi di spedizione all'estero tra codici penali di guerra e codici di pace*, in

2. La legislazione penale italiana per le missioni militari all'estero: dalla applicazione del Codice di pace al Codice di guerra

Nelle diverse ipotesi di impiego di reparti militari italiani in territorio estero, avvenute fino al 2001 (in particolare: Golfo Persico, Kuwait, Somalia, ex Jugoslavia), il legislatore aveva affermato invece esplicitamente l'applicazione della legge penale militare di pace⁷.

Nel 2001, a seguito dei noti eventi che hanno portato alla attuazione dell'intervento militare in Afghanistan, il legislatore ha ritenuto invece di stabilire l'applicazione della legge penale di guerra, per la palese inadeguatezza di quella di pace, in relazione, in particolare, al doveroso rispetto delle convenzioni internazionali di diritto umanitario bellico, garantito per l'appunto solo dal Codice di guerra⁸.

Nell'occasione il legislatore aveva quindi ritenuto di ravvisare nella vigente legislazione penale di guerra quella più adeguata con riguardo agli effettivi caratteri ed alle finalità dell'intervento militare in questione, ma, nel riformulare l'articolo 9 c.p.m.g., aveva esplicitamente preannunciato ulteriori interventi normativi, stabilendo che «sino alla entrata in vigore di una nuova legge organi-

Diritto penale e Forze armate, nuovi impegni, cit., p. 237 ss.; S. MESSINA, *Guerra del Golfo e legislazione militare di pace*, in *Foro italiano*, 1991, V, c. 415, secondo cui «vi sono cose che solo il codice di guerra, per sua naturale destinazione, può prevedere»; R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1997, p. 40, che rileva, in relazione alla c.d. *Guerra del Golfo*, «l'anomalia di una guerra realissima e intensamente distruttiva, ma combattuta sotto la vigenza della legge penale militare di pace e quindi, assurdamente, al di fuori delle regole della rappresentanza organica nell'attività bellica e senza l'obbligo, penalmente sanzionato dalla legge di guerra, dell'osservanza, da parte dei soldati italiani, dei principi del diritto umanitario bellico».

⁷ Solo nell'intervento militare in Libano nulla era stato detto esplicitamente sulla normativa penale applicabile ed erano state espresse in dottrina opinioni discordi: cfr. P.P. RIVELLO, *La missione italiana nell'area del Golfo Persico ed il ritorno di pesanti interrogativi in tema di codici penali militari*, in *Legislazione penale*, 1991, p. 166. In ordine alle specifiche previsioni di applicazione della legge penale militare di pace nei molteplici casi di invio all'estero di reparti militari italiani, cfr. G. DE ROSA, *L'applicazione dei codici penali militari nelle operazioni militari all'estero nell'ultimo trentennio*, *Atti del Convegno* di Roma del 13 e 14 ottobre 2009, su *Il Diritto Internazionale Umanitario tra esigenze giuridiche e realtà operative negli scenari del III Millennio*, p. 112 ss., nonché G. MAZZI, *Sub artt. 1-16 c.p.m.g.*, in D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Codici penali militari*, Milano, 2001, p. 1168 ss.

⁸ Il D.L. 1° dicembre 2002, n. 421 e la Legge di conversione 31 gennaio 2002, n. 6 hanno peraltro introdotto importanti modifiche alla legge penale militare di guerra, con: la abrogazione degli artt. 17, co. 1, 2 e 3, 18, 19, 20, 87, 155 e 183 c.p.m.g.; la modifica dell'art. 9, 15, co. 2, 47 e 165 c.p.m.g.; l'inserimento, nel Codice di guerra, dei nuovi artt. 184-bis e 185-bis. Gli artt. 2 e 3 della Legge 27 febbraio 2002, n. 15 hanno inoltre ulteriormente modificato gli artt. 165 e 185-bis c.p.m.g. e l'art. 2 della Legge 18 marzo 2003, n. 42 ha abrogato gli artt. 5, 10, 76, 80 e 86 c.p.m.g. In questo modo il legislatore aveva articolato una nuova disciplina penale delle missioni militari all'estero che, pur non ancora dotata di organicità, mirava a soddisfare, in maniera compatibile anche con l'urgenza dettata dalle necessità contingenti, gli interessi, sia di natura militare che di natura umanitaria, coinvolti nella partecipazione all'intervento militare in Afghanistan.

ca nella materia penale militare, sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate»⁹.

Nella seduta del Senato della Repubblica in data 23 gennaio 2002, erano stati inoltre presentati due ordini del giorno, accettati dal Governo, che lo impegnavano (data l'esigenza indifferibile di una nuova legge organica nella materia penale militare) a presentare un disegno di legge volto ad introdurre un corpo di norme, pienamente coerente con il dettato costituzionale, che comprendesse una nuova disciplina penale militare delle missioni all'estero.

Il relativo D.D.L. (n. 2493) è stato presentato il 19 settembre 2003 al Senato della Repubblica e approvato da tale ramo del Parlamento il 18 novembre 2004: si è però pervenuti alla fine della XIV legislatura senza l'approvazione definitiva da parte della Camera dei deputati.

L'applicazione del Codice di guerra è stata anche disposta per il personale militare che partecipa alla missione in Iraq (art. 10, D.L. 10 luglio 2003, n. 165, conv. in Legge 1° agosto 2003, n. 219, recante «*Interventi urgenti a favore della popolazione irachena*»),

Pur se la parentesi di applicazione del Codice di guerra è durata meno di cinque anni, come fra poco si vedrà, si è avuta una elaborazione giurisprudenziale di rilievo¹⁰.

Particolarmente interessante è la sentenza 12 ottobre 2005, n. 165 del G.U.P. presso il Tribunale militare di Roma, relativa, oltre che ad imputazione di violata consegna, ad imputazione di omicidio colposo, ex articolo 589 c.p. e articolo 47 c.p.m.g., per la morte cagionata ad un cittadino iracheno da parte di un militare italiano. Il G.U.P. perviene alla condanna di uno dei due imputati, per il reato di omicidio colposo, ritenendo che l'azione dell'iracheno si fosse già esaurita quando dal fucile imbracciato dal militare italiano imputato è partito il colpo mortale, la cui esplosione si deve unicamente alla sua imprudente condotta. La Corte militare d'appello (sentenza 5 maggio 2006, n. 27) assolve in-

⁹ È da notare che la citata norma è stata integrata, rispetto al testo originario, con la specificazione che le operazioni militari rilevanti devono essere «armate». Del tutto innovativo è, inoltre, il contenuto del secondo co. del medesimo art. 9, secondo cui, negli stessi casi previsti al comma precedente, la legge penale militare di guerra si applica, per i fatti commessi a causa o in occasione del servizio, anche al personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione, che resta nel territorio nazionale, o che si trova nel territorio di altri Paesi, dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni. Per il rilievo secondo cui l'*incipit* dell'art. 9, di cui è evidente l'esclusivo rilievo politico, appare quanto meno curioso in una norma codicistica, cfr. R. RIVELLO, *Gli episodi di tortura a civili e prigionieri verranno puniti con una specifica sanzione*, in *Guida al diritto*, 2002, 6, p. 28; al riguardo, cfr. anche P.P. RIVELLO, *Operazioni militari all'estero: rimodellata la disciplina processuale applicabile*, in *Diritto penale e processuale*, 2002, p. 555 ss.

¹⁰ Per una analisi dettagliata delle sentenze emesse in applicazione nel Codice di guerra dal 2001 al 2006, cfr. D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., p. 483 ss.

vece l'imputato, ritenendo che si configuri nella fattispecie – in termini putativi secondo quanto stabilito dall'articolo 59, comma 4, c.p. – la scriminante prevista dall'articolo 44 c.p.m.p. («*casì particolari di necessità militare*») secondo cui non è punibile il militare che abbia commesso un fatto costituente reato per esservi stato costretto dalla necessità di impedire, fra l'altro e comunque, «*fatti tali da compromettere la sicurezza del posto, della nave o dell'aeromobile*»¹¹.

Un altro caso molto noto in cui è stata applicata la esimente putativa della necessità militare è relativo alla c.d. *battaglia dei ponti*, in cui militari italiani avevano sparato contro una autoambulanza, determinando la morte di alcuni cittadini iracheni¹².

Un caso significativo di contestazione del reato di cui all'articolo 118 c.p.m.g. («*violazione, a causa di codardia, dei doveri militari*») si è avuto per effetto della ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale militare di Roma, 1° dicembre 2004, che, in esito a richiesta di archiviazione del pubblico ministero, ha disposto la restituzione degli atti per la formulazione dell'imputazione¹³.

Il G.U.P. presso lo stesso Tribunale militare, in esito a giudizio abbreviato (sentenza 9 febbraio 2005, n. 28), ha assolto i quattro militari imputati, perché il fatto non sussiste, in quanto la condotta dei quattro piloti militari «è stata determinata da considerazioni e profili di natura tecnica, trovando in queste

¹¹ Nella situazione di specie, secondo il giudice di appello, il gesto di allontanare il cittadino iracheno con la canna del fucile, da cui fu esploso il colpo mortale, fu dettato all'imputato dall'erronea ma giustificata convinzione di dover difendere il 'posto' dove stava svolgendo il proprio servizio esterno.

¹² Cfr. G.U.P. presso Tribunale minorile di Roma, 9 maggio 2007, n. 33, in *Rassegna della giustizia militare*, 2008, secondo cui «era stato ordinato dal superiore comando di bloccare il passaggio da nord sui ponti che conducevano alla zona sud della città, e ciò anche mediante l'uso della forza. I militari operanti si sono trovati, nel contesto bellico più volte prima menzionato, a fronteggiare una duplice emergenza: il veicolo in questione continuava ad avvicinarsi apparentemente indifferente ai contrari avvertimenti rivoltigli anche sparando colpi in aria e comunque fuori sagoma; il veicolo medesimo poteva, al di là di ogni mera apparenza, non solo recare a bordo uomini armati ma anche ordigni esplosivi. ... va escluso in forza delle considerazioni già proposte che gli imputati abbiano commesso il fatto superando colposamente i confini imposti dalla necessità secondo quanto stabilito dall'art. 44 e dall'art. 45 CPMP. Infatti i mezzi da loro utilizzati per fronteggiare la situazione di ritenuto pericolo erano, come sopra evidenziato, gli unici disponibili e comunque proporzionati rispetto ad esso ... La causa di non punibilità preveduta dall'art. 44 CPMP è di conseguenza da ritenersi in concreto insussistente poiché, obiettivamente, era insussistente la situazione di pericolo da essa contemplata. Ciò non toglie però che la detta situazione di pericolo sia stata come tale ritenuta dagli agenti, pervenuti ad una infondata supposizione in conseguenza di una loro erronea, quanto incolpevole, valutazione delle complessive circostanze di fatto». Cfr. al riguardo G. ROSIN, *Missioni militari internazionali: la necessità di una disciplina penale "ad hoc"*, in A. GARGANI (a cura di), *Il diritto penale militare fra passato e futuro*, Torino, 2009, p. 109.

¹³ Il G.I.P. afferma che la dichiarata indisponibilità da parte dei quattro indagati, militari piloti di elicottero, a prendere parte alle operazioni di volo affidategli nell'ambito della missione in territorio iracheno, costituisce una plateale violazione dei doveri funzionali dettata dal timore di un pericolo personale.

motivazioni operative e non nel timore personale la propria causa determinante»¹⁴.

3. Ritorno definitivo al Codice di pace e problemi di diritto transitorio

Nel 2006 il legislatore ha stabilito (art. 2, co. 26, Legge 4 agosto 2006, n. 247, nonché art. 5, D.L. 28 agosto 2006, n. 253) che al personale militare impegnato nelle missioni internazionali, comprese quelle in Iraq ed Afghanistan, «*si applicano il codice penale militare di pace e l'art. 9, commi 3, 4, lettere a), b), c) e d), 5 e 6, del d.l. 1° dicembre 2001, n. 421, conv., con modificazioni, dalla l. 31 gennaio 2002, n. 6*».

L'inversione di rotta del legislatore è davvero netta in quanto al 30 giugno 2006 (data in cui ha termine l'efficacia dei precedenti provvedimenti normativi: in ultimo artt. 39-*vicies semel* e 39-*vicies bis*, D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. con modif. in Legge 23 febbraio 2006, n. 51) viene a cessare ogni ipotesi di applicazione della legge penale militare di guerra. Si ha anche in questo modo una deroga all'attuale articolo 9 c.p.m.g., che, in mancanza di previsioni esplicite, avrebbe automaticamente determinato l'applicazione, «*ai corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate*», della legge penale militare di guerra.

Sulla base dei principi stabiliti in tema di successione di leggi penali, avrebbe potuto sembrare pacifico che, per i fatti commessi fino al 30 giugno 2006, si dovessero continuare ad applicare, se ne sussistessero i requisiti, le disposizioni del Codice di guerra, da considerare legge eccezionale, oltre che temporanea (cfr. art. 2, co. 5, c.p. e art. 23 c.p.m.g.)¹⁵.

¹⁴ Il G.U.P. osserva, anzitutto, che «*quello richiesto al militare non è il coraggio "eroico" ... Il coraggio che allora le prescrizioni disciplinari impongono al militare non è quello eccezionale, bensì quello che ordinariamente si può pretendere da chi debba essere consapevole, ad un tempo, sia dei doveri del proprio stato, sia della specificità della singola situazione operativa*». Rileva quindi che «*proprio perché il movente della codardia è deputato a trasformare una violazione disciplinare in illecito penale, il reato previsto dall'art. 118 davvero potrà anche sotto tale aspetto dirsi perfezionato solo quando la condotta lesiva dei doveri militari sia stata determinata unicamente da quella finalità*», e nel caso di specie, peraltro, ferma l'irrelevanza penale della condotta per la carenza del movente di codardia, «*se si considerano i modi, i tempi di manifestazione da parte dei piloti dell'indisponibilità a proseguire la missione in territorio iracheno, non si può che ritenere che i medesimi, pur pervenendo ciascuno per proprio conto alla decisione finale e ciascuno di essi esplicitandola in forme distinte, abbiano mancato di adempiere alle doverosità loro richieste, quanto meno sotto il profilo del rispetto dei vincoli ed esigenze disciplinari*».

¹⁵ Cfr. D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., secondo cui, tuttavia: l'art. 23 c.p.m.g. (relativo alla c.d. *ultrattività* della legge penale militare di guerra) si riferisce espressamente solo ai reati commessi durante lo stato di guerra e non a quelli commessi nelle altre ipotesi di applicabilità della legge penale di guerra, come nel caso di specie; la più recente decisione del Parlamento (relativa all'applicazione del Codice di pace) è stata adottata pur essendo restata immutata – od addirittura nonostante si siano aggravate – le condizioni di pericolosità delle missioni militari in Iraq ed Af-

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26316/2008, ha risolto la questione affermando che *«la regola derogatoria prevista dall'art. 2 c.p., comma 5, rispondente alla necessità di salvaguardare l'efficacia general-preventiva delle leggi eccezionali e temporanee, non trova ragione alcuna di applicazione allorquando trattasi di norme parimenti temporanee od eccezionali succedutesi l'una all'altra durante il decorso del termine di vigenza ovvero durante la permanenza della situazione eccezionale, aventi la medesima ratio e dirette ad una migliore messa a punto della normativa destinata a fronteggiare la medesima situazione»*¹⁶.

Significativa al riguardo appare una sentenza della Corte militare d'appello, successiva al 2006¹⁷, nella quale è stata ritenuta ancora applicabile la legge penale militare di guerra, in quanto nella specie ritenuta in concreto più favorevole per l'imputato.

Secondo la Corte di appello la declaratoria di difetto di giurisdizione, richiesta dal pubblico ministero per la mancata previsione del reato di omicidio colposo nella legislazione di pace, essendo connessa ad un problema di successione di leggi penali, non può che discendere da una valutazione – che, secondo l'opinione prevalente di dottrina e giurisprudenza, deve essere effettuata *in concreto*

ghanistan e quindi il contesto di "eccezionalità" della situazione di fatto che giustificava il ricorso al Codice di guerra; quella del 2006 è quindi semplicemente una diversa e successiva valutazione del legislatore rispetto ad una identica questione di politica legislativa (inerente sostanzialmente al riconoscimento o meno della esistenza delle ragioni di eccezionalità che potrebbero far ritenere giustificata, o necessitata, l'applicazione del Codice di guerra); sotto questa prospettiva non risultano rilevanti le motivazioni che solitamente sono addotte per giustificare l'applicazione della regola *tempus regit actum* con riguardo alla legge penale di guerra e, al contrario, non si intravedono ragioni decisive per ritenere che la diversa e più recente valutazione del legislatore (che si pone in termini di netta contraddizione con la valutazione precedente) non debba retroagire, ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 4, c.p., in ordine ai fatti pregressi, nei casi in cui la legge penale militare di pace non preveda il fatto come reato o contenga disposizioni più favorevoli per il reo.

¹⁶ Rileva ancora la Corte di Cassazione che *«in siffatti casi, invero, la norma posteriore, proprio perché emanata durante il perdurare della situazione che aveva imposto la normativa temporanea o eccezionale e proprio perché rispondente alle medesime esigenze temporanee ed eccezionali, non si pone in contrasto con le ragioni sottese alla emanazione della normativa eccezionale o temporanea ma, lungi dall'essere volta al ripristino della legge ordinaria, è di contro tesa ad una più organica regolamentazione della situazione temporanea od eccezionale; in tali casi viene dunque a mancare il pericolo di una preveniva svalutazione della efficacia intimidatoria della legge temporanea od eccezionale e non residua pertanto alcuna ragione per disattendere il principio generale della prevalenza della legge più favorevole»*.

¹⁷ Corte militare d'appello, 15 ottobre 2008, Santoro, nella quale anzitutto si premette che appare condivisibile l'orientamento espresso, senza contrasti, dal giudice di legittimità, secondo cui, in applicazione dell'art. 2, commi 2 e 4, c.p. (e con esclusione quindi di quanto stabilito dall'art. 2, co. 5, c.p.), e dell'art. 2, co. 26, Legge 4 agosto 2006, n. 247, deve riconoscersi l'applicabilità delle norme della legge penale di pace, quando questa preveda un trattamento più favorevole rispetto alla previgente legislazione penale di guerra, per i fatti commessi prima del 1° luglio 2006, da parte di militari impiegati nelle missioni militari all'estero, relativamente alle quali il legislatore aveva in precedenza disposto l'applicabilità della legge penale militare di guerra.

– circa il carattere più favorevole della disciplina sopravvenuta, rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto. Nel caso sottoposto a giudizio il trattamento conseguente alla applicazione della normativa di guerra (con la possibilità di applicazione dell’attenuante di cui all’art. 48, u.p., c.p.m.p.) risultava al contrario, in concreto, più favorevole rispetto all’applicazione della normativa di pace, che avrebbe determinato la qualificazione del fatto come reato comune, con esclusione delle attenuanti previste per il reato militare¹⁸.

4. I progetti di riforma: il D.D.L. n. 2099-Senato del 9 aprile 2010

Il legislatore, come si è detto, aveva esplicitamente previsto la introduzione di una nuova legge organica sulla materia penale militare (v. artt. 9 e 165 c.p.m.g.). È stato quindi elaborato, nell’ambito di un Gruppo di lavoro istituito presso il Ministero della Difesa, il progetto di uno specifico Codice delle missioni internazionali (D.D.L. n. 2099, presentato al Senato della Repubblica dal Ministro della Difesa, dal Ministro della Giustizia e dal Ministro per la Semplificazione normativa, in data 9 aprile 2010).

Gran parte dei principi di delega concerne i crimini internazionali, poiché si tende, con tale testo normativo, all’adeguamento integrale, in relazione ai crimini di guerra, allo Statuto della Corte penale internazionale e a ogni altra convenzione in tema di diritto dei conflitti armati.

Meritano però una specifica menzione i seguenti altri aspetti:

– la previsione di una condizione di procedibilità per i reati compiuti nell’esercizio del comando. Tenuto conto dei rapporti fra legislazione di guerra e legislazione penale militare di pace, è stata considerata la necessità, per le violazioni dei doveri propri del comandante, di una disciplina in qualche modo intermedia, in quanto, se in pace è quasi sempre prevista, per tali reati, la condizione di procedibilità della richiesta di procedimento «*del Ministro da cui dipende il militare colpevole*», ex articolo 260, comma 1, c.p.m.p., per la giurisdizione di guerra ha applicazione il principio per cui ogni procedimento penale presuppone una positiva “disposizione” del comandante sull’esercizio dell’azione penale;

– la previsione della scriminante della necessità delle operazioni militari (nel frattempo introdotta dal legislatore nel 2009 e ribadita poi dalle norme sulla pirateria del 2011: cfr. *infra*, par. 5);

¹⁸ L’imputato non ha impugnato la parte della sentenza di appello in cui si riconosceva la perdurante applicabilità del Codice penale militare di guerra, in concreto legge più favorevole, e quindi la giurisdizione dell’autorità giudiziaria militare: la Corte di Cassazione, che avrebbe peraltro dovuto dichiarare d’ufficio il difetto di giurisdizione, ove ritenuto esistente, ha invece rigettato il ricorso con sentenza n. 30088/2009.

– la qualificazione come reati militari delle fattispecie, già previste dalla legge penale comune, che integrano una offesa ad interessi militari: la loro cognizione viene devoluta alla magistratura militare, «*la quale attualmente ha in tutto le stesse caratteristiche organizzative e di status e le medesime garanzie di autonomia e indipendenza proprie della magistratura ordinaria*».

5. *Lo Statuto penale minimo per le missioni all'estero: la speciale causa di giustificazione*

Nel 2016, atteso lo stallo dei lavori parlamentari per la approvazione del Codice delle missioni all'estero, è stato ritenuto di introdurre una regolamentazione penale minima, di cui non fosse necessaria ogni volta la conferma in ognuno dei provvedimenti con cui si stabiliva la proroga delle singole missioni.

Con l'articolo 19 della Legge n. 145/2016 ("Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali"), sono state quindi introdotte alcune disposizioni di cui è prevista una vigenza non temporalmente limitata e che si applicano per ogni missione militare all'estero in cui siano impegnati militari italiani¹⁹.

Tale scelta, di selezionare talune norme ritenute indispensabili, da introdurre immediatamente ed in via permanente, non può peraltro che indurre pessimismo sulla possibilità che nel prossimo futuro possa essere approvato un progetto di più ampio respiro, come quello di cui al D.D.L. n. 2099.

All'articolo 19, commi 1 e 2, si stabilisce così che: «*Al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace. La competenza è del tribunale militare di Roma. / È fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra*».

Uno degli interventi di maggiore importanza attuati nel 2016 concerne la introduzione definitiva nell'ordinamento giuridico di una nuova causa di giustificazione, che era stata peraltro già inserita nei provvedimenti²⁰ con cui si disponevano o si prorogavano le missioni all'estero, fin dal 2009²¹.

¹⁹ Nella Relazione al relativo D.D.L. si specifica che «*il provvedimento in esame ha un obiettivo ambizioso: fornire una cornice normativa unitaria per l'invio di contingenti italiani all'estero*».

²⁰ Cfr. D. BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011, p. 783 ss. secondo cui la scriminante costituisce una importante anticipazione del c.d. *codice penale delle missioni militari all'estero* e si presenta, pertanto, come frutto di attenta meditazione e espressione di una presa di posizione politica chiara ed univoca, assolvendo il «*chiaro intento di trasmettere un inequivoco messaggio rassicurante ai militari impegnati nelle missioni*».

²¹ Cfr. art. 4, co. 1-*sexies*, D.L. n. 152/2009. La stessa scriminante era stata poi estesa ai componenti dei Nuclei militari di protezione, per attività di contrasto militare alla pirateria, di cui all'art. 5,

Così, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, Legge n. 145/2016, «*non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari*». Il comma 2 stabilisce la punibilità dell'eccesso colposo e il comma 4 aggiunge, con una disposizione innovativa rispetto alle precedenti norme relative alla scriminante in esame, che «*il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*».

Occorre considerare, al fine di individuare la *ratio* del suddetto intervento normativo, che, in caso di conflitto bellico – avendo applicazione l'articolo 35 della Legge di guerra: R.D. 8 luglio 1938, n. 1415, secondo cui «*l'uso della violenza in guerra è lecito sempre che sia contenuto nei limiti, in cui è giustificato dalle necessità militari e non contrario all'onore militare*» – l'uso di armi, anche con finalità offensive, non determina ineluttabilmente, come invece avviene nello stato di pace, l'inizio di un procedimento penale, per verificare in concreto la sussistenza dei requisiti di una scriminante codificata. In guerra è infatti prevista una “qualificazione preliminare di liceità” dell'uso della forza, che esclude l'intervento giudiziario in tutti i casi di uso legittimo della violenza bellica²².

È così stato rilevato che il legislatore, introducendo la specifica esimente di cui si tratta, ha mostrato di avvertire le esigenze di garanzia, non solo delle potenziali vittime, ma anche degli stessi militari impiegati nella missione. Si fornisce così al giudice un prezioso strumento interpretativo ed all'operatore una guida potenzialmente affidabile per fare la cosa giusta nelle difficoltà della situazione concreta²³.

Nella Relazione al D.D.L. n. 2099 già citato, contenente la delega per l'emanazione del Codice penale per le missioni all'estero, si specifica che «*l'innoc-*

co. 2, ultima parte, D.L. n. 107/2011, conv. in Legge n. 130/2011, «*sostituita alla necessità delle operazioni militari la necessità di proteggere il naviglio di cui al comma 1*». Cfr. al riguardo D. BRUNELLI, *Esercizi di diritto penale sul caso Enrica Lexie*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 2054 ss.

²² G. MAZZI, *La disciplina penale delle missioni militari italiane all'estero*, in S. MANACORDA (a cura di), *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, Roma, 2004, p. 30.

²³ Cfr. D. BRUNELLI, *Esercizi*, cit., p. 2060, il quale ritiene che, nonostante le perplessità che possono sorgere sul piano della riserva di legge, poiché la normativa secondaria di carattere militare non sembra trovare nella legge più di un riferimento generico, «*ogni altra soluzione alternativa sarebbe impensabile perché non riuscirebbe a coniugare la garanzia con l'efficienza dell'impiego della forza*». In ordine all'auspicio che le direttive e le regole di ingaggio siano sufficientemente specificate e dettagliate, cfr. M. DE PAOLIS, *La scriminante della necessità di proteggere il naviglio: profili problematici ed applicativi*, in *I nuclei di vigilanza armata nell'attività di contrasto alla pirateria: profili internazionalistici e penalistici*, Consiglio della Magistratura Militare, Incontro di studio, Roma, 22-23 novembre 2012.

vazione si è resa necessaria per assicurare un'adeguata tutela ai militari che, nel corso delle missioni militari all'estero ricorrono legittimamente all'uso della forza», dal momento che le scriminanti previste dal Codice penale e dal Codice penale militare di pace «sono modulate per disciplinare situazioni di impiego delle Forze armate e delle Forze di polizia in contesti ben diversi da quelli che connotano gli attuali teatri delle operazioni militari internazionali, talvolta caratterizzati da gravi situazioni di destabilizzazione e da elevati rischi per la sicurezza e l'incolumità del personale».

Sono stati espressi dubbi sul fatto che, in assenza della previsione ora introdotta, i militari in missione all'estero si sarebbero trovati senza "adeguata tutela": la scriminante introdotta per le missioni all'estero sarebbe dunque una norma apparentemente priva di incidenza sul piano applicativo e dettata da prudenza forse eccessiva, ma che dispiega una innegabile funzione di messaggio e finisce per rivalutare la scelta tecnico politica del Codice Rocco di affiancare alle scriminanti comuni una ipotesi specifica di uso delle armi da parte di agenti pubblici²⁴.

6. Le norme processuali

Nell'articolo 19, commi 5-7, Legge n. 145/2016 si trovano anche specifiche disposizioni processuali, già introdotte, sia pure in termini parzialmente differenziati, fin dal D.L. 1° dicembre 2001, n. 421²⁵.

Il comma 5 del citato articolo 19 stabilisce che gli ufficiali di polizia giudiziaria militare procedono all'arresto, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, di chiunque è colto in flagranza di uno dei reati militari di disobbedienza aggravata (art. 173, co. 2, c.p.m.p.); rivolta (art. 174); insubordinazione con violenza e violenza contro un inferiore (artt. 186 e 195, co. 2, c.p.m.p.)²⁶.

L'articolo 19, commi 6 e 7, prevede inoltre una specifica disciplina concernente l'arresto in flagranza e l'applicazione di misure coercitive, in considerazione della distanza fra il luogo dell'arresto, o di applicazione della misura coercitiva, e quello in cui hanno sede i competenti uffici giudiziari militari.

Il legislatore ha tenuto in considerazione, al riguardo, la necessità di rispetta-

²⁴ Cfr. D. BRUNELLI, *L'uso delle armi*, cit., p. 788; in ordine alla scriminante in esame cfr. anche A. SPEROTTO, *Forze armate italiane e operazioni internazionali: la cornice normativa di riferimento*, in *Rassegna di giustizia militare*, 2018, 4, p. 7 ss.; S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 298 ss.

²⁵ Sulla normativa processuale applicabile nel caso di missioni all'estero, v. M. BLOCK, *Peace keeping e ordinamento italiano: profili processual-penalistici*, in *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, in S. MANACORDA, (a cura di), *op. cit.*, p. 70 ss.

²⁶ La mancata previsione di ipotesi specifiche di arresto in flagranza dà luogo ad una delle più appariscenti lacune del processo penale militare, determinatasi a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 308 c.p.m.p. (Corte costituzionale, sentenza 26 ottobre 1989, n. 503) e della conseguente applicazione delle norme del Codice di procedura penale.

re l'articolo 13 della Costituzione, che impone limiti temporali tassativi (complessive novantasei ore) per la restrizione della libertà personale, attuata con provvedimenti provvisori dall'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza, se non vi è convalida della autorità giudiziaria²⁷.

7. *Le questioni non espressamente risolte: l'applicabilità dei reati contro le leggi e gli usi della guerra*

Le norme penali in materia di diritto umanitario bellico sono contenute nel solo Codice penale di guerra e specificamente nel Titolo dei «*Reati contro le leggi e gli usi della guerra*» (Libro III, Titolo IV, c.p.m.g.).

Mentre le convenzioni internazionali in materia dispongono generalmente l'applicazione delle proprie disposizioni in ogni caso di conflitto armato internazionale, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra (cfr. ad es., art. 2 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949), le norme penali relative alle violazioni delle leggi e usi di guerra, essendo contenute nel Codice di guerra, potevano in origine essere applicate solo sul presupposto della esistenza di una delle condizioni previste per l'applicabilità della legge penale militare di guerra, e quindi, in primo luogo, della dichiarazione dello stato di guerra.

Il contrasto determinatosi, al riguardo, fra normativa italiana e normativa internazionale è stato risolto dal legislatore con la previsione secondo cui «*le disposizioni del presente titolo si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra*» (art. 2, lett. d)), Legge 31 gennaio 2002, n. 6, che ha sostituito l'art. 165 c.p.m.g.). Il legislatore, con la successiva Legge n. 15/2002, ha voluto peraltro escludere qualsiasi incertezza introducendo all'articolo 165 un ultimo comma, secondo il quale «*in attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia, le disposizioni del presente titolo si applicano alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane*».

Al momento dell'intervento legislativo il significato dell'articolo 165 era di garantire l'applicabilità del Titolo IV per le missioni militari diverse da quelle in Afghanistan (e poi Iraq): mentre infatti per queste ultime si stabiliva l'applicazione di tutto il Codice di guerra, per le altre era stabilita l'applicazione del solo Titolo IV.

La questione interpretativa ha poi cambiato, parzialmente, prospettiva, quando, nel 2006, per tutte le missioni internazionali, si è prevista l'applicazione del Codice di pace²⁸.

²⁷ Per più approfondite considerazioni in ordine alla normativa processuale stabilita per le missioni all'estero, cfr. D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., p. 481 ss.

²⁸ Per un ampio esame della questione, v. M. DE PAOLIS, *Il diritto penale militare nelle opera-*

Non appare comunque ammissibile una eventuale interpretazione limitativa dell'articolo 165, in base alla quale le disposizioni del Titolo IV in questione si possano applicare «*indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra*», come esplicitamente affermato, ma purché sussistano le condizioni per l'applicabilità della legge penale militare di guerra, ad esempio con riguardo all'articolo 9 c.p.m.p.

Una simile lettura dell'articolo 165 renderebbe tale norma priva di qualsivoglia rilevanza, essendo evidente che, anche a prescindere totalmente dall'esistenza dell'articolo 165, le disposizioni del Titolo IV si applicano, unitamente a tutte le altre disposizioni del Codice di guerra, in presenza delle condizioni per l'applicazione di detto Codice.

L'articolo 165 appare quindi suscettibile di una sola ragionevole interpretazione, secondo cui le norme relative ai reati contro le leggi ed usi di guerra si applicano in ogni caso di operazioni militari armate svolte all'estero dalle Forze armate italiane, anche al di fuori delle tipiche condizioni di applicabilità della legge penale militare di guerra²⁹.

Le conseguenze, come già avvertito, sono assai rilevanti, in quanto la scelta legislativa di svincolare l'applicazione delle norme in tema di diritto internazionale umanitario dalle usuali condizioni di applicabilità della legge penale di guerra, comporta la possibilità di applicazione di tali norme anche con riguardo alle missioni all'estero, attualmente in atto, rispetto alle quali il legislatore ha stabilito l'applicabilità del Codice penale militare di pace. Una diversa soluzione, secondo cui il legislatore, prevedendo espressamente l'applicabilità del Codice di pace, abbia voluto escludere integralmente l'applicazione di tale Codice, compreso il Titolo IV del Libro II, non potrebbe essere condivisa, se si considera che in tal modo si avrebbe, oltretutto, la violazione di un obbligo posto dal diritto internazionale, di assicurare la repressione delle infrazioni gravi, in tema di diritto dei conflitti armati.

La tesi sulla applicabilità del citato Titolo IV a tutti i militari impegnati in missioni militari armate all'estero, che si è già argomentata in altra sede³⁰, sembra trovare una ultima conferma decisiva nell'articolo 19, comma 4, Legge n. 145/2016, secondo cui, in riferimento alla speciale scriminante di cui so-

zioni militari, in I. CARACCILO-U. MONTUORO (a cura di), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, Torino, 2017, p. 255 ss., nonché M. DE PAOLIS, *Sull'applicazione dei codici penali militari di guerra e di pace nelle operazioni militari all'estero*, in *Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 125 ss.

²⁹ Questo sembra d'altro canto l'orientamento emerso inequivocabilmente durante il dibattito parlamentare: cfr. ad es. il resoconto stenografico della seduta del 29 gennaio 2001, della Camera dei deputati, p. 36, nella parte in cui è prospettata l'applicabilità del Titolo IV del c.p.m.g., si sensi dell'art. 165, a tutte le missioni militari delle Forze armate italiane all'estero.

³⁰ Per più puntuali osservazioni v. G. MAZZI, *La disciplina penale delle missioni militari italiane all'estero*, in S. MANACORDA (a cura di), *op. cit.*, pp. 34 e 46 ss.; D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., pp. 486, 512 ss.

pra si è parlato, si afferma che «*il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*». Poiché infatti agli articoli 5 e seguenti dello Statuto della Corte penale internazionale, sono previsti specificamente (art. 8) i crimini di guerra, e poiché i crimini di guerra sono puniti in Italia come tali solo dal Codice penale militare di guerra (Libro III, Titolo IV), se ne deduce che il legislatore ha indubbiamente ritenuto applicabili alle missioni internazionali di cui all'articolo 19 – per le quali si stabilisce in via generale l'applicazione del codice penale militare di pace – quella parte del Codice penale militare di guerra relativa ai reati contro le leggi e gli usi della guerra.

La questione ha rilevanza anche per i Nuclei militari di protezione di cui alle norme contro la pirateria³¹ ed ha riacquisito attualità a seguito della sentenza del Tribunale internazionale sul diritto del mare, 2 luglio 2020³², nella quale in particolare si prende atto «*dell'impegno assunto dall'Italia nel corso del procedimento di riprendere le sue indagini penali sugli eventi del 15 febbraio 2012*».

8. Giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria nelle missioni internazionali

I tribunali militari ed in particolare il Tribunale militare di Roma, ai sensi dell'articolo 19, comma 1, Legge n. 145/2016, hanno giurisdizione solo per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate³³.

Anche quando è stata disposta l'applicazione del Codice penale militare di guerra rimaneva infatti fermo il principio che la giurisdizione militare dovesse

³¹ Cfr. D. BRUNELLI, *Esercizi*, cit., p. 2056, secondo cui l'art. 165 c.p.m.g. stabilisce un regime 'rafforzato' dell'applicazione del titolo in questione rispetto all'applicazione della legge penale militare di guerra ed il co. 3 dello stesso articolo non può essere liquidato come una norma meramente 'definitoria' che presuppone la previa applicazione di tutta la legge penale militare di guerra: «*la vocazione universale di tali norme giustifica la loro applicazione in ogni situazione anche marginale o isolata, in cui possa aver luogo tale impiego e testimonia una scelta irreversibile di civiltà e di garanzia*».

³² È in questo momento noto il solo dispositivo, che è il seguente, per la parte che qui specificamente interessa: Il Tribunale internazionale *DECIDE*, con tre voti contro due, in relazione alla *Presentazione dell'Italia (2) (f)*, che i *Marines* hanno diritto all'immunità in relazione agli atti che hanno commesso durante l'incidente del 15 febbraio 2012 e che l'India è esclusa dall'esercitare la propria giurisdizione; *DECIDE*, con tre voti contro due, in merito alla *Presentazione dell'Italia (3) (a) e (c)*, prendendo atto dell'impegno assunto dall'Italia nel corso del procedimento di riprendere le sue indagini penali sugli eventi del 15 febbraio 2012, che l'India deve prendere le misure necessarie per cessare di esercitare la propria giurisdizione penale sui *marines* e che non sono necessari altri rimedi.

³³ Sulla tematica della giurisdizione per i reati commessi nel corso di missioni internazionali, v. M. BLOCK, *Operazioni militari di "peace keeping" e tutela penale*, in P.P. RIVELLO (a cura di), *La giustizia militare nell'età repubblicana*, Torino, 2005, p. 85 ss., nonché M. BLOCK, *Peace keeping*, cit., p. 57 ss.

essere quella di pace, in applicazione dell'articolo 103, comma 3, Parte II, Costituzione: infatti, ai sensi dell'articolo 231 c.p.m.g., la giurisdizione di guerra presuppone comunque la dichiarazione dello stato di guerra. Così, per estendere l'area della giurisdizione militare, nel 2001, non si è potuto attribuire a tale giurisdizione la cognizione su reati qualificati come comuni, ma si è invece ampliata la nozione di reato militare, ai fini della legge militare di guerra, ai sensi dell'articolo 47 c.p.m.g.

La competenza residuale è dell'autorità giudiziaria ordinaria (Tribunale di Roma), sia con riguardo a tutti i reati commessi da soggetti non appartenenti alle Forze armate italiane, sia con riguardo ai reati non militari commessi dai membri dei contingenti militari italiani.

9. Conclusioni

Negli ultimi decenni i compiti svolti all'estero da militari italiani nell'ambito di missioni internazionali sono stati sempre più impegnativi ed importanti.

Il legislatore ha prima riformulato, con la Legge n. 6/2002, l'articolo 9 c.p.m.g. ed ha ritenuto adeguata per la disciplina penale dei suddetti interventi la normativa del Codice di guerra, «*sino alla entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare*».

Una legge organica sulla materia non è ancora entrata in vigore, non potendosi intendere come tale la Legge n. 145/2016, e però in tale legge, all'articolo 19, si contraddice la disposizione di cui al citato articolo 9 e si dispone (in conformità ad un indirizzo di politica legislativa che si è affermato a partire dal 2006) che al personale che partecipa alle missioni internazionali si applica il Codice penale militare di pace.

Si tratta di due interventi normativi in aperta contraddizione l'uno con l'altro – fermo restando ovviamente che è la norma più recente che deve avere in concreto prevalenza rispetto a quella generale anteriore – e d'altro canto la procedura parlamentare per l'approvazione del progetto di un nuovo Codice penale per le missioni militari all'estero sembra allo stato definitivamente arenata.

Inoltre, a quasi venti anni dalla riforma dell'articolo 165 del Codice di guerra, non si è ancora pervenuti alla definizione di un indirizzo consolidato in ordine alla tematica di particolare importanza che attiene alla possibilità di applicazione, per le missioni internazionali, delle norme, in materia di diritto umanitario bellico, relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra, contenute agli articoli 165-230 c.p.m.g.

Si è visto sopra come dall'articolo 19, comma 4, Legge n. 145/2016 sembra possano trarsi ulteriori elementi decisivi ai fini della tesi circa l'applicabilità del Titolo IV, Libro III del Codice di guerra (fin dalla introduzione del co. ter-

zo dell'art. 165 c.p.m.g., ad opera della Legge n. 15/2002), a tutte le «operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane».

Data la rilevanza del tema, che investe anche l'osservanza, da parte dell'Italia, di obblighi posti dalla normativa internazionale, sarebbe stato quanto mai utile un intervento esplicito del legislatore, che eliminasse ogni dubbio sul tema³⁴.

Sembra invece purtroppo che a volte, in sede parlamentare, quando si profilano questioni particolarmente complesse e delicate, si preferisca declinare la propria responsabilità e lasciare che sia la magistratura a cercare una soluzione interpretativa, compito che in tanti casi, come questo, è particolarmente arduo.

³⁴ Esprime l'auspicio di un incisivo intervento legislativo che risolva anche il problema del riparto di competenza fra giudice ordinario e giudice militare, alla stregua anche della norma di cui all'art. 165 c.p.m.g., M. DE PAOLIS, *Sull'applicazione dei codici penali militari di guerra e di pace nelle operazioni militari all'estero*, in *Missioni militari all'estero e principi costituzionali*, Il Filangeri, Quaderno, 2017, pp. 125 ss., 141.

Per la necessità di un «intervento legislativo di radicale scelta di campo, che dica a chiare lettere se alle operazioni militari all'estero si applichino o no le norme che prevedono i reati contro le leggi e gli usi della guerra; cioè quelle norme (...) che costituiscono, ancora oggi, una esemplare espressione del diritto umanitario ed una rassicurante garanzia contro il rischio che i conflitti armati degenerino nell'atroce annientamento di ogni regola di umana convivenza», cfr. già V.N. DIANA, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte militare di appello*, 4 febbraio 2008, pp. 16-17, il quale peraltro si esprime a favore di una soluzione interpretativa compatibile con il rispetto del diritto umanitario bellico.

I diritti umani
nel post-conflict peacebuilding

| Gabriella Venturini * |

Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani

Il ruolo delle donne nella ricostruzione della pace

SOMMARIO: 1. Processi di pace e dimensione di genere. – 2. Le donne nei conflitti armati. – 3. Le donne nelle trattative di pace. – 3.1. Le reti di donne mediatrici. – 4. Le donne nei processi decisionali post-conflitto. – 5. Le donne nelle operazioni di pace. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Processi di pace e dimensione di genere*

Per discutere il ruolo delle donne nella ricostruzione della pace adottando la prospettiva delle Nazioni Unite si deve prendere come base di partenza il concetto di *gender-responsive peacebuilding*, ossia un processo di pace che tenga conto della dimensione di genere. Si farà dunque riferimento all'ormai consolidata *policy* dell'ONU nota come WPS (*Women, Peace and Security*) che indica le misure dirette a promuovere l'uguaglianza di genere e a rafforzare il ruolo delle donne lungo l'intero ciclo del conflitto. Questo comprende le situazioni di violenza suscettibili di portare a un conflitto armato, la protezione delle vittime del conflitto in atto, i negoziati per la cessazione delle ostilità, la conclusione di accordi di pace e l'assistenza ai paesi nei processi di ricostruzione della pace. In questi ultimi, in particolare, la strategia *gender-responsive* è volta a integrare le diverse esperienze e esigenze di donne e uomini nelle politiche, nei piani economici e sociali dei paesi reduci da un conflitto armato, per conseguire dalla loro esecuzione benefici equilibrati o riequilibranti.

Sulla base delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 1325(2000) e successive¹ si è ormai consolidato nell'ambito delle Nazioni Unite un quadro normati-

* Professoressa emerita, Università degli studi di Milano.

¹ V. https://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards#_WPS_resolutions.

vo e istituzionale rilevante per integrare la dimensione di genere nella ricostruzione della pace. Esso comprende l'Entità delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'affermazione delle donne (*UN Women*) il cui obiettivo è incrementare gli sforzi per combattere le discriminazioni di genere nel mondo e promuovere l'uguaglianza di genere espandendo le opportunità delle donne e degli uomini come partner e beneficiari dello sviluppo, dei diritti umani, dell'azione umanitaria, della pace e della sicurezza² e l'Architettura per la costruzione della pace (*United Nations Peacebuilding Architecture*, PBA) la quale assiste i paesi che escono da un conflitto nell'identificare strategie, mobilitare risorse e stabilire priorità per la ricostruzione della pace e prevede una proporzione di risorse da assegnare a progetti che vadano a beneficio delle donne e dell'uguaglianza di genere³. Tuttavia, dopo alcuni anni di notevole dinamismo accompagnato da un'intensa attività di studio e di *lobbying*, sembra che lo slancio originario di questi organismi sia diminuito e, soprattutto, non sia riuscito a influire in modo determinante sulla prassi e sull'allocazione delle risorse per l'inclusione delle donne⁴.

2. Le donne nei conflitti armati

La *policy* delle Nazioni Unite in tema di ricostruzione della pace si rivolge soprattutto alle situazioni che derivano da conflitti armati non internazionali, i quali costituiscono la grande maggioranza dei conflitti contemporanei. Si deve però tenere presente che la distinzione fra conflitti armati internazionali e non internazionali – tuttora fondamentale ai fini dell'applicazione del diritto in-

Oltre all'Assemblea generale e al Consiglio di sicurezza, la Commissione per il *peacebuilding* e il Consiglio per i diritti umani svolgono un ruolo rilevante, nell'ambito delle rispettive competenze, per la prevenzione dei conflitti e il mantenimento della pace.

² A partire dal 1997 l'Ufficio del Consigliere speciale del Segretario generale per le questioni di genere e l'avanzamento delle donne (OSAGI) opera al fine di promuovere e rafforzare l'effettiva attuazione della Dichiarazione del Millennio, la Dichiarazione e la Piattaforma d'azione di Pechino e il Documento finale della sessione speciale dell'Assemblea generale su Pechino+5. Nel 2010 OSAGI è confluito in *UN Women* (www.unwomen.org).

³ La PBA è stata varata nel 2005 mediante due risoluzioni adottate contemporaneamente dall'Assemblea generale e dal Consiglio di sicurezza (n. 1645 del 20 dicembre 2005; n. 180 del 30 dicembre 2005) ed è costituita da tre organismi: la Commissione, l'Ufficio e il Fondo per la costruzione della pace (*Peacebuilding Commission, Peacebuilding Support Office e Peacebuilding Fund*). V. *The United Nations Peacebuilding Architecture*, https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org.peacebuilding/files/documents/pbso_architecture_flyer.pdf. Essa è stata oggetto di un primo rapporto di riesame nel 2015 e un nuovo riesame è previsto durante la 47ª sessione dell'Assemblea generale nel 2020. V. in proposito T.L. TRYGGESTAD, *The UN Peacebuilding Commission and Gender: A Case of Norm Reinforcement*, in *International Peacekeeping*, 2010, 2, pp. 159-171.

⁴ V. T.L. TRYGGESTAD, *The gender(ed) impact of the Peacebuilding Architecture*, in C. DE CONING-E. STAMNES (eds.), *UN Peacebuilding Architecture: The First 10 Years*, Londra-New York, 2016, pp. 97-108.

ternazionale umanitario – non ha molto senso quando viene riferita alla condizione delle donne, le quali si trovano in entrambi i casi ad affrontare circostanze del tutto analoghe⁵. Sussiste al riguardo un diffuso stereotipo che inquadra *by default* la donna nella categoria “vittime”, spesso associandola a altri gruppi “deboli” come nelle correnti espressioni *women-and-children*, *women-and-girls*, che costellano le risoluzioni onusiane. In verità le donne sono presenti in molti conflitti armati in qualità di combattenti, sopportandone i rischi al pari degli uomini – anche se, normalmente, gli obiettivi e le strategie della lotta sono stabiliti dalle gerarchie maschili. Come civili, invece, le donne sostengono il peso maggiore delle privazioni derivanti dalla guerra; l’assenza, la sparizione, la morte degli uomini delle loro famiglie le pone generalmente in condizioni d’inferiorità e impotenza, esponendole ad abusi e violazioni dei loro diritti comprese le più gravi forme di crimini sessuali; sovente sono costrette a spostarsi per sfuggire ai pericoli del conflitto, venendo così a trovarsi lontane dai luoghi dove sono abituate a muoversi e dalle comunità che normalmente offrono loro sostegno. Ma proprio queste circostanze portano le donne ad assumere nuovi ruoli di lavoro e responsabilità di capifamiglia, che riescono ad assolvere con capacità ed energia – anche se raramente riescono a mantenerli quando le ostilità hanno termine⁶. In particolare, nella maggior parte dei casi le donne rimangono escluse da quella lunga e complessa fase di incontri, trattative e negoziati veri e propri nei quali sono coinvolti i leader militari, politici, religiosi e altre parti interessate, allo scopo di pervenire ad accordi che pongano fine al conflitto avviando il processo vero e proprio di ricostruzione della pace. Ma è proprio nel corso di tali processi negoziali che le donne possono farsi portatrici di istanze specifiche che spesso non trovano adeguata considerazione nella stesura degli accordi di pace – basti pensare alla reintegrazione e reinserimento nella società civile delle donne che hanno preso parte in qualità di combattenti alla lotta armata, o alle misure contro la violenza di genere. Le proposte delle donne, che scaturiscono da una diversa consapevolezza delle cause e delle conseguenze del conflitto, sono per questo suscettibili di tradursi in soluzioni più complete e sostenibili.

⁵ Sulla percezione femminile della guerra e della pace e sull’immagine della donna nel diritto internazionale dei conflitti armati v. C. CHINKIN, *Women and Peace: Militarism and Oppression*, e J. GARDAM, *The Law of Armed Conflict: a Feminist Perspective*, in K.E. MAHONEY-P. MAHONEY, *Human Rights in the Twenty-first Century*, Dordrecht-Boston-Londra, 1993, pp. 405-418 e 419-436, rispettivamente.

⁶ La complessità delle situazioni e delle sfide che le donne si trovano a fronteggiare nei conflitti armati è analizzata da M. HAERI-N. PUECHGUIRBAL, *From helplessness to agency: examining the plurality of women’s experiences in armed conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 2010, 877, pp. 103-122, e C. LINDSEY, *Women facing war*, Ginevra, 2001, pp. 28-32.

3. Le donne nelle trattative di pace

Nel corso degli anni recenti una serie di ricerche ha raccolto e analizzato dati che portano a concludere come il coinvolgimento delle diverse componenti della società civile nei negoziati di pace intesi a porre termine a un conflitto armato sia vantaggiosa per il loro successo e per la durata dei conseguenti accordi⁷. In questa prospettiva si rileva il ruolo positivo delle donne e dei gruppi femminili, quando a esse viene data la possibilità di contribuire a questa prima fase della ricostruzione della pace, che può durare anni e si articola secondo schemi tradizionali e palesi ma anche in forme meno strutturate, meglio rispondenti allo specifico contesto di ciascuna trattativa⁸.

Con specifico riguardo al ruolo delle donne, questo può manifestarsi in forme diverse e secondo una scala di intensità differenziata. La partecipazione diretta a negoziati formali e alla firma di un accordo di pace è il caso in cui si rileva il più stretto e positivo legame con la durata della pace, ma è assai poco frequente⁹. La presenza di organizzazioni femminili con status di osservatore nelle conferenze di pace può anche rivelarsi una via efficace, a patto che esse riescano a collegarsi con una parte disposta a portare al tavolo negoziale le loro istanze¹⁰. Più spesso, il ruolo delle donne si esprime attraverso modalità flessibili come consultazioni informali, interventi in comitati e gruppi di lavoro e campagne di sensibilizzazione. Ancorché prive di veste ufficiale, queste forme di partecipazione possono rivelarsi incisive e tradursi nella formulazione di accordi che tengono in considerazione la dimensione di genere¹¹.

⁷ V. per tutti D. NILSSON, *Anchoring the Peace: Civil Society Actors in Peace Accords and Durable Peace*, in *International Interactions*, 2012, 2, pp. 243-269. Utilizzando dati relativi ai processi di pace successivi alla fine della “guerra fredda” l’autrice conclude inoltre che l’inclusione della società civile influisce positivamente sulle prospettive di pacificazione anche nelle società non democratiche.

⁸ V. M. O’REILLY-A.Ó. SÚILLEABHÁIN-T. PAFFENHOLZ, *Reimagining Peacemaking: Women’s Roles in Peace Processes*, International Peace Institute, June 2015, <https://www.ipinst.org/wp-content/uploads/2015/06/IPI-E-pub-Reimagining-Peacemaking.pdf>; C. DUNCANSON, *Gender and Peacebuilding*, Cambridge, 2016, pp. 104-110; J. KRAUSE-W. KRAUSE-P. BRÄNFORS, *Women’s Participation in Peace Negotiations and the Durability of Peace*, in *International Interactions*, 2018, 6, pp. 985-1016; COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, *Women’s Participation in Peace Processes*, Updated January 30, 2019, <https://www.cfr.org/interactive/womens-participation-in-peace-processes>; J. TRUE-Y. RIVEROS-MORALES, *Towards inclusive peace: Analysing gender-sensitive peace agreements 2000-2016*, in *International Political Science Review*, 2019, 1, pp. 23-40.

⁹ V. M. O’REILLY-A.Ó. SÚILLEABHÁIN-T. PAFFENHOLZ, *Reimagining Peacemaking*, cit. *supra*, n. 8, pp. 13-14; J. KRAUSE-W. KRAUSE-P. BRÄNFORS, *Women’s Participation in Peace Negotiations*, cit. *supra*, n. 8, pp. 987-98. Sino a oggi, però, solo due donne: Miriam Coronel Ferrer nelle Filippine e Tzipi Livni in Israele hanno condotto negoziati di pace come capi delegazione. V. COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, *Women’s Participation in Peace Processes*, cit. *supra*, n. 8.

¹⁰ V. M. O’REILLY-A.Ó. SÚILLEABHÁIN-T. PAFFENHOLZ, *Reimagining Peacemaking*, cit., *supra*, n. 8, p. 15.

¹¹ V. J. TRUE-Y. RIVEROS-MORALES, *Towards inclusive peace*, cit. *supra*, n. 8, pp. 25-28. Esempio

3.1. Le reti di donne mediatrici

La valorizzazione del ruolo delle donne nelle trattative per la conclusione degli accordi di pace ha trovato espressione in una serie di iniziative volte a sostenere le strategie di mediazione nei processi di risoluzione di un conflitto, affidando alla società civile, e in special modo alle donne, il compito di assistere le parti nel circoscrivere o risolvere il conflitto o alcuni suoi aspetti. Queste strategie contribuiscono ad allargare la base sociale coinvolta nel processo di pace, rafforzandone così la credibilità e legittimità.

Operano in questa prospettiva le reti di donne mediatrici costituite sia dietro impulso di governi, sia di associazioni non governative, soprattutto (anche se non esclusivamente) femminili. Le più consolidate sono *Women Mediators across the Commonwealth* (WMC), una piattaforma che gestisce lo scambio e l'apprendimento tra pari di donne mediatrici provenienti dai paesi del Commonwealth nell'ambito dell'organizzazione non governativa *Conciliation Resources*, con l'obiettivo di promuovere una maggiore rappresentanza femminile nei processi di pace a livello globale¹² e *Femmes Africa Solidarité* (FAS), associazione femminile fondata da parte di donne leader provenienti da diversi paesi africani e rappresentative di diverse professioni, per promuovere il ruolo guida delle donne nella prevenzione, gestione e risoluzione dei conflitti nel continente africano in particolare tramite missioni di pace e di solidarietà¹³. FAS ha intrapreso "missioni di pace e di solidarietà" in Liberia, Sierra Leone e Burundi e coopera con istituzioni regionali e sub-regionali, quali l'ECOWAS, l'Autorità intergovernativa per lo sviluppo e la Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale.

Di formazione più recente sono *Nordic Women Mediators* (NWM), *African Women Mediators (FemWise-Africa)* e *Mediterranean Women Mediators Network* (MWMN). Nel primo caso si tratta di una federazione di gruppi di professioniste e professionisti attivi nei cinque paesi nordici¹⁴. *FemWise-Africa*, invece, è stata costituita da una decisione dell'Assemblea dei Capi di Stato dell'Unione Africana come meccanismo sussidiario del "Panel of the Wise" nel contesto dell'Architettura africana di pace e di sicurezza (APSA)¹⁵. Infine, la Rete di

pi in questo senso sono offerti in proposito dalla prassi di paesi africani (Repubblica Democratica del Congo, Uganda) e latino-americani (Colombia): v. ISTITUTO INTERNAZIONALE DI DIRITTO UMANITARIO, *L'integrazione della prospettiva di genere nelle operazioni internazionali*, a cura di G. VENTURINI, Sanremo, 2020, pp. 91-92.

¹² V. CONCILIATION RESOURCES, *Women Mediators across the Commonwealth (WMC)*, <https://www.c-r.org/where-we-work/global/women-mediators-across-commonwealth>.

¹³ V. <https://www.genreenaction.net/Femmes-Africa-Solidarite-F-A-S.html>, e C. GEORGE, *Engendering the Peace Process in Africa*, Ginevra, 2001, pp. 225-226, <https://books.openedition.org/iheid/6158>.

¹⁴ V. PEACE RESEARCH INSTITUTE OSLO (PRIO), *Nordic Women Mediators (NWM)*, novembre 2015, <https://www.prio.org/Projects/Project/?x=1725>.

¹⁵ V. Assembly/AU//Dec.642-664 (XXIX) Rev. 1; Assembly/AU//Decl.1-4 (XXIX); Assembly/

donne mediatrici nell'area mediterranea è stata promossa dal ministero italiano degli affari esteri e della cooperazione internazionale¹⁶. È ancora presto per tracciare un bilancio dell'effettività di queste iniziative, che comunque svolgono una fondamentale funzione di collegamento fra le persone e le associazioni delle società civili che si muovono nella complessa realtà dei processi di pace.

4. *Le donne nei processi decisionali post-conflitto*

Nel corso della ricostruzione vera e propria il ruolo delle donne è fondamentale per tracciare le caratteristiche di un sistema socio-politico post-conflitto che offra loro sicurezza e uguali opportunità. È questa la fase decisiva per assicurare a esse l'accesso alle opportunità offerte dalla ripresa delle normali relazioni economiche e sociali nel paese, per esempio in tema di salute pubblica, istruzione, accesso all'informazione e ai servizi di pianificazione familiare, materna e riproduttiva, alla formulazione dei suoi nuovi assetti legislativi e alla giustizia riparatrice. Inoltre, è in questa fase che può e deve essere pianificata l'adozione di misure specifiche a favore dell'uguaglianza di genere.

La dimensione di genere quale elemento fondamentale del *peacebuilding* appare saldamente radicata nel contesto onusiano a partire dalla Risoluzione n. 1889/2009 nella quale il Consiglio di sicurezza, esprimendo la sua preoccupazione per le difficoltà incontrate dalle donne nella vita pubblica in contesti post-conflittuali, ha esortato gli Stati membri e le organizzazioni internazionali a valorizzare il ruolo delle donne nei processi decisionali politici e economici sin dalle prime fasi della ricostruzione, a partire dalla pianificazione e gestione degli aiuti¹⁷. In questa prospettiva è stata finalmente superata, almeno nella narrazione ufficiale, la tradizionale percezione "passiva" delle donne come categoria di "persone vulnerabili", portando invece alla luce il loro potenziale in quanto agenti e protagoniste attive della propria emancipazione sociale, economica e politica¹⁸.

AU//Res.1 (XXIX) (https://au.int/sites/default/files/decisions/33559-assembly_au_dec_642_-_664_xxix_e_1.pdf), e Y. MAHMOUD, *Can FemWise-Africa Make Mediation Work for Sustaining Peace?* In *IPI Global Observatory*, giugno 7, 2018, <https://theglobalobservatory.org/2018/06/can-femwise-make-mediation-work-sustaining-peace/>.

¹⁶ La creazione della rete MWNM è stata prevista dal terzo Piano d'Azione Nazionale italiano (PAN) su Donne, pace e sicurezza relativo al periodo 2016-2019. V. <https://womenmediators.net/>.

¹⁷ N. 1889 (2009) del 5 ottobre 2009, par. 1, seguita dal Rapporto del Segretario generale *Women's participation in peacebuilding* (A/65/354-S/2010/466 del 7 settembre 2010), che si diffonde sulle azioni necessarie per dare attuazione al *gender-responsive peacebuilding* (parr. 12-24). Fra le successive Risoluzioni WPS che insistono in particolare su questi aspetti v. n. 2106 (2013) del 24 giugno 2013; n. 2122 (2013) del 18 ottobre 2013; e n. 2493 (2019) del 29 ottobre 2019.

¹⁸ V. L.J. SHEPHERD, *Women's Participation in Peace building: Lessons from the UN*, Australian Institute of International Affairs, *Australian Outlook*, 19 January 2016, <https://www.internationalaffairs.org.au/australianoutlook/womens-participation-in-peacebuilding/che>.

Nonostante l'abbondanza di raccomandazioni e rapporti sul tema della piena partecipazione delle donne alla ricostruzione della pace, però, è difficile valutare lo stato del progresso verso tale traguardo nelle variegata realtà post-conflittuali. Del resto, la ricostruzione della pace comprende fasi eterogenee (come disarmo, smobilitazione e reinserimento degli/delle ex-combattenti) ma anche obiettivi di più ampio respiro come democrazia, sicurezza, sviluppo economico, giustizia. Spetta dunque alle società che escono da un conflitto trovare nelle loro dinamiche interne lo spazio per la crescita del contributo femminile che è riconosciuto indispensabile alla riuscita della pacificazione.

5. Le donne nelle operazioni di pace

Per apprezzare in modo più concreto il ruolo delle donne nella ricostruzione della pace è utile fare riferimento alle operazioni internazionali di natura militare, civile o di polizia svolte sotto l'egida delle Nazioni Unite o di organizzazioni regionali (specialmente le organizzazioni regionali africane) sulla base di mandati complessi che comprendono la protezione dei civili, il sostegno alle autorità nazionali nella ricostruzione post-bellica, la garanzia della sicurezza e dell'ordine interno nel territorio del paese ospitante, l'assistenza al ripristino dei servizi di base e dello Stato di diritto¹⁹.

Vi è oggi un vasto consenso circa l'importanza del ruolo delle donne nelle operazioni internazionali di pace. Diverse motivazioni sono portate a sostegno di questa opinione. Innanzitutto, e per varie ragioni, le donne facilitano i contatti della missione internazionale con la società civile del paese ospitante – in particolare, con la sua componente femminile²⁰ – in quanto esse vengono tradizionalmente percepite come presenze benevole e non ostili nei confronti della comunità locale. Inoltre, la donna *peacekeeper* rappresenta per la popolazione locale un modello di ruolo femminile autonomo ed emancipato, in grado sia di provvedere alla propria sicurezza, sia di proteggere quella di altre persone²¹. Ciò avviene soprattutto con riferimento alle componenti di polizia, che svol-

¹⁹ Tali operazioni, a seconda del loro mandato istitutivo, possono essere qualificate come *peacekeeping*, *peacebuilding*, *peacemaking* e sono accomunate dal consenso dello Stato ospitante, al contrario delle operazioni coercitive di *peace enforcement*. V. ISTITUTO INTERNAZIONALE DI DIRITTO UMANITARIO, *L'integrazione della prospettiva di genere nelle operazioni internazionali*, cit. *supra*, n. 11, p. 15.

²⁰ Per esempio, è noto che in alcune culture solo l'intervento di una donna *peacekeeper*, agente di polizia, medico, infermiera, consente alla missione di entrare in contatto con le donne del paese ospitante, interrogarle, ma anche proteggerle, curarle e conquistare la loro fiducia.

²¹ V. J. JOHNSON-FREESE-G. BHARDWAJ, *20 Years Promoting Women in Peace and Security*, Chatham House, 6 March 2020, p. 3, <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/20-years-promoting-women-peace-and-security>.

gono compiti fondamentali per garantire il rispetto dei diritti umani, perseguire i reati contro le donne e migliorare il sostegno e l'accesso alla giustizia²².

In verità la presenza delle donne nelle operazioni internazionali è bensì in aumento, ma con una certa difficoltà. Nelle missioni delle Nazioni Unite, partendo da una percentuale irrilevante nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è arrivati attualmente a raggiungere quasi il 5% nei contingenti militari e più del 10% nelle componenti di polizia²³. Ma la formazione delle forze di pace e la loro composizione in termini di genere dipende dagli Stati che vi contribuiscono; la politica del *gender mainstreaming*, tenacemente promossa dalle Nazioni Unite e dalle organizzazioni regionali, tende dunque a rimanere in gran parte un apprezzabile esercizio concettuale, che però stenta a trasferirsi nella pratica²⁴.

6. Considerazioni conclusive

L'obiettivo di ricostruzione della pace nei paesi che escono da un conflitto armato non può essere conseguito senza la piena partecipazione delle donne. Questa deve iniziare durante i negoziati di pace, nel corso dei quali le donne e i gruppi femminili possono farsi portatrici di istanze specifiche che altrimenti non troverebbero adeguata considerazione. Il coinvolgimento delle donne nella fase negoziale, attraverso meccanismi sia ufficiali sia informali, favorisce la sostenibilità e la durata dei conseguenti accordi. Esso è d'altra parte necessario affinché i nuovi assetti socio-politici, economici e legislativi post-conflitto garantiscano alle donne sicurezza, salute, uguali opportunità, accesso all'istruzione, all'informazione e ai servizi di pianificazione familiare, materna e riproduttiva e alla giustizia riparatrice, nonché la piena partecipazione a tutti i processi decisionali che possono portare allo sviluppo di democrazia, sicurezza, sviluppo economico, giustizia.

Nel nuovo millennio si sono moltiplicate le iniziative per promuovere il

²² V. L. KUMALO-R. PANERAS, *Women in Peace Operations: The Unsung Champions Of Human Rights*, in *Global Peace Operations Review*, March 29, 2016, <https://peaceoperationsreview.org/commentary/women-in-peace-operations-the-unsung-champions-of-human-rights/>.

²³ I dati sono tratti da <https://peacekeeping.un.org/en/women-peacekeeping> e <https://peacekeeping.un.org/en/gender>. Questo cambiamento è senz'altro dovuto all'impulso dato dalla Risoluzione n. 1325. V. C. DUNCANSON, *Gender and Peacebuilding* cit. *supra*, pp. 19 ss., p. 31 ss.

²⁴ V. K. CRAWFORD-J. MACDONALD, *Establishing a Marketplace of Women in Peacekeeping. An Analysis of Gender Mainstreaming and Its Viability in United Nations Peacekeeping Operations*, in *Air and Space Power Journal-Africa and Francophonie* – 1st Quarter 2013, pp. 80-96. Per un esempio recente v. S. MENBERU, *Women in Peacekeeping Missions in Africa: The Case of the Ethiopian Army deployed in Abyei (Sudan/South Sudan border)*, in *Lamenparle*, 23 January 2019, <https://lamenparle.hypotheses.org/978>.

ruolo delle donne nella fase di ricostruzione della pace, sia mediante la creazione di reti internazionali operanti nella risoluzione dei conflitti, sia soprattutto da parte delle Nazioni Unite, in special modo attraverso il *gender mainstreaming* che mette in risalto del ruolo delle donne nelle operazioni internazionali.

Sembra però che nell'ultimo decennio la *policy* avviata all'inizio del millennio con la Risoluzione n. 1325/2000 per integrare la dimensione di genere nella ricostruzione della pace abbia perduto parte del suo slancio e non sia riuscita a influire in modo determinate sui comportamenti degli attori rilevanti. Questi, infatti, muovendosi in prevalenza nell'ambito delle società che escono da un conflitto, sono condizionati dalla cultura dominante e rispondono a dinamiche interne nell'ambito delle quali lo spazio per la crescita del contributo femminile spesso rimane limitato. E anche la possibilità di modificare radicalmente queste situazioni attraverso misure e politiche elaborate a livello internazionale è limitata. Esse però mantengono la funzione essenziale di aprire prospettive e gettare le basi per lo sviluppo di strategie nazionali che possano realizzare il ruolo essenziale delle donne nei processi di ricostruzione della pace.

| Alessandro Diotallevi* |

I diritti umani nell'amministrazione della giustizia nello ius post bellum

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verso un traguardo mobile. – 3. De-brutalizzare lo *ius post bellum*. – 4. Obiettività e imparzialità, umanità e rigore: il trattamento di imputati e parti civili. – 5. Verso una proposta: la mediazione culturale. – Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Amartya Sen, tra gli altri grandi meriti che gli vanno ascritti ne annovera uno che a mio avviso sovrasta tutti gli altri, quello di aver ripreso, senza indulgere in roboanti dichiarazioni di fine, la proiezione valoriale dell'ideale di giustizia. Lo fa con un tratto e con parole umanizzate che al fondo lo accomunano ad ogni singola persona che, a suo modo, manifesta la necessità di giustizia. Si deve aggiungere, oltre alla astratta tensione universalistica della riflessione di Sen, la territorializzazione di quella domanda che prende cittadinanza in una sfera oggi largamente abusata, via via che se ne avverte l'affermazione in concreto, quella globale. Di talché, il punto di partenza di questa breve riflessione che, non lo dimentico, deve mettere radice nel campo larghissimo delle politiche di pace, è costituito proprio da una sua affermazione, la seguente: «*l'interrogativo che qui ci dobbiamo porre è: quali riforme internazionali sono necessarie per rendere il mondo un po' meno ingiusto?*».

La risposta più banale, per una volta, è anche la più persuasiva. Dovrebbero adottarsi politiche generalissime di bilanciamento dei diritti e dei doveri, non mediate da istituzioni intermedie (chiamate non a generarle, bensì ad amministrarle), che, tendenzialmente potrebbero assorbire le pulsioni verso le guerre. Poiché la storia ci tramanda la lezione del perenne non avveramento delle speranze della pace, per forza di cose bisogna indirizzarsi a politiche di riduzione

* Avvocato, già Consigliere della Camera dei deputati, mediatore.

dei rischi e dei danni. Danni che, patiti da singole persone, coinvolgono in termini di responsabilità l'intera umanità.

Metodologicamente, ciò significa scegliere tra l'opzione istituzionalistica, quella rappresentata da Rawls e Dworkin, fra gli altri, della giustizia come equità, quella per intenderci dei giusti procedimenti istituzionali (compreso il giusto processo), alla quale si deve molto rispetto ma che non soddisfa l'ideale di giustizia, ovvero l'opzione alternativa della teoria della scelta sociale (da Condorcet allo stesso Sen), sostanziato nella concretezza delle realizzazioni per l'umanità e per ciascuno dei suoi componenti.

Nella complessità di pensiero di questi giganti della filosofia ci si deve muovere con molta cautela e non avanzare azzardate semplificazioni. E però, è consentito spiegare il senso della preferenza esercitata. In questo caso, e per i fini della presente riflessione, ciò che è più convincente della teoria della scelta sociale rispetto alla teoria della giustizia come equità è costituito proprio dalla osservazione che le istituzioni giuste, che pure sono configurazioni reali, non hanno una naturale proiezione internazionale. Senza mancare di riguardo ai tribunali che sono stati costituiti nella prospettiva dei fini generali delle Nazioni Unite, al momento, e chissà per quanto tempo ancora, non solo è più intuitiva, ma è più vicina al vero la rilevazione di una intrinseca giustizia dei diritti umani, anche al limitare della loro mera affermazione di esistenza, piuttosto che di una giustizia procedurale, per sua natura assorbita nella realtà del funzionamento degli Stati. Con immagine riassuntiva, è assai più ampia la dimensione dei diritti umani di quanto sia la giustizia delle istituzioni e dei loro procedimenti formalizzati.

Una seconda considerazione introduttiva va fatta. Trovo particolarmente complesso assegnare un ambito ricostruttivo della relazione tra diritti umani e *ius post bellum* se non lo si raffiguri in stretta congiunzione con lo *ius ad bellum* e lo *ius in bello*, ferma, ovviamente, la valutazione che deve farsi del fatto come parte finale di un *continuum* tra le cause della guerra, il suo svolgimento, le conseguenze e la loro valutazione ai fini dell'accertamento delle responsabilità.

Anche qui va compiuta una scelta di campo. Se "grozianamente" è legittimo avvelenare frecce ed altre armi, pur in regime di trasparenza, forse di lealtà, mentre "gentilianamente" si tratta comunque di una pratica barbara, umanamente regressiva, allora i diritti umani violati in tempo di guerra, con o senza violazione delle regole d'ingaggio, da considerarsi alla luce del diritto sostanziale previgente lo stato di guerra, nascono come destinatari di giustizia dopo la guerra, a causa della guerra, o sono gli stessi dell'anteguerra? E chi deve giudicare dei casi di loro violazione, lo farà secondo principi di diritto preesistenti o secondo nuovi principi insorgenti in conseguenza dell'esito della guerra?

Se si ha una preferenza "groziana", i diritti violati dall'uso di armi che moltiplicano la loro efficienza devastatrice, troveranno un difficile riconoscimento

qualora si siano seguite procedure legali (quelle del diritto prebellico, comunque da considerarsi *ad bellum*). Ma la preferenza “groziana” quale involucro legale avrà? Viceversa, se si condividerà la prospettiva “gentiliana”, dovrà darsi per scontata la condanna di chi avrà violato i diritti umani per l’uso di strumenti elettivamente destinati alla propagazione dei loro effetti di devastazione ovvero dovrà essere chiamata la responsabilità di chi quegli strumenti ha autorizzato o realizzato, in tempo di pace?

È un campo quello in cui ci addentriamo in cui vorremmo tanto imbatterci nell’*eunomia* solonica. Ma davvero sembra impossibile. Come ipotizzare la ricomposizione della legge con la giustizia nel clima arroventato del *post bellum*? Eppure, è un obiettivo.

Davvero la giustizia misura la salute della società e la giustizia dei diritti umani misura la salute della comunità internazionale. Ed infatti, ci troviamo in una contingente e perdurante condizione di disagio, poiché abbiamo verificato direttamente e verificiamo costantemente la supremazia degli interessi politici ed economici sui diritti umani.

Facciamo un passo indietro nella storia del diritto. Si diceva tra i greci (Eraclito) che la legge fosse il bastione invalicabile della polis. Secoli dopo, sarà per la crisi del giuspositivismo, quella fiducia s’è sfaldata. Rapportata agli Stati, la legge è divenuta una delle tante armi di difesa degli interessi (volutamente sfuggo alla tentazione di scrivere interesse generale) che deve contendere l’esercizio del suo ruolo a poteri che scavalcano le frontiere e raccolgono consenso evidente, ancorché non espresso con le categorie e le salvaguardie dei procedimenti della democrazia.

Con questa situazione di fatto i diritti umani debbono fare i conti.

2. *Verso un traguardo mobile*

Per analizzare correttamente il concetto di “tutela dei diritti umani” nell’ambito di un processo ricompositivo della giustizia post conflitti armati, è necessario farsi strada nell’intricata selva di leggi, poteri giudiziari, desideri di pacificazione, relazioni internazionali, diplomazie, ciascun aggregato con il proprio carico, storico o contingente, di sentimento e sentimentalismo, di orrore e desiderio di vendetta, di impulso repressivo e punitivo. Possiamo convenire che, inevitabilmente, gli accertamenti giudiziari, le procedure riconciliative, il *peace-keeping* (qui assunto come un tutt’uno, ma in realtà, a sua volta, rappresentabile in mille diverse configurazioni) finiscono per operare e muoversi in un magma sobbollente di cui non sempre le maglie inevitabilmente generali ed astratte della legge riescono a smorzare i fumi di superficie ed i bollori di profondità.

Se ci si accontenta di ripristinare, dopo la guerra, un equilibrio che non faccia i conti fino in fondo con la rottura dei valori umani fondamentali allora, ef-

fettivamente, sarà sufficiente ripristinare la legalità ordinaria, sarà sufficiente trasformare la brutalità in delitto, sarà sufficiente risarcire il dolore ricevuto da parte di chi lo ha provocato. Sarà sufficiente ricercare la verità là dove sia possibile farlo. Tutto questo corrisponde alla “perpetua storia delle regole governanti l’umana convivenza”, per usare una straordinaria frase di sintesi di Natalino Irti. Effettivamente, nel tempo straordinario di un dopoguerra la giustizia si trova a ballare tra due movimenti ondulatori, entrambi formalmente legali, l’uno dei quali ha ispirazione conservativa delle norme vigenti, l’altro ha ispirazione trasformatrice della legislazione. Nella complessa vicenda del dare giustizia ai diritti umani, in una fase *post bellum*, davvero si compie il destino della riunificazione della giustizia con la legge. Ma si compie?

Proviamo a verificarlo, e cominciamo dividendo questa analisi in tre punti fondamentali, da esplorare separatamente per giungere a conclusioni interconnesse.

Partiamo dal processo come sede elettiva di ripristino della giustizia, anche per i diritti umani violati. Questo corrisponde a quello che ho appena definito l’approccio conservativo. Quale migliore tutela di quella dei giudici nei tribunali? Senza ricorrere però ad una *fictio iuris*. La natura stessa del processo, del Tribunale, porta con sé la pesante eredità storica di sede primaria delle più atroci violazioni dei diritti umani più basilari.

Nel corso dei secoli, l’uomo ha eletto, più o meno consapevolmente, la sede di accertamento e repressione dei crimini a temibile carnefice, sordo a qualsiasi forma di umanità e, senza timore di esagerare, di giustizia. Basta scorrere un libro di storia di qualsiasi epoca neanche troppo remota per trovare traccia degli abusi, dei giudizi sommari e delle violazioni in danno delle più disparate categorie umane in sede di giudizio. Un esempio: il più evidente. La tortura è stata lungamente considerata il mezzo più efficace ed affidabile per ottenere una confessione, e tutori della legge di ogni epoca, anche ai nostri giorni, ne hanno fatto largo uso con creativa efficienza.

Consapevole degli errori del passato, il giurista moderno si stringe orripilato nelle spalle al solo pensiero dei crimini commessi dai suoi predecessori, ma l’ombra mortifera che ammantava il Tribunale permane nell’opinione pubblica e nelle coscienze collettive, rendendo ogni processo un delicatissimo gioco di equilibrio tra interessi contrapposti, che neanche l’ormai collaudatissimo principio del *favor rei* in una con le regole costituzionalizzate del giusto processo immunizza dal rischio di grida al massacro.

Il che ci traghetta agevolmente verso il secondo punto: la determinazione nel perseguire i crimini di guerra sotto la specie di violazione dei diritti umani nel rispetto dei diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti, inclusi quelli che i criminali di guerra non hanno avuto l’umanità di garantire alle proprie vittime.

Chi giudica a seguito di un conflitto armato non ha il compito di rimettere

ordine in una stanza disordinata, ma di ricostruire dalle fondamenta un palazzo ridotto ad un cumulo di macerie, fino al più piccolo pezzo di intonaco. Sono tali e tanti i capi di imputazione con cui il Tribunale deve confrontarsi, da rendere necessari un rigore ed una meticolosità scevri di concessioni agli umani sentimenti di compassione. E tuttavia, i risvolti umani connessi alle atrocità di un conflitto armato interpretano un ruolo tutto fuorché marginale nel giudizio. Gli orrori subiti dalle vittime, le terrificanti descrizioni e ricostruzioni nelle quali il Tribunale deve tassativamente scavare a mani nude, non possono che suscitare ribrezzo e desiderio di vendetta anche nel più insensibile degli uomini. E tuttavia, questa è una pericolosa indulgenza che è vietato concedersi e concedere, perché filtrerebbe nelle modalità di accertamento del crimine, avvelenando il rapporto con l'imputato e conducendo alla più grave delle violazioni possibili in sede di giudizio: la perdita dell'imparzialità. In parole povere, un Tribunale è chiamato a valutare un accusato garantendo il suo diritto alla difesa ed una valutazione oggettiva delle sue azioni. Non trovano spazio le inclinazioni vendicative e i giudizi morali di natura personale.

Non bisogna poi tralasciare, in questa analisi, la fragile posizione di testimoni e parti civili, tanto fondamentali all'accertamento dei fatti quanto minate e compromesse intimamente per essere state le vittime dei suddetti fatti. Condurre figure già traumatizzate attraverso il tortuoso dedalo della giustizia può facilmente tramutarsi in una violazione dei diritti umani in sé, perché espone le vittime dei crimini all'esperienza di rivivere le sofferenze subite. Sicché, nei loro confronti il processo, nel suo svolgersi, diviene una pena irrogata nei loro confronti, una pena irrogata nei confronti delle parti lese. Sono necessarie cautela ed umanità nel trattamento di questi soggetti, al fine di non trasformare l'esperienza processuale in una sorta di bagno di dolore. Nonostante l'obiettivo finale sia senza dubbio nei loro interessi, è fondamentale impedire che il percorso per giungervi si trasformi in uno stillicidio, in un accanimento "pseudoterapeutico".

Bisogna infine considerare che parlare di "diritti umani" in termini generali, significa tutto e niente. Per quanto infatti possiamo convenire che espressi a titolo teorico siano abbastanza omnicomprensivi, calati nella realtà pratica la loro genericità si trasforma in una trappola applicativa. È indubbio che differenti popolazioni ed etnie abbiano la propria personalissima concezione ed interpretazione dei diritti umani, che possono divergere anche di molto dalla teoria generale. Pensiamo al caso di alcuni dogmi imposti dalle religioni, ad esempio. È quindi di primaria importanza, nell'ambito di processi che spesso, per le loro intrinseche caratteristiche internazionali, coinvolgono attori appartenenti a diversi gruppi etnici, attribuire un ruolo preponderante alla mediazione interculturale, volta proprio all'interpretazione e all'adattamento dei principi generali al caso specifico. Infatti, subito dopo la guerra non si tratta più di ribadire quanto in essa definito e cioè la supremazia, attraverso la forza, di alcune

ragioni su altre. Il compito modifica radicalmente i ruoli di tutti i protagonisti, vincitori e vinti, e li accomuna, gli uni agli altri, nella ricerca di una giustizia che deve farsi tale pur nella consapevolezza di quanto è avvenuto. In questa giustizia, le condotte umanitarie prevalgono perfino sulla positività normativa.

3. *De-brutalizzare lo ius post bellum*

Come precedentemente anticipato, il rischio che il giudizio post conflitti armati si trasformi in una spettacolare e spettacolarizzata caccia, destinata a spaccare (o ricomporre) l'opinione pubblica e tingere foscamente le operazioni di ripristino della giustizia è alto. Specialmente in circostanze quali il soffocamento di un potere dittatoriale o il contrasto del genocidio, già di per sé profondamente risonanti, è facile scivolare in gogne mediatiche o in rese dei conti *per processum*.

Tuttavia, al fine della tutela dei diritti umani, nonché del buon nome delle corti penali, della essenzialità del loro ruolo nel diritto internazionale, questo deve tassativamente essere evitato. Invero, le linee guida dell'amministrazione della giustizia alla fine del conflitto dovrebbero già essere state tracciate prima dell'inizio del conflitto stesso. Non parlo a caso di linee guida. Tra queste e le leggi di ogni singolo Stato, in questo contesto corrono differenze sensibili. Proprio nelle organizzazioni internazionali, a partire da quella delle Nazioni Unite e via via tutte le altre di portata regionale, tutte tra loro in comunicazione permanente, dovrebbero ricercarsi le linee guida di cui parliamo, a valere in ogni singolo Stato nazionale, allora per ora.

Non bisogna infatti dimenticare che lo *ius post bellum* non è un momento a sé stante della risoluzione del conflitto armato, ma è la fase terminale di un percorso che ha un inizio (*ius ad bellum*) ed una fase intermedia (*ius in bello*) ben precisi.

Nello *ius ad bellum* ritroviamo infatti le motivazioni che legittimano l'esistenza stessa dell'atto di guerra (quali, per l'appunto, il contrasto ad atti di genocidio, a dittature, ecc.) e che esprimono la necessità di un dispiegamento di forze per un fine ultimo di pacificazione.

Durante il conflitto armato, lo *ius in bello* esprime invece i principi di proporzionalità da applicarsi al fine di salvaguardare l'obiettivo finale senza scivolare in condotte scellerate, conservando la tutela dei diritti umani come ultima stella polare.

Sono quindi la moderazione, l'umanità e i principi di *just war* istituiti prima di scendere in campo che devono servire da bussola anche nella fase terminale e risolutiva di amministrazione della giustizia e restaurazione della pace. Viene quasi spontaneo parafrasare una vecchia massima romana, per aggiornarla: *si vis iustitiam, para pacem*.

Ragionando in termini di coerenza con quanto stabilito per lo svolgimento

del conflitto, diventa senza dubbio più agevole per il Tribunale costruire i muri portanti del giudizio, che acquisisce così la linfa vitale necessaria a pervenire a soluzioni proporzionate ed illuminate, torniamo a ripetere, dall'importante obiettivo di ripristino di una pace giusta e, auspicabilmente, duratura.

È proprio il ripristino dei diritti umani la politica di pace che si deve instaurare nel tempo *post bellum*.

La chiarezza e la trasparenza su tale modus operandi sono un ottimo punto di partenza per alleviare il peso di secoli di storia dove l'amministrazione di una cosiddetta 'giustizia dei vincitori' ha utilizzato il momento del giudizio per infliggere agli sconfitti ulteriori punizioni, procedendo ad accertamenti arbitrari ed estorti con brutalità e a condanne sommarie e talvolta finanche sproporzionate.

È importante poi ricordare che alcuni crimini ricadono nell'ambito della giustizia penale militare, in quanto commessi da membri delle Forze armate nell'ambito delle operazioni di guerra, mentre altri, commessi da civili durante il conflitto, da organismi para-militari, o dai militari stessi al di fuori delle operazioni, appartengono alla giurisdizione penale ordinaria. Le norme da applicare in queste due fattispecie sono necessariamente diverse e non devono essere confuse, ma devono convivere per far sì che ogni individuo venga condannato per tutti ma solo per i crimini da lui effettivamente commessi.

Si vorrebbe, quasi, affermato un principio assai duro del vecchio Codice penale per l'esercito (art. 81), quello per il quale «*il militare che avrà un comando qualunque, se prolungherà le ostilità dopo aver ricevuto l'avviso ufficiale della pace, di una tregua o di un armistizio, sarà punito di morte*». Doverosamente presa la distanza dalla sanzione della pena di morte, tuttavia di questa norma colpisce ed esalta il fine ultimo di rafforzare la logica della pace. Trasportato il suo senso alla presente riflessione, dovrebbe in quella fase che abbiamo identificato come preparatoria del ristabilimento dei diritti umani dopo la guerra porsi la norma secondo la quale la pace non tollera la prosecuzione di interventi che ne neghino la logica, ivi compresi quelli eventualmente registrati nelle sedi di giudizio *post bellum*. Lo ripeto, dovrebbe ipotizzarsi una sanzione civile, come in prima esemplificazione potrebbe essere l'estromissione dalla responsabilità del giudizio ove quell'*animus* trasparisse in capo a chi ne ha l'*officium* nella conduzione delle procedure di accertamento delle responsabilità per la violazione *in bello* dei diritti umani.

4. *Obiettività e imparzialità, umanità e rigore: il trattamento di imputati e parti civili*

Come anticipato, un conflitto armato lascia dietro di sé due macro-categorie di individui che prendono parte alla delicata fase processuale: gli imputati e

le parti civili. I carnefici e le vittime. Coloro che devono ricevere la giusta condanna e coloro a cui deve essere garantito risarcimento e riscatto. Tuttavia, in epoca moderna, entrambe queste parti hanno diritto ad un'esperienza processuale caratterizzata dalla tutela dei loro diritti fondamentali, poiché il solo fatto di appartenere al genere umano li rende meritevoli di tale garanzia, a prescindere dal loro operato. Come nel caso del giudizio penale ordinario, davanti a crimini di particolare gravità e compiuti con modalità profondamente offensive, appare difficile per il giudice distaccarsi dalla naturale inclinazione vendicativa che risiede in ogni animo. Non bisogna però dimenticare che, finanche davanti all'assoluta mancanza di pentimento dell'imputato e dalla pervicacia nell'affermare le proprie convinzioni (osservata da svariate Corti nell'ambito dei più disparati processi storici, da Norimberga all'ex-Jugoslavia), il ruolo del giudice rimane comunque sanzionare i fatti attenendosi alle norme, non esprimere giudizi morali.

Una conferma la troviamo nel saggio di Hannah Arendt, *"La banalità del male"*, cronaca del processo del gerarca nazista Adolf Eichmann. La Arendt, possiamo immaginare con quanto intimo strazio, rilevò la violazione dei diritti dell'imputato, il quale fu strumentalizzato dal giovane Stato di Israele, che utilizzò la risonanza mediatica di un processo di caratura internazionale per la propria propaganda politica. Eichmann fu giudicato da uno Stato non imparziale, in quanto i crimini contro l'umanità a lui ascritti erano in realtà crimini contro gli ebrei. Più che di un processo, si trattò in questo caso di un atto di vendetta contro lo stesso nazismo, che per quanto umanamente comprensibile, non è accettabile in una sede di accertamento della giustizia.

Un inquinamento di natura morale potrebbe, inoltre, in estremo paradosso, avere anche conseguenze opposte, non meno gravi.

Se, come teorizzato da Hannah Arendt dopo l'analisi di Eichmann, l'uomo spesso non agisce per indole maligna ma per inconsapevolezza e plagio da parte di individui più forti, un giudizio guidato dalla mera moralità potrebbe, spinto alle estreme conseguenze, concludersi con un'assoluzione massiccia. Ciò dimostra che il pendolo della giustizia deve attenersi rigorosamente e strettamente al rispetto delle norme, lasciando fuori tutti i sentimenti che potrebbero spingere l'ago della bussola verso soluzioni troppo severe o troppo miti.

Un ragionamento parallelo, ma per certi versi antitetico, deve essere operato nei riguardi dei testimoni e delle parti civili, che prendono parte al giudizio in quanto vittime dei crimini di guerra. Naturalmente l'obiettivo è che il processo si concluda per loro soddisfazione, con la punizione dei colpevoli e la restaurazione di una pace giusta in cui possano finalmente prosperare. Tuttavia, è certo che l'accertamento dei fatti necessita dell'essenziale contributo di coloro che ne sono stati l'oggetto. Le testimonianze e le ricostruzioni di ciò che le vittime hanno patito sono fondamentali per circoscrivere i crimini, determinarne la portata e gli effetti e pervenire così ad una soluzione. Non biso-

gna però dimenticare che, esattamente come nel giudizio penale ordinario, spesso il percorso a cui le vittime sono sottoposte per stabilire con esattezza di quali violazioni siano state oggetto è molto penoso, doloroso e può facilmente diventare ingiusto.

Pensiamo ad alcuni crimini particolarmente efferati e dagli effetti devastanti, quale lo stupro. Tale orrenda pratica è stata protagonista di alcuni dei conflitti armati più recenti e ripugnanti, come il genocidio ruandese e il conflitto nella ex-Jugoslavia. In entrambi i casi, il reato di stupro è stato giudicato dalle Corti penali istituite ad hoc non come titolo di reato a sé stante, ma come parte integrante della politica genocidiaria, costituendo una vera e propria “arma” volta a polverizzare, distruggere ed umiliare un’intera etnia. Non v’è dubbio alcuno che le vittime di tale pratica brutale portino con sé e su di sé segni devastanti, e che costringerle a fredde ricostruzioni di quanto subito rappresenti qualcosa di molto simile alla tortura.

Giacché l’oggetto di questa trattazione è proprio la tutela dei diritti umani nell’ambito del *ius post bellum*, tralasciare la necessità di preservare queste importanti figure processuali da sofferenze sproporzionate significherebbe lasciare una significativa lacuna.

Qui la sterilità dell’enunciazione giuridica, le mere linee guida espresse dalla legge non sono sufficienti. Il giudice non ha gli strumenti necessari per garantire il rispetto e la tutela dei diritti delle vittime e deve prenderle in prestito da altre materie, quali la psicologia e la psichiatria. Naturalmente non può essere egli stesso ad applicare tali strumenti di tutela, ma deve avvalersi di una pleora di figure altamente qualificate e specializzate, capaci di accompagnare i soggetti attraverso tutta la durata del giudizio con delicatezza e professionalità.

5. *Verso una proposta: la mediazione culturale*

Abbiamo finora tratteggiato gli orientamenti generali che devono guidare la condotta del giudice nell’ambito dello *ius post bellum* al fine di tutelare i diritti umani di tutte le parti coinvolte. Il processo ci appare adesso infuso di imparzialità, umanità e proporzionalità. È però importante sottolineare come la tutela dei diritti umani debba estendersi alla salvaguardia dei valori imposti dalla cultura di tutti i soggetti che partecipano al ristabilimento della giustizia, con una modalità che non esito a definire costituzionalistica e l’applicazione di canoni giurisprudenziali tipici di questo giudizio, a partire dalla ragionevolezza e dalla cedevolezza che caratterizzano la relazione tra norme del medesimo rango. Nonostante l’universalità dei diritti umani sia pacifica, esistono alcune sfumature di comportamento che, se tralasciate, possono trasformarsi in violazioni dettate da superficialità ed incuria.

Associazioni per i diritti e le garanzie nel sistema penale, hanno rilevato che

perfino in Italia (Paese di elevata caratura giuridica) nei processi è assente la figura dei mediatori tra le culture (uso l'espressione più ampia a significare che la mediazione interculturale appare piuttosto una figura amministrativistica che non un vivente integratore di giustizia). Ne consegue una negazione sostanziale del diritto alla difesa, ma anche la sottrazione nei confronti del Giudice di quei contenuti di conoscenza che, per certo, la legge non contiene.

Tale violazione prosegue fra l'altro, durante il regime carcerario, poiché in assenza di figure qualificate deputate all'inserimento corretto del condannato nel contesto carcerario si verificano situazioni di discriminazione ed emarginazione.

Nell'ambito di un processo post conflitti armati, l'assenza dei mediatori tra le culture non è giustificabile. È importante che, in ogni fase del processo, venga garantita alle parti, ma anche agli Stati, la possibilità di esprimere con le proprie categorie culturali, sociali, antropologiche e religiose la relazione tra la loro condotta e l'ipotesi di reato (e per lo Stato la relazione tra la condotta dell'imputato ed il fatto). Se pensiamo a certe sudditanze psicologiche di alcuni soggetti nei confronti dei capi, o più semplicemente agli obblighi di obbedienza militare, diviene cruciale per la formazione del convincimento del giudice che sia messa in campo la funzione di relazione-mediazione-traduzione della platea delle condotte alla luce dei diritti umani chiamati in questione. Mentre un giudice, dovunque nel mondo, ha una fisionomia professionale consolidata e riconosciuta, un professionista della mediazione tra le culture deve costruirla direttamente nel procedimento di giustizia. Di qui, la sua funzione e, a maggior chiarimento, faccio riferimento ai principi consolidati nel pensiero di Sen. Come per difendere la giustizia è necessaria l'internazionalizzazione della riflessione pubblica intorno al suo significato per sottrarla all'angustia di un certo provincialismo dei valori, così il confronto interculturale deve essere spinto fin nella profondità del procedimento giudiziario. Tutto questo, sia ben chiaro, non precostituisce esimenti penali, ma non deve neppure ridondare in violazione dei diritti liberamente espressi perfino da coloro che legittimamente saranno condannati. Per questo il mediatore tra le culture interpreta in questo caso il duplice ruolo di garante dei diritti delle parti processuali, ma anche di imprescindibile ausiliario del giudice. Insomma, il giudizio non può e non deve contenere una latente pericolosità per i diritti umani.

Penso, penserete che sia un po' poco. Ed invece è moltissimo se consideriamo che, in giro per il mondo, in molti esprimono forte criticità sulla più elementare delle definizioni dei diritti umani cioè dei diritti di cui la persona gode per il semplice fatto di esistere. Tengo da parte i normativisti, coloro che negano i diritti naturali e tutte le altre scuole di pensiero, certo legittime, che mal sopportano l'accoglimento tra le categorie giuridiche di diritti preesistenti a se stesse, per concentrarmi su un filone di pensiero giuridico, quello che Dworkin chiama "dell'integrità nel diritto". Mirabilmente, lo presenta in questi termini: «*il diritto*

come integrità rifiuta, considerandolo inutile, il vecchio dilemma circa il fatto se i giudici trovino o inventino il diritto» per concludere che esso comprende entrambe le funzioni. Più avanti, ce ne dà la versione contenutistica: «il diritto come integrità è l'area in cui le proposizioni giuridiche sono vere se in esse sono presenti o derivano i principi di giustizia, equità e procedural due process».

Ecco, siamo alla fine del nostro ragionamento. Lo abbiamo basato sulla relazione tra i diritti umani e il processo come sede del loro invernamento. Ne abbiamo registrato il funzionamento e ne abbiamo messo in luce il convenzionalismo.

I diritti umani, tuttavia, pretendono che nella sede della loro protezione siano presenti contestualmente i principi di giustizia, di equità e di giusto procedimento. Questa sede non necessariamente è il processo tradizionale. Molto probabilmente è una sede di mediazione, stabilita per sempre in un tempo che ha preceduto i conflitti bellici, mediazione in senso proprio, nella quale le parti si riconciliano e lo fanno sulla base della ricostituzione di un processo di pacificazione, che contiene di necessità, nel documento che ne sigla la conclusione, l'accettazione delle sanzioni.

Riferimenti bibliografici

- ARENDE H., *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2019.
DWORKIN R., *L'impero del diritto*, Roma, 1989.
GENTILI A., *De Jure Belli Libri Tres*, 1612.
GROZIO U., *De Jure Belli Ac Pacis*, 1625.
IRTI N.-CACCIARI M., *Elogio del diritto*, Milano, 2019.
LA TORRE M., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002.
RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2017.
SEN A., *L'idea di giustizia*, Milano, 2010.

| Ida Caracciolo * |

*Stabilizzazione della pace, situazioni di crisi
e regimi emergenziali di tutela dei diritti umani.*
Lex vincit necessitatem

SOMMARIO: 1. Il difficile percorso di stabilizzazione della pace ed il ruolo dei regimi emergenziali negli accordi internazionali di tutela dei diritti umani. – 2. Le diverse declinazioni dei regimi emergenziali. – 3. Dalle crisi nella stabilizzazione della pace allo stato di emergenza. – 4. L'alternativa tra limitazione e sospensione dei diritti umani in situazioni di crisi nella stabilizzazione della pace. – 5. Emergenze e stabilizzazione della pace: il necessario rispetto della *rule of law* e del principio di legalità. – 6. *Segue*: non discriminazione e inderogabilità dei diritti umani assoluti. – 7. *Segue*: il rilievo degli obblighi procedurali. – 8. Conclusioni.

1. *Il difficile percorso di stabilizzazione della pace ed il ruolo dei regimi emergenziali negli accordi internazionali di tutela dei diritti umani*

Quasi vent'anni fa, nel 1992, nel rapporto *An Agenda for Peace*, l'allora Segretario generale delle Nazioni Unite presentava un nuovo concetto: quello del *post-conflict peacebuilding* che veniva definito come l'insieme delle iniziative da porre in essere per identificare e sostenere quelle strutture che aiutano a rafforzare e consolidare la pace in modo da evitare il ritorno a situazioni di conflitto¹. Il *post-conflict peacebuilding* è stato da subito associato al concetto di democratizzazione nella consapevolezza che la promozione di istituzioni democratiche favorisce il dialogo sociale e permette di risolvere pacificamente i contrasti e le contrapposizioni che hanno generato o sono stati generati dal conflitto². Questo obiettivo ha anche portato, come è noto,

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli", giudice del Tribunale internazionale del diritto del mare.

¹ 17 giugno 1992, UN Doc. A/47/277-S/24111, par. 21.

² B. BOUTROS-GHALI, *An Agenda for Democratization*, New York, 1996.

ad espandere il ruolo del *peacekeeping*, *in primis* quello delle Nazioni Unite, che non è stato più circoscritto a separare i contendenti ma anche ad attuare operazioni complesse di promozione della democrazia attraverso la ricostruzione di Stati e strutture statali.

Da allora, Stati, organizzazioni internazionali, universali e regionali, così come organizzazioni non governative, studiosi ed operatori hanno cercato di individuare i meccanismi necessari ad istituzionalizzare la pace dopo un periodo di guerra e di ottimizzare tali meccanismi al fine di una pace duratura. Ampio consenso si è sviluppato, *inter alia*, sul fatto che la promozione e protezione dei diritti umani sono prerequisiti per l'esistenza di una società democratica e per il consolidamento della democrazia e dunque della pace³. Ed è per questo che nei processi di stabilizzazione della pace e di democratizzazione assume grande importanza l'adesione ai trattati sui diritti dell'uomo.

Non è così un caso che nel Documento di Copenaghen del 1990⁴ e in quello di Mosca del 1991⁵, adottati all'inizio dei processi di democratizzazione degli Stati dell'Europa orientale dopo la caduta del muro di Berlino, la CSCE non solo abbia collegato gli obblighi in materia di diritti umani a un sistema di governo democratico, pluralistico e caratterizzato dallo stato di diritto, ma abbia anche dedicato particolare attenzione al rispetto del principio della *rule of law* e di legalità in situazioni di emergenza caratterizzate dal ricorso a poteri straordinari da parte del potere esecutivo. Viene perciò chiesto agli Stati partecipanti di confermare che: «(...) *qualsiasi deroga agli obblighi relativi ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali durante uno stato di emergenza pubblica deve restare strettamente nei limiti previsti dal diritto internazionale, in particolare dai pertinenti strumenti internazionali ai quali essi sono vincolati, specialmente per quanto riguarda i diritti ai quali non si può derogare*» e di tenere conto che «(...) *(m)isure che derogano a tali obblighi devono essere adottate in stretta conformità con i requisiti procedurali stabiliti in tali strumenti*»⁶.

Sfortunatamente, la prassi non mostra risultati particolarmente confortanti sulle capacità di successo dei processi di ricostruzione e stabilizzazione della pace. Infatti, quasi il 50% degli Stati, nei quali si sono attuate azioni di ricostruzione della pace dopo una guerra, nell'arco di cinque anni sono ripiombati

³ V. ad es., *L'Inter-american Democratic Charter* adottato a Lima l'11 settembre 2001 dagli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati Americani, in https://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm.

⁴ *Document of the Copenhagen Meeting of the Second Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 29 giugno 1990, in <https://www.osce.org/it/odihr/elections/14304>.

⁵ *Document of the Moscow Meeting of the Third Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 4 ottobre 1991, in <https://www.osce.org/it/odihr/elections/14310>.

⁶ *Ibid.*, parr. 28.6 e 28.7.

nel conflitto ed il 72% delle operazioni di *peacebuilding* hanno lasciato sul campo regimi autoritari⁷.

Gli studi mostrano dunque che accanto agli Stati che, dopo un periodo di conflittualità, si avviano sulla strada della democrazia con sempre maggiore sicurezza, ve ne sono altri, invece, che ricadono nella guerra civile o in disordini politici od ancora che “fluttuano” tra autocrazia e democrazia e viceversa (come il Mali) ed altri ancora che si consolidano in modo autocratico (come la Cambogia)⁸. D'altronde, i processi di consolidamento della democrazia non sono mai lineari e possono essere facilmente alterati e rovesciati. Alcuni ostacoli discendono dal funzionamento stesso della democrazia; ad esempio, forze antidemocratiche possono avvantaggiarsi tramite l'esercizio di quelle libertà che i regimi democratici garantiscono. Altri ostacoli possono derivare dalle reazioni di attori politici, sociali ed economici alla competizione democratica in contesti poveri, se non privi, di norme o garanzie democratiche così che facilmente nazionalismi ed ideologie escludiviste trovano terreno fertile⁹.

Può dunque succedere che in situazioni di ricostruzione della pace si sviluppino reazioni politiche anche violente, disordini interni, attacchi terroristici volti a minare la stabilizzazione e la democratizzazione e che per fronteggiare queste situazioni le autorità statali, spesso fragili, ricorrano a poteri straordinari con i quali viene data immediata priorità a misure ed azioni considerate indispensabili per salvaguardare l'ordine pubblico e la sicurezza interna secondo un approccio ben sintetizzato nella massima del diritto romano “*salus populi suprema lex est*”¹⁰. In tali contesti, la tutela dei diritti umani, che è uno dei cardini dei processi di ricostruzione della pace e di democratizzazione, non è più considerata una priorità così da giustificare non solo che questi diritti siano, nel migliore dei casi, trascurati, ma addirittura del tutto disattesi e palesemente violati, nel peggiore. Senza considerare che la sospensione dei diritti umani può costituire una prima tappa verso l'instaurazione di regimi più o meno autocratici.

Un aiuto per mantenere la tutela dei diritti dell'uomo nell'ambito della *rule of law* e del principio di legalità quando il processo di *post-conflict peacebuilding* si interrompe e vi è una recrudescenza di litigiosità, se non di scontri, che potrebbe vanificare la stabilizzazione democratica, è dato dalle clausole emergenziali contenute in alcuni trattati sui diritti umani.

Come è ben noto, si tratta di clausole che disciplinano il tema del rispetto

⁷ M. BARNETT-H. KIM-M. O'DONNELL-L. SITEA, *Peacebuilding: What is in a Name?*, in *Global Governance*, 2007, 13, p. 35 ss.

⁸ A. JARSTAD, *Peacebuilding Reforms*, in *CRPD Working Paper No. 27*, 2015, pp. 4-5.

⁹ L. BALÁZS, *Bosnia and Herzegovina: “Transition, Times Two”*, in *L'Europe en formation*, 2008, 3/4, p. 399 ss.

¹⁰ CICERONE, *De Legibus IV*.

dei diritti umani in situazioni di emergenza, definendo il concetto di “emergenza”, delimitando la sospensione di questi diritti, richiedendo il rispetto di determinate procedure per poter procedere alla sospensione, nonché garantendo l’integrità di taluni diritti unanimemente ritenuti insopprimibili. Questo allo scopo di limitare la discrezionalità dello Stato e rendere la situazione di necessità eccezionale e transitoria in vista del pieno ristabilimento dell’ordine e della stabilità interna e conseguentemente dei diritti umani e delle garanzie ad essi correlate. Tali clausole confermano il passaggio dal concetto di *necessitatis vincit legem* a quello di *lex vincit necessitatem*. Dunque, lo stato di emergenza diventa un istituto giuridico, che è disciplinato da norme che possono essere diverse da quelle applicabili in condizioni di normalità. In altri termini, l’applicazione delle clausole emergenziali aiuta a mantenere sui binari di legalità eventuali sospensioni od allentamenti dei diritti umani che siano strettamente e proporzionalmente necessari al successo del processo di ricostruzione della pace.

Viene dunque rigettato l’assioma dell’impossibilità per il diritto, interno od internazionale che sia, di disciplinare situazioni di emergenza e di anomala eccezionalità nella convinzione che la continua applicazione della legge impedisca un’azione efficace per ricostruire la pace e l’ordine¹¹. Al contrario, queste clausole dimostrano che è possibile ricondurre nell’alveo del diritto, attraverso una regolamentazione speciale, situazioni altrimenti *extra ordinem*, a garanzia dei diritti umani¹².

Questa soluzione, tuttavia, non è prevista da tutti gli accordi di protezione dei diritti umani. Non contengono clausole emergenziali né la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948¹³, né il Patto sui diritti economici e sociali¹⁴ e gli altri trattati delle Nazioni Unite che tutelano specifici di-

¹¹ V., tra gli altri, sui poteri eccezionali, G. AGAMBEN, *The State of Exception*, 2003 (tradotto da K. Attell), Chicago, 2005; C. SCHMITT, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 1922 (tradotto da G. Schwab), Chicago, 2005, p. 13 e E.A. POSNER-A. VERMEULE, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, 2007, p. 15 ss.; O. BALLER (ed.), *Violent Conflicts, Crisis, State of Emergency, Peacebuilding*, Berlino, 2019; J. JINEK-L. KOLLERT (eds.), *Emergency Powers*, Baden-Baden, 2020.

¹² Sulla dicotomia tra normalità ed eccezione si rinvia a Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergencies. Reflections*, Strasburgo, 26 maggio 2020, CDL-PI(2020)005rev.

¹³ All’art. 29, par. 2 della Dichiarazione («*In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society*») viene tuttavia contemplata la possibilità di limitazioni ai diritti e alle libertà a determinate condizioni di legittimità. Il riferimento è a limitazioni che potrebbero anche prodursi in situazioni di emergenza. Si parla comunque di limitazioni e non di deroghe o sospensioni che sono fattispecie del tutto diverse. Cfr. G. BROWN (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Cambridge (GB), 2016, p. 51 ss.

¹⁴ Art. 4 del Patto («*The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment*

ritti¹⁵, né, a livello regionale, la Carta africana dei diritti degli uomini e dei popoli¹⁶. Ciò comporta che gli Stati parte di questi trattati non sono autorizzati a derogare ai loro obblighi convenzionali di tutela dei diritti dell'uomo in situazioni di emergenza. Non sono dunque tollerati regimi differenziati sui diritti umani, il cui godimento ed esercizio non può essere mai sospeso dagli Stati parte. Così *necessitatis vincit legem*, ossia lo stato di emergenza fuoriesce dal solco della legittimità giuridica, almeno quella offerta da questi accordi internazionali.

2. Le diverse declinazioni di regimi emergenziali

Con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (qui di seguito: Convenzione europea) e il Patto ONU sui diritti civili e politici (qui di seguito: Patto ONU) per la prima volta esordiscono clausole emergenziali, ossia, rispettivamente, l'articolo 15¹⁷ e l'articolo

of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society») contempla anch'esso, come la Dichiarazione del 1948, la possibilità di limitazioni ai diritti. Sembra però difficile poter ricondurre eventuali limitazioni a situazioni di emergenza, considerato che esse sono previste solo allo scopo di promuovere il "benessere" generale. Termine nel quale difficilmente rientrerebbero esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna.

¹⁵ Si tratta della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965, della Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni discriminazione nei confronti delle donne del 1979, della Convenzione ONU contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni inumani o degradanti del 1984, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2007.

¹⁶ La Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli ha commentato che la Carta africana per i diritti umani non permette agli Stati parte di derogare ai loro doveri in materia di diritti umani in situazioni di emergenza. Neppure in caso di guerra civile lo Stato può legittimamente violare o permettere la violazione dei diritti umani (Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, decisione 2-11 ottobre 1995, *Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés c. Chad*, comunicazione n. 74/92 74/92, par. 21). Per la Commissione, limiti ai diritti umani possono derivare soltanto dall'art. 27, par. 2 della Carta africana che prevede che gli stessi debbano essere esercitati tenendo in considerazione i diritti altrui, la sicurezza collettiva, la moralità e l'interesse comune (decisione 31 ottobre 1998, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, comunicazioni nn. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, par. 67-69). Per commenti su questa scelta si rinvia a F. COWELL, *Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR*, in *Birbeck Law Review*, 2013, 1, pp. 135-162.

¹⁷ «1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under [the] Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. 2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (§ 1) and 7 shall be made under this provision.

4¹⁸, che presentano molti punti in comune in considerazione della loro stretta storia negoziale¹⁹. Infatti, le due norme furono negoziate contemporaneamente fino all'adozione della Convenzione europea e i dibattiti in ambito ONU erano ben presenti e vennero presi in considerazione dai delegati degli Stati del Consiglio d'Europa²⁰. Dalla lettura dei lavori preparatori del Patto ONU emerge una contrapposizione tra due tesi; da un canto, quella dell'inutilità di una clausola derogatoria *ad hoc* per le situazioni di emergenza. A sostegno di questa soluzione militavano sia gli Stati che avrebbero voluto una clausola limitativa generale applicabile a tutti i diritti contenuti nell'accordo sia gli Stati che ritenevano che la clausola emergenziale fosse una mera duplice dei limiti già specificatamente contemplati per taluni diritti. Anzi, rispetto a tale clausola generale veniva palesato il rischio di un'interpretazione estensiva che avrebbe qua-

3. *Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefore. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.*

La formulazione dell'art. 15, par. 1, è stata anche integralmente riprodotta nell'art. 30 della Carta sociale europea, adottata nel 1961; norma che non ha ricevuto modifiche con la revisione del 1996. In particolare, l'art. F della Parte V così recita: «*In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any Party may take measures derogating from its obligations under this Charter to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.*

Any Party which has availed itself of this right of derogation shall, within a reasonable lapse of time, keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures taken and of the reasons therefor. It shall likewise inform the Secretary General when such measures have ceased to operate and the provisions of the Charter which it has accepted are again being fully executed.

¹⁸ «1. *In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.*

2. *No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.*

3. *Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.*

Per commenti v. R. HIGGINS, *Derogations Under Human Rights Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1976-77, 48, pp. 281-320.

¹⁹ Sui negoziati si rinvia a OHCHR, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, New York-Ginevra, 2004, p. 816 ss.

²⁰ Per i lavori preparatori della Convenzione europea si rinvia a Commissione europea dei diritti umani, *Preparatory Works on Article 15 of the European Convention of Human Rights. Information document prepared by the Secretariat of the Commission at the request by the President of the Commission*, Appendice I, Doc. DH (56)4, 22 maggio 1956, par. 36 e 37.

si inevitabilmente generato abusi applicativi. Dall'altro, vi erano gli Stati favorevoli all'inserimento nell'accordo di una clausola sospensiva considerata come complementare rispetto ai limiti "ordinari". Nello specifico, si riteneva che la norma sulla deroga avrebbe evidenziato la piena applicabilità del Patto anche in tempo di guerra, senza alcuna sua automatica sospensione od estinzione a seguito dello stato di belligeranza. Si pensava poi che fosse indispensabile evitare che gli Stati godessero di discrezionalità nel decidere autonomamente sulle emergenze e sulle conseguenti sospensioni dei diritti individuali.

Altre due clausole di emergenza sono contenute nell'articolo 27 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1966²¹ (qui di seguito: Convenzione americana) e nell'articolo 4 della Carta araba dei diritti dell'uomo del 2004²² (qui di seguito: Carta araba), che non è ancora entrata in vigore.

In un'area geografica come quella latino-americana dove lo stato di emergenza ed il ricorso a poteri eccezionali costituiscono strumenti largamente e spesso continuamente usati dagli Stati come forma "normale" di governo o come strumenti preparatori di golpe e di interruzioni delle garanzie costituziona-

²¹ «1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin.

2. The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.

3. Any State Party availing itself of the right of suspension shall immediately inform the other States Parties, through the Secretary General of the Organization of American States, of the provisions the application of which it has suspended, the reasons that gave rise to the suspension, and the date set for the termination of such suspension».

²² «1. In exceptional situations of emergency which threaten the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States parties to the present Charter may take measures derogating from their obligations under the present Charter, to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the grounds of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. In exceptional situations of emergency, no derogation shall be made from the following articles: article 5, article 8, article 9, article 10, article 13, article 14, paragraph 6, article 15, article 18, article 19, article 20, article 22, article 27, article 28, article 29 and article 30. In addition, the judicial guarantees required for the protection of the aforementioned rights may not be suspended.

3. Any State party to the present Charter availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States parties, through the intermediary of the Secretary-General of the League of Arab States, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation».

li, l'articolo 27 assume un'importanza fondamentale a tutela non soltanto dei diritti umani ma anche delle garanzie giurisdizionali che ne assicurano la fruizione. Non è perciò un caso che l'articolo si intitoli "Sospensione delle garanzie", volendosi con ciò intendere che la disposizione non può autorizzare la sospensione dei diritti elencati nella Convenzione in quanto essi sono, tutti, inerenti all'essere umano, né sospendere in modo assoluto le garanzie, ma piuttosto sospendere e limitare l'effettivo esercizio di diritti e garanzie²³. Al fine di circoscrivere il più possibile l'ambito applicativo della clausola, più ampia, rispetto alle previsioni della Convenzione europea e del Patto ONU, è la categoria dei diritti inderogabili in situazioni di emergenza. Allo stesso scopo, la Convenzione americana è stata il primo accordo a vietare la sospensione delle garanzie giurisdizionali indispensabili per la protezione dei diritti umani. Come ha osservato la Corte interamericana dei diritti dell'uomo (qui di seguito: Corte IDU) nel suo parere sull'*habeas corpus in situazioni di emergenza*, la sospensione delle garanzie in contesti di eccezionalità non deve comportare la sospensione dello stato di diritto e la possibilità per le autorità di governo di allontanarsi dal principio di legalità cui devono invece sempre conformarsi²⁴.

La formulazione dell'articolo 27 è ripresa dall'articolo 4 della Carta araba dei diritti umani del 2004. Dal punto di vista della protezione dei diritti umani in condizioni di emergenza, la riforma del 2004 segna un notevole passo in avanti rispetto alla versione precedente del 1994²⁵, il cui corrispondente articolo, data la sua genericità, avrebbe facilmente permesso, se la Carta fosse entrata in vigore, misure legislative o di altra natura riduttive dei diritti umani, ampiamente giustificate dalla necessità non solo di proteggere l'ordine pubblico, la salute, la morale, i diritti e le altrui libertà ma anche la sicurezza e l'economia nazionali.

In conclusione, con gli accordi sopra citati gli Stati contraenti hanno accettato un sistema accentrato di sospensione delle garanzie in stato di emergenza sia quanto alle condizioni richieste per procedere alla misura sia quanto ai meccanismi di controllo sul rispetto delle condizioni. Sistema che in parte si

²³ Parere consultivo n. OC-8/87, 30 gennaio 1987, *Habeas corpus in emergency situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention Human Rights)*, par. 18 (*Series A, No. 8*), testo in https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_ing.pdf.

²⁴ *Ibid.*, par. 24.

²⁵ «(a) No restrictions shall be placed on the rights and freedoms recognized in the present Charter except where such is provided by law and deemed necessary to protect the national security and economy, public order, health or morals or the rights and freedoms of others.

(b) In time of public emergency which threatens the life of the nation, the States Parties may take measures derogating from their obligations under the present Charter to the extent strictly required by the exigencies of the situation.

(c) Such measures or derogations shall under no circumstances affect or apply to the rights and special guarantees concerning the prohibition of torture and degrading treatment, return to one's country, political asylum, trial, the inadmissibility of re-trial for the same act, and the legal status of crime and punishment».

sostituisce a quelli spesso previsti negli ordinamenti interni. La scelta operata da questi accordi si fonda, in un certo qual modo, su di un paradosso: la sospensione dell'esercizio di taluni diritti umani è possibile al solo ed esclusivo scopo di ripristinare la normalità e garantire il godimento dei diritti umani²⁶. In altri termini, la limitazione dei diritti è giuridicamente lecita soltanto se è l'unico mezzo per ritornare al pieno ed effettivo esercizio dei diritti²⁷. Da questo paradosso discendono le affinità che le disposizioni sopra citate presentano tutte. Innanzitutto, l'estrema cautela e precisione con cui vengono delineate le condizioni emergenziali che giustificano la deroga ai diritti; la chiara individuazione di diritti comunque inderogabili in una sorta di *continuum* con la mancanza di limiti *ad hoc* per detti diritti per la difesa della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute, della morale, del benessere economico o degli altrui diritti e libertà; la compatibilità del regime emergenziale con altri obblighi internazionali; e l'esigenza di trasparenza sull'adozione delle misure che implica obblighi di comunicazione sull'inizio e la fine del regime eccezionale quale barriera contro il rischio di abusi²⁸.

3. Dalle crisi nella stabilizzazione della pace allo stato di emergenza

Tutti gli strumenti convenzionali a tutela dei diritti umani che contengono una clausola di emergenza formulano in modo piuttosto dettagliato la situa-

²⁶ Così il Comitato ONU dei diritti umani, per il quale: «(t)he restoration of a state of normalcy where full respect for the Covenant can again be secured must be the predominant objective of a State party derogating from the Covenant» (General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001, par. 1. Posizione ribadita recentemente nello *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, CCPR/C/128/2, 30 aprile 2020, par. 2(b).

²⁷ G. RODRIGUEZ, *Artículo 27*, in C. STEINER-P. URIBE (ed.), *Convención americana sobre los derechos humanos*, Città del Messico, p. 836 ss., a p. 838.

²⁸ La dottrina è molto ricca in materia di tutela dei diritti umani in situazioni di emergenza e nel commentare le disposizioni rilevanti dei trattati sui diritti umani. *Ex multis*, J. HARTMAN, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, in *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 155 ss.; J. ORAÁ, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992; A. DE ZAYAS, *Derogation and the United Nations Human Rights Committee*, in D. PRÉMONT (ed.), *Droits intangibles – Non-Derogable Rights*, Bruxelles, 1996; G. CATALDI, *Articolo 15*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 425-442; D. MCGOLDRICK, *The Interface between Public Emergency Powers and International Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 380 ss.; L. ZAGATO, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *DEP*, 2006, p. 137 ss.; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, 2010; A.J. PALMA, *L'art. 15 della CEDU e la regola del silenzio: sessant'anni di (carente) applicazione dello stato di eccezione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 468-487; M.E. VENDITTI, *Le clausole derogatorie dei diritti umani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 48 ss.

zione eccezionale che può portare alla deroga dell'esercizio di determinati diritti individuali. Le formule, per quanto non coincidenti, tendono ad equivalersi nello sforzo di evitare che il concetto di emergenza si dilati pericolosamente. Questo approccio è particolarmente valido nel caso di crisi nel *post-conflict peacebuilding*, dove sono in corso processi di transizione democratica ancora fragili e dove pertanto la tentazione di rovesciare l'ordine democratico "cavalcando" una situazione di crisi può essere forte.

Al riguardo, le clausole emergenziali presentano tuttavia alcune aree grigie che sono state attentamente analizzate e chiarite dagli organi competenti, Comitato ONU dei diritti umani (qui di seguito: Comitato ONU), Corte europea dei diritti umani (qui di seguito: Corte EDU) e Corte interamericana dei diritti umani.

Per il Comitato ONU, uno Stato parte del Patto per invocare legittimamente lo stato di emergenza, deve trovarsi in una situazione di emergenza pubblica tale da minacciare la vita della nazione. Tuttavia, «*(n)ot every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation, as required by article 4, paragraph 1. (...) The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation*»²⁹. Ancora, «*(i)f States purport to invoke the right to derogate from the Covenant during, for instance, a natural catastrophe, a mass demonstration including instances of violence, or a major industrial accident, they must be able to justify not only that such a situation constitutes a threat to the life of the nation, but also that all their measures derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation*»³⁰. Dunque, non si tratta di individuare e catalogare le categorie di situazioni emergenziali, che possono invece essere di vario genere, di origine naturale oppure causate dall'uomo, essere pericolose per l'ambiente, per la salute umana o per l'organizzazione dello Stato. È però indispensabile che le stesse minaccino la vita della nazione, ossia che abbiano un livello di gravità eccezionale. È poi da notare che, nel caso di conflitti armati, internazionali od interni, l'eventuale sospensione dei diritti umani non può includere il diritto internazionale umanitario che proprio in occasione delle guerre trova la sua ragion d'essere. Infine, dall'eccezionalità della situazione di emergenza dovrebbe discendere che tale situazione sia di breve durata e che la qualifica di emergenziale, ai sensi dell'articolo 4 (ed anche come si vedrà dell'art. 15 della Convenzione europea), non possa essere riconosciuta a fenomeni che, per quanto gravi, sono endemici in molte società contemporanee, come, ad esempio, la criminalità organizzata³¹.

²⁹ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 4.

³⁰ *Ibid.*, par. 5.

³¹ Cfr. Commissione di Venezia, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergencies. Reflections*, cit., par. 20.

Linee guida sull'interpretazione dell'articolo 4 del Patto sono fornite anche dai "Principi di Siracusa sulle disposizioni in materia di limiti e deroghe contenute nel Patto sui diritti civili e politici" ("*Principles on limitation and derogation provisions in the Covenant for civil and political rights*"), elaborati da diversi esperti internazionali in varie riunioni e poi discussi ed adottati in una conferenza tenutasi a Siracusa nel 1984³² con il dichiarato scopo di rispondere, dopo un periodo piuttosto turbolento sul fronte della stabilità di molti Stati, al rischio di abusi quando uno Stato, per proteggere il bene pubblico, procede a limitare i diritti umani. I "Principi" sono molto restrittivi nel valutare il concetto di "minaccia alla vita della nazione" in quanto la riconoscono solo quando essa riguarda l'interesse della popolazione, soglia particolarmente alta, e tutto o parte del territorio, soglia più flessibile. Inoltre, la crisi deve minacciare «(...) *the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant*». Le crisi economiche vengono escluse dalla categoria, mentre per quanto concerne guerre civili ed eventi analoghi viene evitato ogni automatismo: i conflitti interni non sono sempre e necessariamente situazioni emergenziali, ma lo possono divenire se costituiscono una minaccia alla vita della nazione. È questa una valutazione molto rilevante sul piano del *post-conflict peacebuilding* in quanto esclude che un conflitto interno o violenze diffuse, magari interessanti una parte soltanto del territorio statale, che possono essere frequenti in una fase di stabilizzazione politica, diano adito a sospensioni dei diritti umani giustificate in diritto internazionale.

Ulteriori, ed autoritativi, chiarimenti sul concetto di stato di emergenza sono venuti nel corso degli anni dalla Commissione europea per i diritti umani e dalla Corte EDU rispetto alla definizione contenuta nell'articolo 15, paragrafo 1, che ricalca quella del Patto se non fosse per l'espresso riferimento alla guerra e per l'obbligo che lo stato di emergenza sia stato ufficialmente proclamato.

La Corte EDU ha seguito la stessa linea del Comitato ONU circa la portata della situazione di emergenza, ribadendo che il concetto è chiaro, riferendosi a: «(...) *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État*»³³. Questo passaggio della sentenza nel noto caso *Lawless* definisce molto nitidamente i requisiti dell'emergenza. Essa può consistere in una crisi, ossia in uno squilibrio traumatico di carattere politico, economico o sociale, oppure in un pericolo quale complesso di circostanze, dall'origine più varia, dalle quali si teme possa derivare un danno. In

³² Testo in *Human Rights Quarterly*, 1985, 7, p. 3 ss.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza, 1° luglio 1961, *Lawless c. Irlanda* (No. 3), ricorso n. 332/57, par. 28.

una lettura teleologica del passaggio sia la crisi sia il pericolo devono avere portata eccezionale ma pure devono essere imminenti e riguardare tutta la popolazione³⁴. Quest'ultima caratteristica comporta che il contesto emergenziale non deve essere putativo ma reale o comunque a rischio di verificarsi. Timori ipotetici o remoti non giustificano alcuna deroga al rispetto dei diritti umani³⁵. Allo stesso tempo, però, «(t)he requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it»³⁶. Quanto agli effetti dell'emergenza o della crisi, questi devono riguardare l'intera nazione³⁷. Non si tratta qui di guardare all'ambito spaziale della crisi o del pericolo ma all'ampiezza delle loro conseguenze. Una situazione di emergenza che coinvolga solo una piccola parte di uno Stato ben può rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 15, paragrafo 1, se per la sua gravità è tale da costituire una minaccia per l'intera comunità nazionale.

La Corte chiarisce anche, conformemente alla sua giurisprudenza sul margine di apprezzamento, che spetta allo Stato parte «with its responsibility for 'the life of (its) nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency'»³⁸. Questo, tuttavia, non significa che lo Stato abbia piena discrezionalità sulla determinazione della sussistenza di un'emergenza pubblica dato che spetta alla Corte di controllare la presenza delle condizioni indicate nell'articolo 15³⁹.

In materia di condizioni in presenza delle quali può essere proclamata una situazione di emergenza, la Convenzione americana si presenta meno restrittiva, almeno da un punto di vista letterale, del Patto e della Convenzione europea poiché individua, accanto alla guerra e agli altri contesti emergenziali tali

³⁴ L'aggettivo "imminente" è presente solo nel testo in francese della sentenza e non in quello in inglese, ma è proprio la prima versione che conta, essendo quella ufficiale come è stato notato dalla Corte stessa nel caso *Grecia* (Commissione europea dei diritti umani, rapporto 26 settembre 1958, *Greece v. United Kingdom*, ricorso n. 176/56, par. 152). Nella sua opinione dissidente, il commissario Eustathiades ebbe invece a sostenere che eccezionalità ed imminenza si riferivano soltanto alla situazione di pericolo e non alla crisi, ipotizzando che quest'ultima potesse essere valutata in modo più flessibile (*Ibid.*, p. 83).

³⁵ OHCHR, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, cit., p. 828.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo (GC), sentenza 19 febbraio 2009, *A. and other v. United Kingdom*, ricorso n. 3455/05, par. 177.

³⁷ *Greece v. United Kingdom*, cit., par. 153

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo (GC), sentenza 18 gennaio 1978, *Ireland v. United Kingdom*, ricorso n. 5310/71, par. 207.

³⁹ Corte europea dei diritti umani, *Lawless c. Irlanda*, cit.; *Ireland v. United Kingdom*, cit., par. 205; *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, sentenza 26 maggio 1993, ricorsi n. 14553/89 e n. 14554/89, par. 47; *Marshall v. United Kingdom*, decisione sull'ammissibilità 10 luglio 2001, ricorso n. 41571/98, p. 7; *Aksoy v. Turkey*, sentenza 18 dicembre 1996, ricorso n. 21987/93, par. 70.

da costituire una minaccia per l'indipendenza e la sicurezza dello Stato, anche la situazione di "pericolo pubblico", riconoscendo più discrezionalità allo Stato e dunque potendo favorire potenziali invocazioni abusive della clausola. Autorevole dottrina, tuttavia, in assenza di interventi interpretativi della Commissione interamericana o della Corte IDU, sostiene la sostanziale coincidenza tra i testi richiamati poiché un'interpretazione estensiva dell'articolo 4, paragrafo 1 del Patto e dell'articolo 15, paragrafo 1 della Convenzione europea può portare alla medesima conclusione di un'interpretazione restrittiva dell'articolo 27, paragrafo 1, dipendendo la portata di quest'ultima norma dalle circostanze politiche, dalla situazione istituzionale e dalla sensibilità dell'interprete della clausola di emergenza⁴⁰.

Comunque, che vi sia una tendenziale coincidenza tra fori internazionali circa il concetto di "emergenza" è confermato dalla prassi della Commissione interamericana dei diritti umani. Nel Rapporto del 1983 sulla situazione dei diritti umani su una componente della popolazione del Nicaragua di origine Miskito, la Commissione chiarisce che l'emergenza «*should be of a serious nature, created by an exceptional situation that truly represents a threat to the organized life of the State*»⁴¹. Con la Risoluzione n. 1/2020 adottata con riferimento alla pandemia da COVID-19, la Commissione interviene ancora sulle caratteristiche che un'emergenza deve presentare per poter giustificare una sospensione delle garanzie relative ai diritti umani e nel fare ciò si richiama al Comitato ONU e alla Corte EDU nel momento in cui sottolinea che l'emergenza deve essere eccezionale e che le sue caratteristiche di serietà, imminenza ed intensità devono rappresentare una minaccia reale all'indipendenza e alla sicurezza dello Stato⁴². Dunque, anche in ambito interamericano la sospensione dell'applicazione di taluni diritti umani è legittima solo quando si tratti di una situazione eccezionale e grave di emergenza da cui discende una minaccia reale, imminente e non ipotetica per lo Stato.

In conclusione, lo *standard* emergenziale richiesto dalle norme rilevanti, alla luce anche di giurisprudenza e prassi costante, è particolarmente alto. Pertanto, se si guarda a crisi interne caratterizzate da fragilità istituzionale, scontri armati tra fazioni, sofferenza economica, non necessariamente ed automaticamente queste crisi possono arrivare a soddisfare i requisiti richiesti dalle nor-

⁴⁰ E. FERRER MAC-GREGOR-A. HERRERA GARCÍA, *La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención americana sobre derechos humanos*, 2017, p. 113, in <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/13171>; H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, Santiago del Cile, 1991, p. 125.

⁴¹ *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, parte II (E), par. 8, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L./V. II.62, Doc. 10 rev. 3 (1983).

⁴² La Risoluzione è stata adottata il 1° aprile 2020 ed il riferimento al concetto di "emergenza" è a p. 10. Testo in <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-1-20-en.pdf>.

me sopra commentate così da giustificare misure derogatorie sui diritti umani da parte delle autorità governative.

Vale la pena di aggiungere che se questo tipo di crisi si trasforma o determina conflitti armati interni, comunque, il superamento della soglia non esclude la piena applicabilità del diritto internazionale umanitario che deve essere considerato quale *lex specialis*⁴³. Un'ulteriore garanzia a tutela dei diritti umani e dell'applicazione del principio della *rule of law* discende dalla circostanza dell'applicabilità dello *standard*, oltre che delle altre condizioni, incluse quelle procedurali – per lo meno nell'interpretazione della Commissione europea dei diritti umani – anche nei confronti del governo rivoluzionario nel caso di colpi di Stato⁴⁴.

4. *L'alternativa tra limitazione e sospensione dei diritti umani in situazioni di crisi nella stabilizzazione della pace*

L'effetto delle clausole di emergenza contenute nel Patto ONU, nella Convenzione europea, nella Convenzione americana e nella Carta araba è quello di permettere allo Stato di derogare ad alcuni obblighi in materia di diritti umani sanciti in detti accordi. Nello specifico questi riconoscono agli Stati contraenti il “diritto” di derogare agli obblighi loro imposti attinenti ai diritti umani. Si tratta di una terminologia non felice, perché non sembra che si tratti nella sostanza di un diritto quanto di una facoltà, di un potere che gli Stati contraenti sono autorizzati ad esercitare in presenza di determinate circostanze ed entro determinati limiti⁴⁵. D'altronde, con la partecipazione ai trattati sui diritti umani, gli Stati accettano di sottoporsi ad una regolamentazione giuridica per il bene comune, assumendo obblighi nei confronti di altri Stati, di cui i singoli sotto la loro giurisdizione sono i beneficiari materiali⁴⁶. Il diritto di deroga consiste in realtà nella possibilità per lo Stato, alle condizioni richieste, di sospendere eccezionalmente il rispetto degli obblighi assunti, il che si tramuta nella sospensione, eccezionale, non dei diritti in quanto tali, che sono inerenti a tutti gli individui, ma del loro godimento ed esercizio⁴⁷. Sospensione, tuttavia, non si-

⁴³ Corte internazionale di giustizia, parere consultivo 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 106.

⁴⁴ Così ebbe ad osservare la Commissione europea per i diritti umani nel caso *Grecia* (cit., par. 60) per la quale: «*the Commission is competent to examine the acts of Governments also in political situations of an extraordinary character, such as after a revolution. At the same time, the revolution itself did not deprive Greece of its rights, or absolve it from its obligations, under the Convention*».

⁴⁵ E. FERRER-MAC GREGOR-A. HERRERA-GARCÍA, *op. cit.*, p. 111 s.

⁴⁶ G. RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 841.

⁴⁷ La Corte IDU, nel parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 18, così annota: «*(...) (a)n analysis of the terms of the Convention in their context leads to the conclusion that we are not here dealing with a “suspension of guarantees” in an absolute sense, nor with the “suspension of ... (rights),”*»

gnifica, come ha annotato la Corte IDU, che i diritti sono completamente inapplicabili; è perciò sempre necessario analizzare la proporzionalità delle azioni intraprese dalle autorità statali⁴⁸. In effetti, per questa Corte le disposizioni convenzionali sulla sospensione del godimento di taluni diritti devono sempre essere interpretate a partire dal principio che nessun diritto contemplato nella Convenzione americana può essere sospeso, salvo non ricorrano tutti i requisiti e le condizioni richieste dall'articolo 27, paragrafo 1⁴⁹.

La deroga può dunque essere attivata quando l'eccezionalità della situazione emergenziale è tale da non consentire più garanzie per i diritti e le libertà fondamentali conformi agli *standard* richiesti dai trattati. La deroga agli obblighi convenzionali costituisce un *quid pluris*, rispetto alle misure "ordinarie" di allentamento di taluni obblighi di tutela dei diritti umani.

Alcune misure "ordinarie" limitative dei diritti umani consistono in vere e proprie eccezioni a tali diritti. Un'eccezione di tal genere è, ad esempio, rinvenibile nell'articolo 4, paragrafo 3, lettera *c*) della Convenzione europea, ai sensi del quale non è considerato "lavoro forzato od obbligatorio" quel servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità⁵⁰. Ciò significa l'inapplicabilità *ab origine* della previsione normativa a questa singola specifica fattispecie.

Altre misure "ordinarie" possono risultare in limitazioni nell'esercizio e godimento di alcuni diritti, ossia, più specificatamente, in restrizioni ai diritti umani non assoluti, come la libertà di espressione o la libertà di associazione, per ragioni di pubblica sicurezza, di protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Si deve trattare di misure necessarie, in una società democratica, che sono sottoposte al triplo test: di legalità (devono essere prescritte dalla legge), di legittimità (devono perseguire un obiettivo legittimo) e di necessità (sono necessarie per raggiungere gli scopi indicati e devono essere proporzionate allo scopo da raggiungere).

Invece, le clausole emergenziali, autorizzando gli Stati alla deroga, per quanto temporanea, dell'obbligo di tutelare determinati diritti umani, costituiscono una scelta estrema che trova la sua *ratio* non nell'evitare che lo Stato violi questi

for the rights protected by these provisions are inherent to man. It follows therefrom that what may only be suspended or limited is their full and effective exercise. It is useful to note these differences in the terminology being used in order to clarify the conceptual basis of the instant advisory opinion. Nevertheless, the Court will use the phrase "suspension of guarantees" that is found in the Convention».

⁴⁸ Corte IDU, sentenza 2 ottobre 2015, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, par. 197.

⁴⁹ Parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 21. V. E. FERRER MAC-GREGOR-A. HERRERA GARCÍA, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁰ Commissione di Venezia, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency. Reflections*, cit., par. 39.

diritti, non essendo in grado di garantirli, bensì nel permettere allo Stato la ricostruzione delle condizioni politiche, sociali, economiche, sanitarie e di altro genere che permettano il pieno godimento e l'esercizio completo di questi diritti⁵¹. La deroga non è una concessione all'incapacità dello Stato di garantire i diritti umani, tanto che la prassi statale, in caso di ricorso alle deroghe in condizioni di emergenza, è di prospettare la mera eventualità che le misure che si stanno adottando possano comportare deroghe agli obblighi convenzionali di tutela dei diritti umani⁵². In sintesi, la sospensione dei diritti è lo strumento eccezionale per permettere di ritornare alla loro ordinaria e consolidata fruizione attraverso l'eliminazione delle cause che vi si oppongono⁵³. Solo in questi termini, le clausole di emergenza contenute nei sopra citati accordi sui diritti umani sono concepibili.

La deroga di cui alle clausole di emergenza non può dunque essere intesa come un'alternativa comparabile alle limitazioni "ordinarie" dei diritti non assoluti quanto piuttosto come uno strumento di ultima istanza cui ricorrere quando la gestione "ordinaria" della crisi non produca risultati e le circostanze della crisi siano di particolare gravità⁵⁴. Una crisi può essere in linea di massima gestita attraverso gli strumenti "ordinari" di limitazione dei diritti umani e il ricorso alle misure eccezionali previste nelle clausole derogatorie è da intendersi come *extrema ratio*. Allo Stato è, in altre parole, precluso di ricorrere alle misure emergenziali a meno che le "ordinarie" restrizioni permesse dal diritto internazionale non siano chiaramente inadeguate⁵⁵. Spetta pertanto allo Stato che ricorra alle misure emergenziali di dimostrare che non può adeguatamente affrontare la situazione di crisi senza derogare ai diritti umani⁵⁶. At-

⁵¹ V. il Comitato ONU, per il quale l'art. 4: «*on the one hand, (...) allows for a State party unilaterally to derogate temporarily from a part of its obligations under the Covenant. On the other hand, article 4 subjects both this very measure of derogation, as well as its material consequences, to a specific regime of safeguards. The restoration of a state of normalcy where full respect for the Covenant can again be secured must be the predominant objective of a State party derogating from the Covenant*» (General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)), cit., par. 1).

⁵² Nei casi in cui il ricorrente lamenti che i diritti a lui spettanti in virtù della Convenzione europea siano stati violati, la Corte EDU esamina, in prima battuta, se le misure possono essere giustificate in base agli articoli sostanziali della Convenzione e, solo se l'accertamento è negativo, essa si occupa della legittimità della deroga (*A. and Others v. United Kingdom*, cit., par. 161 e *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 15).

⁵³ V. Commissione di Venezia, *Turkey – Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016* (Doc. n. CDL-AD(2016)037, 9-10 dicembre 2016).

⁵⁴ In questo senso si esprime il Comitato ONU che chiarisce che: «*Derogation from some Covenant obligations in emergency situations is clearly distinct from restrictions or limitations allowed even in normal times under several provisions of the Covenant*» (General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4), cit., par. 4).

⁵⁵ *Greek Case*, cit., par. 153.

⁵⁶ E.J. CRIDDLE-E. FOX-DECENT, *Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, 34, p. 39 ss., a p. 48.

traverso chiare motivazioni e giustificazioni è infatti possibile accertare che le impellenti esigenze politiche di contrasto della crisi non soverchino l'impegno per lo Stato di rispettare e proteggere i diritti umani⁵⁷.

Certamente la valutazione dell'opportunità dell'una o dell'altra soluzione è rimessa alla discrezionalità statale a partire dalla valutazione della natura della situazione⁵⁸. Sul punto, la Corte EDU ha sempre accettato un largo margine di apprezzamento per gli Stati membri chiarendo che: «*(i) falls in the first place 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. In this matter Article 15 § 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation*»⁵⁹.

Questo ampio margine di apprezzamento non implica poteri illimitati e, comunque, è sottoposto al controllo, nel caso di specie, della Corte EDU o aliunde di altri organi di controllo sul rispetto dei diritti umani. Ad esempio, più volte il Comitato ONU, nell'esaminare i rapporti presentati dagli Stati per la revisione periodica, ha espresso: «*(...) its concern over States parties (...) whose domestic law appears to allow such derogation in situations not covered by article 4*»⁶⁰. Perciò, le legislazioni emergenziali che sono contemplate negli ordinamenti interni degli Stati vincolati dai citati accordi sui diritti umani devono essere conformi alle clausole convenzionali. Le normative interne, in altre parole, non devono includere possibilità e modalità di deroga

⁵⁷ *Ibid.*, p. 72.

⁵⁸ V. sul punto il Documento informativo *Respecting Democracy, rule of law and human rights in the framework of COVID-19 sanitary crisis* (SG/Inf(2020)11, 7 aprile 2020, p. 2) del Segretario generale del Consiglio di Europa, secondo il quale: «*(i) is for each state to assess whether the measures it adopts warrant such a derogation, depending on the nature and extent of restrictions applied to the rights and freedoms protected by the Convention. The possibility for states to do so is an important feature of the system, permitting the continued application of the Convention and its supervisory machinery even in the most critical times*».

⁵⁹ *Ireland v. United Kingdom*, cit., par. 207.

⁶⁰ Nel *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 3, il Comitato ONU osserva che: «*(...) the grounds for declaring a state of emergency are too broad and that the extraordinary powers of the President in an emergency are too sweeping*». A tali conclusioni è poi giunto in altre occasioni quando è stato chiamato a rivedere i rapporti presentati dagli Stati parte del Patto ONU. Ad es., nel caso della Tanzania, il Comitato ha sollevato la questione della numerosità delle circostanze in base alle quali giustificare l'esercizio di poteri di emergenza e la questione dell'ampiezza dei poteri di emergenza riconosciuti al Presidente della Repubblica ed ha suggerito che: «*(...) a thorough review be undertaken of provisions relating to states of emergency with a view to ensuring their full compatibility with article 4*» (UNGA Official Records, Doc. A/48/40 (vol. I), p. 43, par. 184 e p. 44, par. 188).

dei diritti umani diverse ed ultronee rispetto a quelle previste nelle clausole di emergenza.

Infine, non è da escludere che, in una situazione di emergenza, alla sospensione di taluni diritti non assoluti si accompagni un rafforzamento di taluni obblighi positivi in capo allo Stato. Ad esempio, in virtù dell'articolo 2 della Convenzione europea, in caso di ribellioni violente, sullo Stato gravano comunque obblighi positivi di tutela della vita di coloro che si trovano nell'ambito della sua giurisdizione⁶¹.

L'opzione tra il ricorso alle limitazioni "ordinarie" o alle deroghe emergenziali si pone nei termini appena indicati anche nei processi di *post-conflict peacebuilding* là dove emergano conflittualità tali da generare problemi di ordine pubblico che richiedano di allentare i diritti umani. Non si deve necessariamente giungere alla conclusione che, essendo la fase di democratizzazione ancora incerta, l'unico strumento efficace sia, automaticamente, quello della sospensione di taluni diritti per far ripartire la ricostruzione della pace. Si tratta anche in queste ipotesi di valutare caso per caso le circostanze specifiche di ciascun caso concreto.

5. Emergenze e stabilizzazione della pace: il necessario rispetto della rule of law e del principio di legalità

I regimi derogatori introdotti dalle clausole di emergenza contemplati dalla Convenzione europea, dal Patto ONU, dalla Convenzione americana e dalla Carta araba si caratterizzano tutti per essere estremamente circoscritti allo scopo di evitarne utilizzi abusivi. D'altronde, come sottolineato dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (*c.d.* Commissione di Venezia) del Consiglio d'Europa, il modo migliore per superare le crisi non è quello di attribuire più poteri all'esecutivo o quello di restringere i diritti e le libertà individuali, quanto quello di rafforzare la democrazia e lo stato di diritto che sono proprio intesi a proteggere gli individui contro restrizioni arbitrarie e sproporzionate dei loro diritti da parte delle autorità statali⁶². Compito che, per quanto particolarmente difficile, deve essere condotto anche nei processi di stabilizzazione della pace.

Le diverse clausole convenzionali si equivalgono nell'ammettere il ricorso alle deroghe nella misura strettamente richiesta dalle circostanze della situazione concreta, nel richiedere che le deroghe siano conformi ad altri obblighi

⁶¹ Commissione di Venezia, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency. Reflections*, cit., par. 45.

⁶² Commissione di Venezia, *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Doc. CDL-AD(2006)015, 17-18 marzo 2006, par. 29.

di diritto internazionale gravanti sullo Stato contraente e nell'escludere ogni possibilità di deroga dei diritti assoluti. Egualmente, le diverse clausole convenzionali impongono agli Stati l'obbligo procedurale di notificare l'adozione della sospensione dei diritti (e in un caso la cessazione del regime derogatorio)⁶³. Gli accordi menzionati, salvo la Convenzione europea, condizionano la legittimità delle misure derogatorie anche alla circostanza che esse non determinino discriminazioni quanto a razza, colore, lingua, sesso, religione od origine sociale. La Convenzione europea e la Carta araba introducono un ulteriore requisito, ossia che lo stato di emergenza venga ufficialmente proclamato.

Lo Stato non ha dunque carta bianca in situazioni di emergenza in quanto il suo operato deve sempre caratterizzarsi per necessità, proporzionalità, temporaneità, legalità, compatibilità con il diritto internazionale, non discriminazione, intangibilità dei diritti assoluti nonché per il requisito procedurale dell'ufficialità⁶⁴.

Necessità delle misure emergenziali significa che queste devono essere in grado di raggiungere il loro scopo con la minore deviazione possibile dalle regole ordinarie che disciplinano i processi decisionali in uno Stato democratico in condizioni di normalità⁶⁵. Il requisito della proporzionalità è volto invece ad assicurare che le misure adottate durante lo stato di emergenza siano corrispondenti alla severità della crisi, che esse costituiscano una reazione corrispondente all'intensità e pervasività della minaccia che giustifica l'adozione dello stato di emergenza⁶⁶. È questo il significato da attribuire all'espressione, che troviamo in tutti gli accordi sopra citati, «*to the extent strictly required by the exigencies of the situation*». Essa comporta altresì che lo Stato fornisca accurata giustificazione non solo della decisione di proclamare lo stato di emergenza ma anche di ogni specifica misura adottata sulla base di questa giustificazione⁶⁷.

Necessità e proporzionalità delle misure di emergenza devono essere evidentemente accertate non in astratto, ma tenendo in considerazione le circo-

⁶³ Art. 15 della Convenzione europea.

⁶⁴ V. al riguardo il *Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency*, 23 giugno 1997, pubblicato in http://hrlibrary.umn.edu/demo/HumanRightsandStatesofEmergency_Despouy.pdf.

⁶⁵ Documento informativo *Respecting Democracy, rule of law and human rights in the framework of COVID-19 sanitary crisis*, cit., p. 4. V. anche i già citati "Principi" di Siracusa, p. 11, ove è suggerito che: «(...) *the severity, duration, and geographic scope of any derogation measure shall be such only as are strictly necessary to deal with the threat to the life of the nation and are proportionate to its nature and extent*».

⁶⁶ Corte IDU, parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 22.

⁶⁷ Comitato ONU, *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 5. V. anche decisione 8 aprile 1981, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay*, comunicazione n. R. 8/34, in UN Doc. GAOR, A/36/40, p. 133, par. 8.3.

stanze specifiche, ed in modo dinamico, avendo riguardo non solo alle decisioni di principio ma anche alle decisioni applicative e alla luce del loro ambito geografico, temporale e materiale⁶⁸. Presumibilmente, lo *standard* di proporzionalità che discende da questa disposizione è più alto di quello richiesto nel caso delle limitazioni “ordinarie” che possono essere apposte ai diritti umani.

Al riguardo, la Corte EDU ha dato rilievo a fattori quali: la natura dei diritti colpiti dalla deroga, le circostanze che hanno condotto alla deroga e la durata della situazione di emergenza⁶⁹. A tale scopo, la Corte ha tenuto in considerazione diversi elementi, tra cui la capacità della legislazione ordinaria di fronteggiare i pericoli collegati alla situazione di emergenza, se le misure hanno costituito una risposta genuina alla crisi, se le stesse sono state utilizzate per lo scopo per le quali erano state adottate od ancora l'importanza del diritto oggetto della misura emergenziale⁷⁰.

Dal canto suo, il Comitato ONU ha sottolineato la connessione, ma anche l'autonomia, tra necessità e proporzionalità delle misure emergenziali ed ha lamentato la scarsa attenzione dedicata, nei rapporti ricevuti dagli Stati, al principio di proporzionalità⁷¹. In sede di valutazione di reclami individuali il Comitato ha poi sempre condotto una disamina puntuale della stretta necessità delle misure derogatorie⁷².

Al fine della piena compatibilità con i principi di necessità e proporzionalità, le misure di emergenza devono essere sottoposte ad un monitoraggio permanente, dato che ciò che può risultare necessario e proporzionale nella fase iniziale di una crisi può non esserlo più dopo diversi mesi⁷³. Ad esempio, la Corte EDU, nel valutare necessità e proporzionalità di misure emergenziali, ha tenuto in considerazione la costante verifica sulla necessità delle misure e

⁶⁸ OSCE Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic, Part I, States' Obligation in a Time of Emergency, 17 luglio 2020, p. 22.

⁶⁹ *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., par. 43; *A. and Others v. United Kingdom*, cit., par. 173; sentenza 18 dicembre 1996, *Aksoy v. Turkey*, n. 21987/93, par. 76.

⁷⁰ *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., par. 51 e 66; *Ireland v. United Kingdom*, cit., par. 212; *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 38.

⁷¹ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 4, in cui il Comitato osserva che: «(n)evertheless, the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers. Moreover, the mere fact that a permissible derogation from a specific provision may, of itself, be justified by the exigencies of the situation does not obviate the requirement that specific measures taken pursuant to the derogation must also be shown to be required by the exigencies of the situation. In practice, this will ensure that no provision of the Covenant, however validly derogated from will be entirely inapplicable to the behaviour of a State party».

⁷² *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay*, cit., par. 8.4.

⁷³ Commissione di Venezia, *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on State of Emergency*, Doc. CDL-PI(2020)003, 16 aprile 2020, p. 23 s.

il controllo da parte dell'autorità giudiziaria sulle stesse⁷⁴.

Come si è anticipato, al principio di proporzionalità si collega un altro requisito del regime dello stato di emergenza ai sensi degli accordi sui diritti umani: quello della sua temporaneità. Tale condizione è per la verità espressamente richiesta solo dall'articolo 27 della Convenzione americana, che parla di sospensione dei diritti umani «*for the period of time strictly required by the exigencies of the situation*». Tuttavia, si può ritenere che la condizione di temporaneità sia inerente alla stessa natura dell'istituto dello stato di emergenza⁷⁵.

Non solo lo stato di emergenza deve essere temporalmente circoscritto ma anche le misure normative adottate in tale periodo. Solitamente, in un contesto emergenziale all'esecutivo vengono concessi ampi poteri normativi per poter fronteggiare, con rapidità, la crisi e ritornare il prima possibile alla normalità. In sé il ricorso alla decretazione di urgenza da parte del governo non è contrario ai trattati sui diritti umani purché i decreti abbiano vigenza solo per la durata della crisi o per un periodo più circoscritto⁷⁶. Di contro, la durata indeterminata od il prolungamento delle misure emergenziali, una volta cessato lo stato di emergenza, sono contrari al requisito della temporaneità. Per fare estrema chiarezza sul punto, il Consiglio d'Europa sottolinea come la decretazione governativa debba avere vigenza soltanto per il periodo dello stato di emergenza e come sia anche opportuno l'inserimento, nelle misure normative adottate durante uno stato di emergenza, di un termine finale di efficacia (c.d. *sunset clause*)⁷⁷. Infine, la temporaneità delle misure comporta anche che le stesse non possano avere effetti permanenti e che dunque modifiche strutturali e legislative di portata definitiva non possano essere adottate attraverso provvedimenti emergenziali. Ciò concretizzerebbe un abuso delle deroghe previste dagli accordi sui diritti umani⁷⁸.

⁷⁴ *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., par. 54 e 59; *Aksoy v. Turkey*, cit., par. 78 e 79-84.

⁷⁵ Sul punto, v. il *Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency*, cit., par. 69.

⁷⁶ Si pensi ai dubbi sollevati dal Comitato ONU rispetto al «(...) *continued state of emergency prevailing in Israel, which has been in effect since its independence*» e alla raccomandazione rivolta al Governo israeliano di rivalutare, *inter alia*, il rinnovo continuo dello stato di emergenza (UN Doc. *GAOR, A/53/40*, p. 47, par. 307). Egualmente molto rigida sulla questione della temporaneità dei provvedimenti di emergenza è stata la Commissione interamericana dei diritti umani (anche prima dell'entrata in vigore della Convenzione americana) in numerosi casi di stato di emergenza, ad es., rispetto ad Haiti nel 1979 e rispetto all'Argentina nel 1980. La Corte IDU, nel caso *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador* (sentenza del 4 luglio 2007, par. 48) ha ribadito che ogni situazione di emergenza deve presentare, tra l'altro, i requisiti di ambito geografico e di durata. Sul punto, v. G. RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 840.

⁷⁷ Documento informativo *Respecting Democracy, rule of law and human rights in the framework of COVID-19 sanitary crisis*, cit., p. 3.

⁷⁸ Commissione di Venezia, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergencies. Reflections*, cit., par. 13.

Stato di emergenza e principio di legalità sono inseparabili, dato che il primo è emanazione del principio della *rule of law*, come ebbe ad osservare il relatore speciale delle Nazioni Unite sullo stato di emergenza Despouy⁷⁹. Lo stato di emergenza non deve essere utilizzato per sovvertire l'ordine costituzionale preconstituito o per sopprimere diritti umani e libertà fondamentali⁸⁰. Questo è tanto più vero nelle crisi che si possono verificare nel *post-conflict peacebuilding*. La sospensione dei diritti umani deve essere pensata in senso positivo: non uno strumento di repressione ma di ritorno sulla strada della democratizzazione e della piena tutela dei diritti umani. Per la Corte EDU – così come per la Corte IDU⁸¹ – durante lo stato di emergenza ogni misura adottata deve essere rivolta a proteggere l'ordine democratico ed ogni sforzo deve essere fatto per salvaguardare i valori di una società democratica, come il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale⁸². Conseguentemente, durante lo stato di emergenza i meccanismi tipici di salvaguardia del principio della *rule of law* devono essere mantenuti, ossia, il rispetto della costituzione, delle norme interne e degli *standard* internazionali⁸³.

Il rispetto della *rule of law* è di particolare attualità in occasione di crisi che si sviluppino durante la stabilizzazione della pace quando, come la prassi ci mostra, la tentazione di utilizzare motivazioni di ordine pubblico e di sicurezza interna per interrompere il processo di democratizzazione sono frequenti. Ed è inutile dire che il monitoraggio – di qualsiasi tipo (dai relatori speciali ai tribunali internazionali) – sul rispetto dei regimi emergenziali, quando applicabile, svolge una funzione essenziale per garantirne effettività e legalità.

Nella prospettiva del diritto internazionale, il principio di legalità comporta la piena compatibilità delle norme interne che disciplinano lo stato di emergenza

⁷⁹ Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency, cit., par. 50.

⁸⁰ Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, cit., par. 28.1.

⁸¹ V. parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 20, ove si enfatizza che: «(t)he suspension of guarantees lacks all legitimacy whenever it is resorted to for the purpose of undermining the democratic system. That system establishes limits that may not be transgressed, thus ensuring that certain fundamental human rights remain permanently protected».

⁸² Hasan Altan v. Turkey (sentenza 20 marzo 2018, ricorso n. 13237/17, par. 210); Şahin Alpaya v. Turkey (sentenza 20 marzo 2018, ricorso n. 16538/17, par. 180).

⁸³ Corte IDU, parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 24, ove così si legge: «(...) the suspension of guarantees implies a temporary suspension of the rule of law, nor does it authorize those in power to act in disregard of the principle of legality by which they are bound at all times. When guarantees are suspended, some legal restraints applicable to the acts of public authorities may differ from those in effect under normal conditions. These restraints may not be considered to be non-existent, however, nor can the government be deemed thereby to have acquired absolute powers that go beyond the exceptional circumstances justifying the grant of such exceptional legal measures. The Court has already noted, in this connection, that there exists an inseparable bond between the principle of legality, democratic institutions and the rule of law».

alle previsioni del diritto internazionale nonché il rispetto di queste ultime nell'attuazione concreta del regime di emergenza. La situazione di emergenza può anche permettere l'adozione di leggi *ad hoc* per fronteggiare una determinata crisi, che vanno oltre la legislazione vigente. Ma, comunque, questo tipo di leggi «(...) *should comply with the constitution and international standards and, where applicable, be subjected to review by the Constitutional Court. If parliament wants to authorise the government to deviate from special majority legislation (or the legislation adopted following another special procedure), this must be done by the majority required for the adoption of the legislation, or following the same special procedure*»⁸⁴.

Inoltre, il principio in esame richiede che le misure applicative adottate siano in linea con i decreti emergenziali. In tal senso, la Corte IDU ha concluso per l'illiceità di tutti quei provvedimenti attuativi da parte dei poteri pubblici che fuoriescano dai limiti indicati nell'atto di proclamazione dello stato di emergenza⁸⁵. La Corte EDU ha invece stigmatizzato la sospensione della protezione dei diritti umani in un ambito territoriale diverso da quello indicato al momento dell'adozione della deroga⁸⁶.

Sono poi necessari un'effettiva vigilanza parlamentare nonché il controllo indipendente da parte della magistratura. Egualmente, occorre sempre garantire che i meccanismi di ricorso interni ed i processi democratici, dal principio della separazione dei poteri, al pluralismo politico, all'indipendenza di stampa e di società civile, non vengano alterati⁸⁷.

Può farsi rientrare nell'ambito del principio di legalità anche l'obbligo per lo Stato, sancito dall'articolo 15, paragrafo 1 della Convenzione europea, dall'articolo 4, paragrafo 1 del Patto ONU, dall'articolo 27, paragrafo 1 della Convenzione americana e dall'articolo 4, paragrafo 1 della Carta araba, che la sospensione del godimento dei diritti umani in ragione della situazione di emergenza non sia incompatibile con altri obblighi internazionali gravanti sullo Stato. Lo scopo di questo principio è quello di assicurare la compatibilità tra le diverse norme applicabili al caso di specie, in quanto uno Stato può essere contraente di diversi accordi in materia di diritti umani oltre ad essere vincolato dalle norme pertinenti del diritto consuetudinario⁸⁸. Ne consegue che, poiché al-

⁸⁴ Documento informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*, cit., par. 2.1.

⁸⁵ Sentenza 16 agosto 2000, *Durand e Ugarte v. Peru*, par. 99.

⁸⁶ Sentenza 26 novembre 1997, *Sakik and Others v. Turkey*, ricorso n. 87/1996/706/898-903, par. 39.

⁸⁷ *OSCE Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic*, cit., pp. 23-24.

⁸⁸ *Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency*, cit., par. 96.

cuni trattati internazionali sui diritti umani non contengono, come si è accennato, una clausola di caducità, i loro obblighi rimangono comunque in vigore anche in caso di sospensione dei diritti ai sensi di una clausola emergenziale⁸⁹.

L'espressione "*other obligations under international law*" è indubbiamente di ampia portata così che in essa possono esservi inclusi obblighi consuetudinari e convenzionali, che siano rilevanti per l'esercizio dei diritti umani. Si pensi, ad esempio, alle norme internazionali sulla protezione dei rifugiati. Poiché l'articolo 33 sul divieto di *refoulement* di rifugiati e richiedenti asilo è norma rispetto alla quale non è possibile apporre riserve ai sensi della Convenzione sull'asilo del 1951, ne discende che durante lo stato di emergenza nessuna deroga a tale divieto è possibile⁹⁰.

Di certo, particolarmente importanti sono, nella prospettiva dei processi di stabilizzazione della pace, gli obblighi discendenti dal diritto internazionale umanitario, dato che una situazione di recrudescenza di violenza può sicuramente giustificare, come si è visto, l'adozione di misure emergenziali⁹¹. Secondo il relatore speciale ONU sui diritti umani in situazioni di emergenza il principio di compatibilità include implicitamente quello della prevalenza delle norme più favorevoli ai diritti umani. Non si tratterebbe di norme mutualmente esclusive quanto di norme complementari che rispettivamente si rinforzano. Ciò appare evidente nel caso dei conflitti armati ove le norme sulla protezione dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario trovano applicazione simultanea e complementare⁹².

Con riferimento poi alle situazioni di crisi nel contesto di un processo di stabilizzazione della pace gracile, la compatibilità con gli altri obblighi di diritto internazionale porta in evidenza la necessità del rispetto delle norme cogenti del diritto internazionale, *in primis*, quelle che vietano le violazioni massicce e generalizzate dei diritti umani.

Sulla questione della conformità dello stato di emergenza agli altri obblighi internazionali rilevanti per lo Stato sono intervenuti molte volte sia il Comitato ONU sia le corti regionali sui diritti umani. Il Comitato, in particolare, parte

⁸⁹ G. RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 841.

⁹⁰ Art. 42, par. 1. V. UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007, par. 12 e 20.

⁹¹ Al riguardo, nel caso *Hassan v. United Kingdom* (sentenza 16 settembre 2014, ricorso n. 29750/09, par. 105-107), la Grande Camera della Corte EDU era stata chiamata a decidere se, in assenza di una deroga in un contesto di conflitto internazionale, essa potesse comunque reinterpretare una disposizione della Convenzione europea in conformità ai principi del diritto internazionale umanitario. La Corte ha deciso in tal senso, ritenendo che l'art. 5 della Convenzione europea poteva essere interpretato e applicato in conformità ai principi del diritto internazionale umanitario.

⁹² *Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency*, cit., par. 95-97.

dall'assunto che il ricorso all'articolo 4 del Patto ONU non può in alcun modo giustificare violazioni di altre norme internazionali vincolanti lo Stato e rinvia anche all'articolo 5, paragrafo 2 del Patto, ai sensi del quale non sono ammesse restrizioni o deroghe ai diritti umani previsti in altri strumenti internazionali sulla base del fatto che il Patto non li contempla espressamente. Su tali basi ha sottolineato l'importanza che gli Stati parte quando invocano l'articolo 4 «*present information on their other international obligations relevant for the protection of the rights in question, in particular those obligations that are applicable in times of emergency (and) should duly take into account the developments within international law as to human rights standards applicable in emergency situations*»⁹³.

La Corte EDU, altrettanto conscia dell'importanza di questa previsione, ha ripetutamente affermato che la valutazione del rispetto della condizione di compatibilità può da essa essere accertata *motu proprio*, anche solo allo scopo di concludere per l'inesistenza di incompatibilità tra norme rilevanti⁹⁴. Tuttavia, la Corte ha mostrato di fare pieno affidamento sulle allegazioni delle parti senza condurre alcuna indagine autonoma⁹⁵. Sul punto, il Comitato ONU, pur rimarcando che la sua funzione non è quella di controllare la condotta degli Stati parte ai sensi di altri trattati di cui siano contraenti, ha tuttavia preso in considerazione, nell'esercizio delle proprie competenze, gli altri obblighi internazionali gravanti sullo Stato allo scopo di valutare se il Patto lo autorizzi a derogare sue specifiche disposizioni⁹⁶.

6. Segue: non discriminazione e inderogabilità dei diritti umani assoluti

Ulteriori limiti sostanziali all'esercizio della facoltà di deroga in situazioni di emergenza discendono dal divieto che le misure conseguenti siano discriminatorie quanto a razza, colore, sesso, lingua, religione od origine sociale e dall'intangibilità dei diritti assoluti.

Il riferimento alla non discriminazione è contenuto – in termini pressoché identici – nel Patto ONU, nella Convenzione americana e nella Carta araba ma non nella Convenzione europea. Tuttavia, considerato che gli Stati del Consiglio d'Europa sono anche contraenti del Patto, la regola del divieto di discriminazione da quest'ultimo sancita, trova applicazione, sia pure indiretta, nei loro confronti, in virtù dell'obbligo di non adottare misure emergenziali che

⁹³ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 9 e 10.

⁹⁴ *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 40.

⁹⁵ *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., par. 67-73 e *Marshall v. United Kingdom*, cit.

⁹⁶ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 10.

siano incompatibili con altri obblighi di diritto internazionale. L'articolo 15 della Convenzione europea deve inoltre essere interpretato in combinato disposto con l'articolo 14 del Patto ONU che ha un ambito di applicazione generale e vieta ogni tipo di discriminazione nell'esercizio dei diritti in esso contemplati⁹⁷. Si consideri anche la prassi della Corte EDU che valuta il rischio che le misure emergenziali possano causare diversità di trattamento tra gruppi di persone quando accerta il requisito della stretta necessità delle misure⁹⁸.

In effetti, risulta piuttosto difficile che misure normative od amministrative di portata emergenziale siano direttamente discriminatorie. Questo può però verificarsi nel caso di provvedimenti che colpiscono categorie particolarmente vulnerabili durante una crisi, ad esempio, giornalisti, informatori, oppositori politici. Più facilmente può verificarsi che le misure emergenziali determinino discriminazioni indirette, che si producono, nonostante l'apparente neutralità delle misure, nel momento in cui sono messe in pratica. Questo rischio si può presentare quando il processo di stabilizzazione della pace riguarda contesti etnicamente eterogenei o dove vi siano categorie marginalizzate (minori ex combattenti, persone appartenenti a raggruppamenti politici sconfitti, ecc.).

Occorre infine tenere in considerazione che il concetto di non discriminazione si è ampliato nel tempo così che, ad esempio, il non tenere conto delle necessità di alcune categorie di persone svantaggiate può concretare un'ipotesi di discriminazione oppure il non adottare azioni positive per arrivare ad una condizione di eguaglianza sostanziale⁹⁹.

La circostanza che le misure emergenziali *«do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin»* sembra enfatizzare alcuni tipi di discriminazioni, lasciando intendere che altre forme di discriminazione, ad esempio, in collegamento allo *status* politico od alla nascita, non rientrerebbero nell'ambito applicativo della norma in esame. Questo dubbio, tuttavia, appare superato dalla lettura del Commento generale del Comitato ONU il quale presenta un'interpretazione molto ampia del divieto di discriminazione che supera la portata strettamente letterale della norma, in quanto *«(a)ccording to article 4, paragraph 1, one of the conditions for the justifiability of any derogation from the Covenant is that the measures taken do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin. Even though article 26 or the other Covenant provisions related to non-discrimination (articles 2, 3, 14, paragraph 1, 23, paragraph 4, 24, paragraph 1, and 25) have not been listed among the non-*

⁹⁷ Report by the UN Special Rapporteur, Mr Leandro Despouy, on the question of Human Rights and States of Emergency, cit., par. 92.

⁹⁸ *A. and Others v. United Kingdom*, cit., parr. 182-190.

⁹⁹ Corte EDU, sentenza 29 gennaio 2013, *Horvath and Kiss v. Hungary*, ricorso n. 11146/11, par. 116.

*derogable provisions in article 4, paragraph 2, there are elements or dimensions of the right to non-discrimination that cannot be derogated from in any circumstances. In particular, this provision of article 4, paragraph 1, must be complied with if any distinctions between persons are made when resorting to measures that derogate from the Covenant»*¹⁰⁰. Dunque, le misure emergenziali non dovrebbero creare nessun genere di discriminazione tra individui e tra gruppi¹⁰¹.

In conclusione, il divieto di discriminazione, pur non essendo qualificato come inderogabile, *de facto* lo è, in quanto i trattati sui diritti umani che lo menzionano in rapporto alle situazioni di crisi, subordinano la legittimità della deroga al rispetto di questo principio¹⁰². La Corte IDU è arrivata ad attribuire al principio di non discriminazione ed a quello di eguaglianza la natura di norme cogenti di diritto internazionale e di conseguenza piena inderogabilità¹⁰³.

L'inderogabilità di alcuni diritti fondamentali costituisce una delle limitazioni più importanti alle situazioni di emergenza e portata ancora più importante assume nei contesti di stabilizzazione della pace dove il principio della *rule of law* non è consolidato e dunque derive illiberali sono più facili da verificarsi.

Tutti e quattro gli strumenti convenzionali esaminati nel presente lavoro contengono un'elencazione puntuale di questi diritti, che include il diritto alla vita¹⁰⁴, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, il divieto della schiavitù e l'irretroattività della legge penale. A questo nucleo "duro" di diritti inderogabili il Patto ONU, la Convenzione americana e la Carta araba aggiungono, in misura contenuta, il primo, ed in misura ampia, gli altri due, diversi altri diritti. Senza elencarli tutti, vale la pena di ricordare il diritto alla personalità giuridica (art. 3 Convenzione americana e art. 22 Carta araba), la libertà di coscienza e religione (art. 18 Patto ONU, art. 12 Convenzione americana, art. 30 Carta araba), il divieto di arresto per debiti (art. 11 Patto ONU e art. 18

¹⁰⁰ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 8.

¹⁰¹ Ad esempio, l'OSCE fa riferimento anche al divieto di discriminazione in ragione dell'appartenenza ad una minoranza (*Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, cit., par. 28.7).

¹⁰² G. RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 841.

¹⁰³ Parere consultivo n. OC-18/03, 17 settembre 2003, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, par. 101.

¹⁰⁴ La Convenzione europea, con riferimento al diritto alla vita (diversamente da quanto previsto dagli altri strumenti sui diritti umani) stabilisce che qualsiasi privazione della vita non è in contrasto con l'art. 15, par. 2, se risulta che l'uso della forza era più che assolutamente necessario per la difesa di qualsiasi persona da violenze illegali, per effettuare un arresto legittimo o impedire la fuga di una persona legittimamente detenuta, in azioni legittimamente intraprese allo scopo di reprimere una rivolta o un'insurrezione. L'art. 15, par. 2 aggiunge l'ulteriore eccezione che il diritto alla vita non si considera violato se la morte risulta da un legittimo atto di guerra.

Carta araba), la protezione della famiglia (art. 17 Convenzione americana), i diritti del fanciullo (art. 19 Convenzione americana), il divieto di sottoposizione a trattamenti medici o scientifici senza il consenso (art. 9 Carta araba), il divieto del traffico di essere umani (art. 10 Carta araba), il diritto al giusto processo (art. 13 Carta araba), il divieto di impedire arbitrariamente o illegalmente di lasciare un Paese, incluso il proprio, o di proibire o costringere a risiedere in qualsiasi parte di quel Paese (art. 27 Carta araba), il diritto all'asilo politico (art. 28 Carta araba). Infine, occorre ricordare che tre dei protocolli aggiuntivi alla Convenzione europea contengono clausole che vietano la deroga ad alcuni dei diritti in essi contenuti. Si tratta del Protocollo n. 6 (abolizione della pena di morte in tempo di pace e limitazione della pena di morte in tempo di guerra), del Protocollo n. 7 (principio del *ne bis in idem*) e del Protocollo n. 13 (completa abolizione della pena di morte)¹⁰⁵.

Con riferimento ai diritti inderogabili, un tema particolarmente importante è quello se, nonostante il silenzio dei trattati in materia, ad eccezione della Convenzione americana e della Carta araba (comunque non ancora in vigore), sia vietata la sospensione delle garanzie giuridiche a tutela dei diritti menzionati. Al riguardo, la prassi degli organi di controllo non è uniforme. Si spende senza incertezze a favore della permanenza di queste garanzie il Comitato ONU, che la argomenta estensivamente in assenza di norme *ad hoc* nel Patto. Per il Comitato la presenza di garanzie procedurali, incluse le garanzie giudiziarie, è inerente alla protezione dei diritti garantiti dall'articolo 4, paragrafo 2. D'altronde, «*(t)he provisions of the Covenant relating to procedural safeguards may never be made subject to measures that would circumvent the protection of non-derogable rights. Article 4 may not be resorted to in a way that would result in derogation from non-derogable rights. Thus, for example, as article 6 of the Covenant is non-derogable in its entirety, any trial leading to the imposition of the death penalty during a state of emergency must conform to the provisions of the Covenant, including all the requirements of articles 14 and 15*»¹⁰⁶. Il Comitato ha anche fatto affidamento sui principi di legalità e di *rule of law* per sostenere l'inderogabilità del principio del giusto processo. Principio che troverebbe applicazione anche in circostanze emergenziali come è supportato dal fatto che alcune sue componenti vigono anche in tempo di guerra ai sensi del diritto internazionale umanitario¹⁰⁷. Egualmente non sospensibile in tempi di emergenza sono stati ritenuti dal Comitato l'*habeas corpus* ed il ricorso di *amparo* così come i mezzi di ricorso in caso di arresto o detenzione¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Non derogabile è il divieto della pena di morte per gli Stati che hanno ratificato il secondo Protocollo opzionale al Patto ONU (*General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 7).

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 15.

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 16.

¹⁰⁸ *Ibid.*, nota 9.

Più facile è la posizione della Corte IDU grazie all'espressa menzione della perduranza dei rimedi giudiziari essenziali in situazioni emergenziali contenuta nell'articolo 27, paragrafo 2 della Convenzione americana. Per la Corte sono essenziali quei rimedi che: «(...) *ordinarily will effectively guarantee the full exercise of the rights and freedoms protected by that provision and whose denial or restriction would endanger their full enjoyment*»¹⁰⁹. Quanto alla natura giudiziaria dei rimedi, la Corte precisa che si deve trattare di garanzie effettivamente in grado di proteggere i diritti. Ciò implica il coinvolgimento attivo di un giudice indipendente ed imparziale che ha il potere di riferire sulla legittimità delle misure adottate in situazioni di emergenza¹¹⁰. Ancora la Corte ha precisato che il principio del giusto processo è applicabile anche nel regime di sospensione disciplinato dall'articolo 27¹¹¹.

Estremamente cauta, infine, è la Corte EDU. Infatti, se si guarda alla sua giurisprudenza – certamente risalente – soprattutto con riguardo al terrorismo nord-irlandese, essa ha accettato poteri straordinari di intervento da parte delle autorità britanniche (arresti, detenzioni, internamenti) in assenza di controllo giudiziario, qualificati come misure strettamente richieste dalle circostanze della situazione¹¹². Secondo la Corte: «*(w)hen a State is struggling against a public emergency threatening the life of the nation, it would be rendered defenceless if it were required to accomplish everything at once, to furnish from the outset each of its chosen means of action with each of the safeguards reconcilable with the priority requirements for the proper functioning of the authorities and for restoring peace within the community. The interpretation of Article 15 must leave a place for progressive adaptations*»¹¹³. In conclusione, la Corte EDU non cerca di ampliare al di là del dato testuale la categoria dei diritti insopprimibili per includervi i rimedi giuridici, compresi quelli giudiziari, quanto cerca di valutare se la sospensione di questi rimedi superi o meno il test della loro stretta necessità in ragione delle esigenze concrete. Si tratta di un approccio pragmatico e flessibile. Esso è certamente opportuno nelle emergenze generatesi durante i processi di ricostruzione della pace perché permette, al di là del dato testuale, di valutare pienamente, sotto diverse angolazioni, la necessità effettiva o meno delle misure messe in campo.

¹⁰⁹ Parere consultivo n. OC-8/87, cit., par. 28.

¹¹⁰ *Ibid.*, par. 29 e decisione 2 novembre 1992, *M. González del Río v. Peru*, comunicazione n. 263/1987, par. 5.2. UN Doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992).

¹¹¹ Sentenza 2 ottobre 2015, *Galindo Cárdenas v. Peru*, par. 168.

¹¹² V. il caso *Lawless c. Irlanda*, cit., parr. 36-38.

¹¹³ *Ireland v. United Kingdom*, cit., par. 220. Conclusioni analoghe sono raggiunte nel caso *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., dove la Corte dichiara che: «*(i)t followed that the Government had not exceeded their margin of appreciation in deciding, in the prevailing circumstances, against judicial control*» (par. 60). Per commenti si rinvia a OHCHR, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual for Judges, Prosecutors and Lawyers*, cit., p. 859 ss.

In materia di diritti non sospensibili in situazioni di emergenza, merita riflessione se vi sia identità tra inderogabilità di taluni diritti umani ai sensi delle clausole emergenziali in esame e natura perentoria di alcuni obblighi a tutela dei diritti umani. Il Comitato ONU vede un collegamento tra le due fattispecie che però considera tra di loro autonome. La qualificazione di un determinato diritto come inderogabile può essere una prova della sua acquisita natura perentoria in aggiunta al riconoscimento convenzionale. Occorre però tenere conto, da un canto, che l'inserimento di certi diritti nella categoria di quelli inderogabili in situazioni di emergenza dipende puramente dal fatto che si tratta di diritti la cui sospensione non è solitamente oggetto di misure emergenziali, come, ad esempio, il divieto di arresto per debiti. Dall'altro, la categoria delle norme perentorie non si esaurisce nella lista dei diritti inderogabili contenuta nelle clausole emergenziali nei trattati sui diritti umani¹¹⁴. Si pensi al divieto di violazioni massicce e generalizzate dei diritti umani. Dunque, secondo il Comitato: «*(i)f action conducted under the authority of a State constitutes a basis for individual criminal responsibility for a crime against humanity by the persons involved in that action, article 4 of the Covenant cannot be used as justification that a state of emergency exempted the State in question from its responsibility in relation to the same conduct. Therefore, the recent codification of crimes against humanity, for jurisdictional purposes, in the Rome Statute of the International Criminal Court is of relevance in the interpretation of article 4 of the Covenant*»¹¹⁵.

Infine, si è posto il problema di valutare se la lista dei diritti non sospensibili in situazioni di emergenza sia esaustiva o piuttosto sia suscettibile di interpretazione estensiva. Il tema è stato affrontato solo dal Comitato ONU con un approccio che non manca di creatività. In particolare, il Comitato ritiene inderogabili: il diritto, per coloro che sono stati privati della libertà, di essere trattati con umanità; il divieto di prendere ostaggi, effettuare rapimenti o detenzioni arbitrarie; i diritti delle minoranze; il divieto di *refoulement*¹¹⁶. La Corte EDU punta, invece, come si è detto, sul concetto di stretta necessità e su quello di proporzionalità che garantiscono maggiore duttilità rispetto alle specificità di ciascun caso concreto.

Al di là dei tentativi di interpretazione estensiva, la prassi sfortunatamente mostra che in situazioni di guerre, di crisi politiche ed istituzionali in Stati fragili sulla strada della ricostruzione e del consolidamento sono violati soprattutto

¹¹⁴ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 11.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 12.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 13. Il Comitato considera anche che: «*(n)o declaration of a state of emergency made pursuant to article 4, paragraph 1, may be invoked as justification for a State party to engage itself, contrary to article 20, in propaganda for war, or in advocacy of national, racial or religious hatred that would constitute incitement to discrimination, hostility or violence*» (par. 13).

to il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti e l'irretroattività della legge penale. L'obiettivo centrale dovrebbe pertanto essere quello, non tanto di ampliare la categoria dei diritti inderogabili, quanto piuttosto di operare per garantire la piena effettività del nucleo essenziale di diritti che attengono alla stessa dignità umana.

7. Segue: *il rilievo degli obblighi procedurali*

La Convenzione europea, il Patto ONU, la Convenzione americana e la Carta araba impongono agli Stati, che intendono sospendere taluni diritti umani a causa di una situazione emergenziale, l'obbligo di notifica dello stato di emergenza. Tale obbligo è formulato in termini quasi analoghi negli strumenti convenzionali appena menzionati e si concretizza nel dovere di informare gli altri Stati contraenti delle misure emergenziali adottate e delle ragioni alla loro base. Per la Convenzione europea, il Patto ONU e la Carta araba agli Stati spetta anche di informare della cessazione delle deroghe. Destinatari dell'obbligo di informazione sono i segretari generali delle rispettive organizzazioni e dunque gli Stati parte delle stesse organizzazioni siano essi menzionati espressamente o meno (come nel caso dell'art. 15, par. 3 della Convenzione europea) nella norma di riferimento. L'obbligo in esame svolge un ruolo sostanziale perché, permettendo il controllo da parte di tutti i contraenti sul comportamento statale, è una barriera al rischio di abusi. In questo senso si è espresso il Comitato ONU, commentando che la notifica è «(...) *essential not only for the discharge of the Committee's functions, in particular in assessing whether the measures taken by the State party were strictly required by the exigencies of the situation, but also to permit other States parties to monitor compliance with the provisions of the Covenant*»¹¹⁷. Per la stessa ragione, la Corte EDU valuta il rispetto di quest'obbligo procedurale *motu proprio*¹¹⁸.

Dalla lettura dell'articolo 15, paragrafo 3 della Convenzione europea, sembrerebbe che l'obbligo di informazione per gli Stati contraenti è perdurante, ossia concerne l'intero periodo emergenziale così da permettere una sorta di monitoraggio continuo "in tempo reale" delle misure che sono state prese e del perché siano state adottate¹¹⁹. Diversamente, le altre clausole emergenziali sembrano richiedere una comunicazione immediata, focalizzata sulle disposizioni oggetto di deroga e sulle motivazioni a base della deroga. L'articolo 27, paragrafo 3 della Convenzione americana, forse più garantista delle altre disposi-

¹¹⁷ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 17.

¹¹⁸ *Aksoy v. Turkey*, cit., parr. 85-86.

¹¹⁹ *Brannigan and McBride v. United Kingdom*, cit., par. 54.

zioni, prevede anche che venga comunicata la data stabilita per la cessazione della sospensione.

Nessuna delle norme appena menzionate risulta completamente chiara nella sua formulazione il che pone un problema non meramente teorico ma pure pratico su quanto debba essere messo in atto da uno Stato per adempiere all'obbligo di notifica. Problema cruciale in quanto il non adempimento dell'obbligo comporta la mancata applicazione del regime emergenziale, come ha concluso la Commissione europea¹²⁰.

Per quanto riguarda la tempistica della notifica, il riferimento in tutte le clausole emergenziali a misure che "sono state adottate", indica chiaramente che la notifica non deve essere effettuata prima dell'adozione delle misure stesse ma successivamente. Questo vale anche per gli Stati membri del Consiglio d'Europa nonostante il silenzio dell'articolo 15, paragrafo 3 della Convenzione sul punto, come è stato chiarito dalla Commissione europea fin dal caso *Grecia c. Gran Bretagna*. Commissione che ritiene che gli Stati contraenti debbano informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa «*without any unavoidable delay*»¹²¹.

Per quanto concerne il contenuto della notifica, spesso gli organi di controllo dei diritti umani si sono trovati davanti a notifiche generiche o sommarie e, nell'esercizio del loro sindacato, hanno cercato di delineare un modello soddisfacente di notifica. Al riguardo, la Commissione europea ha scelto di non individuare uno *standard* per le informazioni da inserire nella notifica, preferendo utilizzare un criterio elastico e strumentale secondo il quale le informazioni sono sufficienti nella misura in cui «*(...) enable the other high contracting parties and the Commission to appreciate the nature and extent of the derogation from the provisions of the Convention which the measures involve*»¹²². La Corte EDU non si è discostata sul punto e nel caso *Lawless* ha ritenuto che le informazioni fornite dal Governo irlandese fossero sufficienti quanto alle misure adottate e alle ragioni alla loro base ed ha apprezzato la circostanza che alla nota di comunicazione per il Segretario del Consiglio d'Europa fossero stati allegati la legislazione di emergenza e l'atto di proclamazione dello stato di emergenza¹²³. Il Comitato ONU ha invece assunto una posizione più puntuale, evidenziando che: «*the notification should include full information about the measures*

¹²⁰ Rapporto 4 ottobre 1983, *Cyprus v. Turkey*, ricorso n. 8007/77, par. 66-68.

¹²¹ *Greece v. United Kingdom*, cit., par. 158. Nel caso di specie la Commissione ritenne che il periodo di quattro mesi trascorso prima della notifica da parte della Grecia dello stato di emergenza fosse troppo lungo e non giustificato da ritardi amministrativi, determinati dalla situazione di crisi. Diversamente, il periodo di dodici giorni venne considerato dalla Corte europea sufficiente nel caso *Lawless v. Irlanda*, cit., par. 47.

¹²² *Ibid.*, par. 158.

¹²³ *Lawless c. Irlanda*, par. 47.

*taken and a clear explanation of the reasons for them, with full documentation attached regarding the law. Additional notifications are required if the State party subsequently takes further measures under article 4, for instance by extending the duration of a state of emergency»*¹²⁴. La Corte IDU, infine, ribadisce la necessità che la notifica presenti quattro caratteristiche: sia immediata; segnali espressamente le norme sospese; esprima le ragioni che hanno portato alla sospensione e indichi la data in cui tale sospensione sarà revocata¹²⁵. Nella pratica, la Corte, pur ribadendo questo importante obbligo e pur rilevandone in taluni casi l'inadempimento, non è mai arrivata ad accertarne la violazione, come se lo stesso sia piuttosto un mero parametro di azione¹²⁶.

Se si analizza la più recente prassi statale sul punto, in particolare quella generata dalla situazione pandemica, si rileva una differenza di prassi tra gli Stati contraenti del Patto ONU e quelli contraenti della Convenzione europea. I primi, in genere, comunicano gli articoli che sono stati derogati, mentre i secondi omettono questa informazione¹²⁷. Ciò dipende anche dal disposto dell'articolo 15, paragrafo 3 della Convenzione europea che richiede l'obbligo di informativa sulle misure e non sulle norme colpite dalle misure, diversamente da quanto previsto dalle altre clausole emergenziali¹²⁸.

La condizione appena descritta gioca un ruolo fondamentale di pubblicità e trasparenza anche per le crisi che si sviluppano in contesti politici instabili come quelli tipici dei processi di stabilizzazione della pace. Proprio perché i meccanismi di controllo interni possono non essere stati ancora creati, o possono

¹²⁴ *General Comment No. 29, State of Emergency (Article 4)*, cit., par. 17. Se si leggono i "Principi" di Siracusa già citati, si ha una chiara indicazione di quello che dovrebbe essere il contenuto ideale della notifica di stato di emergenza. In particolare, non solo questa dovrebbe segnalare le norme sui diritti umani derivate e le ragioni della scelta – oltre che la data iniziale e la durata della sospensione – ma pure una breve descrizione delle circostanze fattuali e degli effetti che si dovrebbero produrre grazie alla sospensione di determinati diritti. A tutto ciò dovrebbero essere allegati copia della proclamazione dello stato di emergenza, delle misure adottate e della legislazione rilevante sulle situazioni emergenziali (parr. 45-50).

¹²⁵ Sentenza 27 novembre 2013, *J. v. Peru*, par. 72.

¹²⁶ V. G. RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 848.

¹²⁷ *OSCE Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic, Part I, States' Obligation in a Time of Emergency*, cit., p. 29, ove si precisa che: «(t)he eight participating States that have notified the UN have specified the articles of the ICCPR being derogated from. In notifications of derogations from the ECHR, four states (Armenia, Romania, San Marino and Serbia) do not explicitly state the human rights being derogated from – though they may have attached the underlying legal texts. (...). Further, three states (Albania, North Macedonia and Serbia) which sought derogations from the ECHR have not notified the UN about any similar derogation from the ICCPR, despite substantial overlap in rights protected by both conventions».

¹²⁸ Sulla prassi di notifiche di alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa si rinvia a G. CATALDI, *Sulla recente prassi in materia di comunicazioni di deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L.A. SICILIANOS-A.I. MOTOC-R. SPANO-R. CHENAL (eds.), *Liber Amicorum Guido Raimondi, Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme*, 2019, Tilburg, p. 145 ss.

non essere operativi per le più varie ragioni, risulta fondamentale che misure e provvedimenti siano sottoposti allo scrutinio degli altri Stati contraenti.

8. Conclusioni

Come indicato nella c.d. *dottrina Capstone*¹²⁹, la pace si instaura attraverso un ampio percorso di stabilizzazione che consiste nella ricostruzione delle strutture statali secondo i tre principi di: democrazia, stato di diritto e rispetto dei diritti umani. Democratizzazione e stato di diritto sono elementi sempre più significativi nelle strategie internazionali di *post-conflict peacebuilding* pur nel riconoscimento che la legge è sempre il prodotto di un processo politico e che un'ampia partecipazione politica è necessaria perché le riforme abbiano successo e siano sostenibili, incluse quelle in tema di tutela dei diritti umani.

Il processo di stabilizzazione della pace è un percorso molto complesso e pieno di ostacoli che sfortunatamente non sempre porta al successo. Spesso alcuni di questi processi cedono a una rinnovata, e spesso crescente, violenza. In altri casi, i processi di pace diventano negoziati permanenti e circolari in cui rare sono le concessioni. Processi di pace mal concepiti o etero-imposti possono essi stessi ostacolare il raggiungimento del risultato. Si diffondono così gruppi e tattiche che tentano di ostacolare o minare la soluzione dei contrasti attraverso diversi mezzi, compresi il terrorismo e la violenza.

Là dove questi processi vivono una battuta di arresto od una regressione verso un nuovo conflitto o verso tensioni e disordini, occorre cercare di mantenere in un contesto democratico e rispettoso del diritto anche queste fasi di turbolenza per evitare il completo annichilimento dei risultati, per quanto fragili, che sono stati raggiunti.

Sul fronte della tutela dei diritti umani le clausole di emergenza contenute in diversi accordi di tutela dei diritti umani, l'adesione ai quali costituisce una delle prime tappe del processo di ricostruzione della pace, possono giocare un ruolo fondamentale per mantenere nei binari del diritto la reazione alla crisi in atto e garantire uno *standard*, sia pure più lasco, di tutela dei diritti umani. Le clausole emergenziali possono permettere di ricondurre a sintesi, nel rispetto della *rule of law* e del principio di legalità, la pulsione verso il ristabilimento di ordine e sicurezza con la necessità di garantire sempre e comunque il rispetto della dignità umana, in tempo di pace e in tempo di guerra.

¹²⁹ UN *Peacekeeping Principles and Guidelines*, 2008, in <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-peacekeeping-operations-principles-and-guidelines-the-capstone-doctrine/>.

| Sergio Marchisio * |

La protezione dell'ambiente nel post bellum

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. Il divieto di danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente. – 3. Il diritto ambientale di fronte alle sfide *post bellum*. – 4. Situazioni postbelliche e diritti umani: il diritto a un ambiente sano. – 5. La protezione ambientale negli accordi di pacificazione. – 6. Il Progetto di principi sulla protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati. – 7. La protezione dell'ambiente nelle operazioni di *peacebuilding*.

1. *Considerazioni generali*

Il presente contributo riguarda la tutela giuridica dell'ambiente nelle situazioni postbelliche, al fine di verificare quali norme internazionali si applicano in quei contesti e il loro grado di evoluzione. I conflitti armati provocano sull'ambiente impatti che non si limitano alla durata delle ostilità, ma si estendono oltre la loro conclusione, mettendo a repentaglio l'opera di pacificazione e di consolidamento della pace. Ai fini di questo lavoro, il periodo postbellico inizia con la cessazione delle ostilità e si protrae finché non si perviene a una condizione consolidata e definitiva di pace. I territori che hanno costituito teatro di guerre internazionali o civili mostrano spesso duraturi e profondi segni di distruzione provocati all'ambiente e alle risorse naturali, dal degrado causato da sostanze tossiche ai residuati bellici inesplosi. Vaste aree diventano inidonee per le attività economiche e fonte di pericoli per l'incolumità delle popolazioni.

L'interesse della comunità internazionale per il tema della protezione ambientale postbellica ha iniziato a consolidarsi nel quadro delle Nazioni Unite, in particolare per l'impegno del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), organo sussidiario dell'Assemblea generale istituito dopo la Conferenza di Stoccolma del 1972. Nel 1999, l'UNEP ha istituito la *Balkans Task Force* con l'obiettivo di valutare i danni ambientali provocati dal conflitto in Kosovo. Da allora, il Programma ha condotto più di 20 *post-conflict environ-*

* Professore ordinario di diritto internazionale, Sapienza Università di Roma.

mental assessments, in vari Paesi¹. Dai relativi rapporti si evince quanto i conflitti armati contribuiscano al degrado ambientale e alla distruzione delle risorse naturali, e quali effetti negativi a lungo termine provochino sulla salute delle popolazioni, l'economia locale e l'accesso all'acqua².

Inoltre, l'aumento del numero di conflitti, di carattere internazionale e interno, originati da cause legate all'uso delle risorse naturali, ha confermato l'esigenza di una gestione sostenibile e razionale di tali risorse, che costituiscono componente fondamentale di una pace stabile e duratura³.

Ecco, il punto centrale della protezione dell'ambiente nelle situazioni post-belliche è costituito proprio dal contributo che la tutela ambientale è in grado di offrire alla realizzazione di una pace sostenibile. *Building a sustainable peace*, parola d'ordine della comunità internazionale, dipende quindi in larga misura dall'attenzione per un ritrovato equilibrio ecologico.

L'ONU in quanto tale si è concentrata soprattutto sulla tutela ambientale durante i conflitti armati, a partire dal 1991, anno in cui è stato inserito all'ordine del giorno dell'Assemblea generale il seguente punto: *Exploitation of the environment as a weapon in times of armed conflict and the taking of practical measures to prevent such exploitation*, successivamente ridenominato *Protection of the environment in times of armed conflict*. Due anni dopo, l'Assemblea generale ha adottato la Risoluzione n. 47/37, che ha riconosciuto l'importanza delle disposizioni di diritto internazionale applicabili alla tutela ambientale nel corso dei conflitti armati, e ha raccomandato agli Stati di incorporare tali disposizioni nei propri manuali militari⁴. L'Assemblea, a sua volta, ha invitato il Segretario generale a predisporre un rapporto sui lavori del Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) relativi a tale argomento⁵.

¹ Fra gli altri, Albania, Afghanistan, Costa d'Avorio, Iraq, Libano, Liberia, Macedonia, Montenegro, Serbia, Sudan, Territori palestinesi occupati.

² Nel rapporto del 2002 sull'Afghanistan, l'UNEP osservava che i circa 25 anni di conflitto armato avevano provocato «widespread human suffering and environmental devastation across the country»; in quello sulla Costa d'Avorio del 2015 si evidenziavano le conseguenze di lungo periodo dell'inquinamento delle acque della città di Abidjan. V. anche D. JENSEN, *Evaluating the Impact of UNEP's Post-Conflict Environmental Assessments*, in D. JENSEN-S. LONERGAN (eds.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post Conflict Peacebuilding*, Londra, 2012, pp. 17-62.

³ D. DAM-DE JONG, *Building a Sustainable Peace: How Peace Processes Shape and Are Shaped by the International Legal Framework for the Governance of Natural Resources*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019, pp. 21-32; v. anche C. PAYNE, *The Norm of Environmental Integrity in Post-conflict Legal Regimes*, in C. STAHN-J.S. EASTERDAY-J. IVERSON (eds.), *Jus Post Bellum. Mapping the Normative Foundations*, Oxford, 2014, pp. 502-518.

⁴ *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, A/RES/47/37, 9 February 1993. I "manuali militari" sono documenti di diritto interno, che hanno natura vincolante o non vincolante in forza dello strumento sulla cui base sono adottati. Essi hanno contenuti di carattere operativo e tecnico e sono indirizzati alle forze armate.

⁵ UNEP, *Protecting the Environment During Armed Conflict an Inventory and Analysis of International Law*, Nairobi, 2009, p. 42; *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts*

Nel 1994, il CICR ha pubblicato le *Linee guida per i manuali militari e le istruzioni sulla protezione dell'ambiente in tempo di conflitto armato*, poi aggiornate nel 2020 al fine di indirizzarle anche ad attori non statali⁶. Quantunque l'oggetto principale delle Linee guida sia, come rilevato, la tutela dell'ambiente durante i conflitti armati, nondimeno alcuni dei loro contenuti sono rilevanti anche per la tutela dell'ambiente nel periodo successivo al conflitto. Valga il caso, significativo, delle misure atte a rimuovere le mine e gli ordigni bellici inesplosi alla cessazione delle ostilità⁷. Ma, come sottolineato dallo stesso CICR, le Linee guida sono focalizzate soprattutto sulla protezione dell'ambiente durante i conflitti armati, alla luce delle norme applicabili del diritto internazionale umanitario.

Nell'ultimo decennio, infine, la prospettiva delle Nazioni Unite circa le interazioni tra ambiente e conflitti armati è stata estesa alla protezione ambientale postbellica. Due sono le principali direttrici di questa prospettiva. Da un lato, la Commissione del diritto internazionale (CDI) ha avviato il Progetto di principi sulla protezione dell'ambiente in relazione a un conflitto armato, nel cui contesto ampio spazio è riservato alla formulazione di norme e raccomandazioni sulla ricostruzione postbellica. Dall'altro lato, considerazioni di carattere ambientale sono state incluse nella regolamentazione delle operazioni di *peacebuilding* e costruzione della pace in Paesi sconvolti da gravi conflitti armati.

In buona sostanza, si è ormai consolidata la consapevolezza, grazie all'azione delle Nazioni Unite, secondo la quale la costruzione di una pace sostenibile dipende dall'integrazione di tre dimensioni egualmente essenziali: la tutela ambientale, lo sviluppo economico e lo sviluppo sociale. Questo è il paradigma che ispira le direttive d'azione delle Nazioni Unite rivolte agli attori coinvolti nei processi di pace.

2. Il divieto di danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente

Se volgiamo la nostra attenzione alle norme del diritto internazionale vigenti, possiamo rilevare come alcune di esse sono funzionali non solo alla tutela ambientale nel corso dei conflitti, ma anche alla protezione dell'ambiente postbellico. Questo vale anzitutto per il diritto internazionale umanitario, applica-

(Ms. Marie G. Jacobsson), Official Records of the General Assembly, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/66/10), Annex E, p. 353.

⁶ *Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, UN Doc. A/49/323, 19 August 1994; *Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, 2020, pp. 13-14.

⁷ *Ibid.*, pp. 96-100.

bile nel corso dei conflitti armati, ma rilevante anche nella fase successiva. È indubbio, infatti, che il contenimento delle conseguenze avverse dei conflitti sull'ambiente e sulle risorse naturali non può prescindere dalla protezione garantita nel corso delle ostilità (vedi il divieto di impiegare mezzi e metodi di combattimento che provocano danni ambientali estesi, durevoli e gravi). Tuttavia, è essenziale che tale protezione si estenda anche alle fasi successive, quando si opera per consolidare lo stato di pace.

Come ha affermato la Corte internazionale di giustizia (CIG) nel parere del 1996 sulla *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, i due elementi del diritto internazionale umanitario, il diritto dell'Aja e il diritto di Ginevra, devono essere considerati come «*one single complex system, known today as international humanitarian law*». Per la tutela dell'ambiente, assumono particolare rilievo i principi di distinzione, necessità e proporzionalità, codificati nei Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra⁸. La Corte ha chiarito che: «*States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives. Respect for the environment is one of the elements that goes into assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality*»⁹.

Inoltre, è particolarmente rilevante, ai fini della tutela ambientale *post bellum*, il divieto di utilizzare mezzi e metodi di combattimento che arrechino, o possano prevedibilmente arrecare all'ambiente naturale danni diffusi, durevoli e gravi. Tale proibizione è contenuta negli articoli 35 e 55 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977¹⁰. I tre elementi che qualificano il danno, comuni a entrambe le disposizioni, implicano per sottrazione che non tutti i danni causati nel corso del conflitto armato rientrano nella nozione

⁸ Applicando il principio di distinzione, che proibisce attacchi contro obiettivi civili, nessun elemento dell'ambiente naturale può essere oggetto di attacchi, a meno che non costituisca un obiettivo militare. Con riferimento al principio di necessità, un attacco contro un obiettivo legittimo sarà tale solo se, pur provocando danni ambientali, esso si impone per ragioni di impellente necessità militare. Il principio di proporzionalità stabilisce invece che un attacco contro un obiettivo militare legittimo è vietato se si prevede che possa causare danni accidentali a civili o oggetti civili, che eccedono il vantaggio militare atteso. Il principio di proporzionalità impone alle parti belligeranti di astenersi dal condurre un attacco che, seppur indirizzato contro un obiettivo militare legittimo, porterebbe ad una distruzione dell'ambiente superiore al vantaggio militare ottenuto. Cfr. Y. DINSTEIN, *Protection of the Environment in International Armed Conflict*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 523–549.

⁹ *ICJ Reports 1996*, pp. 226 e 242.

¹⁰ L'art. 35, par. 3, qualifica tale divieto come norma base. L'art. 55 dispone «*(c)are shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population*». Il paragrafo 2 della medesima disposizione proibisce gli attacchi all'ambiente a titolo di rappresaglia.

accolta dal Protocollo. Il diritto internazionale umanitario, infatti, sopporta alcuni danni come conseguenze accidentali e inevitabili del conflitto. Ora, la soglia del danno illecito appare elevata, poiché deve trattarsi di danni diffusi, durevoli e gravi in senso cumulativo¹¹. Secondo il CICR, si tratta di una scelta intenzionale, evidenziata nei lavori preparatori, da cui si desume che il divieto imposto dall'articolo 35 è assoluto e non cede neppure di fronte alla necessità militare.

La nozione di danno durevole rileva ai fini della questa trattazione, poiché identifica conseguenze avverse sull'ambiente che possono prolungarsi ben oltre la cessazione delle ostilità. I lavori preparatori del Protocollo evidenziano che il termine "durevole" è stato inteso, dalla maggioranza degli Stati, come equivalente a un periodo almeno decennale¹². In quella sede, si è infatti sottolineato che: «(w)hat the article is primarily directed to is thus such damage as would be likely to prejudice, over a long term, the continued survival of the civilian population or would risk causing it major health problems»¹³. In questo senso, si può affermare che il divieto sancito dal I Protocollo addizionale è funzionale alla tutela ambientale nella fase successiva ad un conflitto, anche se la tutela copre solamente danni durevoli provocati da conflitti armati internazionali. Nel corso dei lavori preparatori del II Protocollo, l'Australia aveva proposto di prevedere un divieto analogo per i conflitti armati non internazionali, ma la proposta fu lasciata cadere per semplificare il testo e facilitarne l'adozione¹⁴.

La nozione di danni estesi, durevoli e gravi all'ambiente si rinviene anche nel diritto internazionale penale, che riguarda le condotte individuali suscettibili di provocarli. Il Progetto di articoli sui crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, adottato in prima lettura dalla CDI nel 1991, conteneva 12 fattispecie di crimini individuali internazionalmente rilevanti. L'articolo 26 stabiliva che «(a)n individual who wilfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on

¹¹ Gli stessi aggettivi sono utilizzati nella Convenzione sul divieto dell'uso di tecniche di modifica dell'ambiente a fini militari o ad ogni altro scopo ostile (Convenzione ENMOD) che proibisce «*environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party*». A differenza di quanto si è detto sul I Protocollo alle Convenzioni di Ginevra, i requisiti di gravità, estensione e durevolezza non vengono considerati in modo cumulativo, come può evincersi dall'uso nel testo della congiunzione disgiuntiva "or". La soglia di operatività del divieto previsto dalla Convenzione ENMOD risulta dunque più bassa di quella del I Protocollo. Infatti, il divieto di modifiche ambientali opera anche se uno solo dei requisiti è soddisfatto. Tuttavia, lo scopo della Convenzione ENMOD è limitato alle tecniche di modifica dell'ambiente e non comprende i danni ambientali provocati da altri tipi di armi.

¹² CDDH/215/Rev.1, par. 27.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ICRC, *Customary International Law Database*, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule45.

conviction thereof, be sentenced». Nella versione finale del Progetto, adottata nel 1996, il Relatore speciale Tomuschat ritenne opportuno eliminare tale riferimento, per concentrare i lavori sui principali crimini contro la pace. I lavori sul Progetto sono stati poi definitivamente sospesi, come è noto, per dare priorità ai lavori sullo Statuto della Corte penale internazionale.

Lo Statuto di Roma del 1998 riprende la nozione di crimine internazionale ambientale e identifica come crimini di guerra alcuni comportamenti definiti dall'articolo 8, paragrafo 2, lettera *b)*, *iv)*, come attacchi sferrati deliberatamente per provocare danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale, manifestamente eccessivi rispetto ai vantaggi militari previsti. La disposizione non costituisce un passo in avanti rispetto alle menzionate norme di diritto internazionale umanitario e mantiene l'elevata soglia di qualificazione del danno degli articoli 35 e 55 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra. Inoltre, come nel caso delle disposizioni di diritto internazionale umanitario, essa esclude la criminalizzazione di condotte individuali poste in essere nel contesto di conflitti armati non internazionali.

La Corte penale internazionale ha affrontato la questione dello sfruttamento illecito di risorse naturali durante i conflitti armati nei procedimenti contro *Bosco Ntaganda* e *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*¹⁵, che testimoniano crescente attenzione per le questioni ambientali. Inoltre, nel settembre del 2016, l'Ufficio del Procuratore della Corte ha adottato un *policy paper* su *Case Selection and Prioritisation* (PCSP). In esso si afferma che, nell'esercizio della sua discrezionalità, l'Ufficio del Procuratore debba concentrare la sua attenzione su crimini commessi attraverso, o risultanti da azioni di distruzione ambientale e sfruttamento illecito di risorse naturali¹⁶.

3. Il diritto ambientale di fronte alle sfide post bellum

Le situazioni postbelliche trovano poi piena cittadinanza nel contesto del diritto internazionale ambientale, inteso come complesso di norme che mirano a realizzare la tutela dell'ambiente e l'uso equilibrato delle risorse naturali¹⁷.

¹⁵ Sentenza 8 luglio 2019, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Situation in the Democratic Republic of the Congo*, par. 440; decisione 12 luglio 2010, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Situation in Darfur, Sudan, Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 July 2010, par. 38-39.

¹⁶ CPI, Ufficio del Procuratore, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 settembre 2016, par. 41, p. 14.

¹⁷ Per una trattazione dettagliata, rinvio a S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI-P. FOIS-S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017, pp. 1-60.

Elemento centrale è costituito dal Principio 24 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992, il quale riconosce la portata intrinsecamente distruttiva della guerra sullo sviluppo sostenibile, e raccomanda agli Stati di rispettare gli obblighi di protezione dell'ambiente esistenti nel diritto internazionale e cooperare al loro sviluppo. Il Principio 24, richiamato anche nel parere della CIG sulla *Liceità*¹⁸, è strettamente associato al Principio 25 della Dichiarazione, che riconosce l'interdipendenza e l'indivisibilità della pace, della protezione ambientale e dello sviluppo sostenibile.

Il diritto internazionale ambientale si applica senza restrizioni in tempo di pace, ma nel suo ambito sono ancora scarse le norme specificamente attinenti alla protezione dell'ambiente nel periodo successivo alla cessazione delle ostilità fino al consolidamento della pace.

Certo, non mancano accordi internazionali che sono idonei a tutelare l'ambiente di fronte alle sfide poste dalle situazioni postbelliche. Ricordiamo il caso dell'applicazione della Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale mondiale, adottata il 16 novembre 1972 dall'UNESCO, alla tutela di cinque siti dichiarati patrimonio dell'umanità e controllati dai ribelli durante il conflitto armato nella Repubblica Democratica del Congo (DRC) tra il Movimento per la liberazione del Congo e l'esercito nazionale. Questi siti sono stati inseriti nella *List of World Heritage in Danger* e, nel 1999, l'*Institut Congolais pour la Conservation de la Nature* ha chiesto il supporto del Comitato UNESCO per la protezione e la gestione degli stessi nelle ultime fasi del conflitto e nel periodo postbellico¹⁹. Con l'intervento dell'UNESCO, sono state realizzate azioni di *green diplomacy*, nonché il rafforzamento del quadro istituzione della DRC in funzione della tutela di quei siti²⁰.

Va poi considerato il contributo del diritto dell'ambiente che riguarda altri due aspetti. Anzitutto, è frequente che lo Stato il cui territorio è stato interessato da un conflitto armato, adotti, al termine, atti legislativi diretti alla tutela dell'ambiente e ispirati al diritto internazionale ambientale. È il caso dell'Iraq che, nel 2009, ha adottato una legge sulla protezione e il miglioramento dell'ambiente in sostituzione di un testo precedente del 1997²¹. Ancora, la Repubblica democratica del Congo ha emanato a due riprese leggi in materia ambientale

¹⁸ La Corte ha fatto riferimento al Principio 24 per confermare l'obbligo degli Stati di considerare la tutela ambientale come parametro di valutazione della necessità e proporzionalità di un'azione.

¹⁹ UNESCO Comitato del patrimonio mondiale, *State of Conservation of the Properties Inscribed on the List of World Heritage in Danger*, Doc. WHC-99/CONF.209/13, 18 ottobre 1999.

²⁰ B. SJÖSTEDT, *The Ability of Environmental Treaties to Address Environmental Problems in Post-Conflict*, in C. STAHN-J. IVERSON-J.S. EASTERDAY (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices*, Oxford, 2017, pp. 73-92.

²¹ C. BRUCH, *Considerations in Framing the Environmental Dimensions of Jus Post Bellum*, in C. STAHN-J. IVERSON-J.S. EASTERDAY (eds.), *Environmental Protection*, cit., pp. 29-39.

che dispongono la conservazione della diversità biologica di flora e fauna e la loro preservazione da tutti i fattori di degrado²². Va anche ricordata l'*Environmental Policy* elaborata dal Dipartimento delle Nazioni Unite per le operazioni di *peacekeeping* (DPKO) e dal Dipartimento per il supporto sul campo (DFS), la quale, come si dirà, estende l'applicazione di norme e principi di diritto ambientale alle operazioni di pace²³.

4. Situazioni postbelliche e diritti umani: il diritto a un ambiente sano

Dopo le guerre, riprendono pieno vigore le norme relative alla tutela dei diritti umani, che sono applicabili anche in tempo di conflitto armato e dispiegano pienamente la loro efficacia in tempo pace. Nell'opinione individuale sul caso *Gabcikovo-Nagymaros* (1997), il giudice Weeramantry ha affermato: «*The protection of the environment is likewise a vital part of contemporary human rights doctrine, for it is a sine qua non for numerous human rights such as the right to health and the right to life itself. It is scarcely necessary to elaborate on this, as damage to the environment can impair and undermine all the human rights spoken of in the Universal Declaration and other human rights instruments. While, therefore, all peoples and States have the right to initiate development projects and enjoy their benefits, there is likewise a duty to ensure that those projects do not significantly damage the environment*»²⁴. Una prospettiva, questa, in cui il danno all'ambiente è configurato come serio ostacolo al pieno godimento di tutti i diritti umani sanciti dalla Dichiarazione universale del 1948.

Non a caso, il diritto umano all'ambiente si è consolidato anche nel quadro di quelle convenzioni regionali che originariamente non lo contemplavano, come la Convenzione europea dei diritti umani del 1950 (CEDU). La giurisprudenza della Corte europea ha, infatti, riconosciuto che il deterioramento dell'ambiente può impedire all'individuo il godimento di alcuni diritti, quale il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), anche nel caso in cui la sua salute non sia stata posta seriamente in pericolo²⁵.

Del resto, le convenzioni regionali che hanno fatto seguito a quella europea hanno recepito un espresso riferimento al diritto umano ad un ambiente sano.

²² *Loi n° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement; Loi n° 14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, Journal officiel de la République Démocratique du Congo, Présidence de la République.

²³ DPKO-DFS, *Environmental Policy for UN Field Missions*, New York, 2009.

²⁴ *ICJ Reports 1997*, p. 91.

²⁵ V. *Environment and the European Convention on Human Rights, Factsheet Environment and ECHR*, December 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf.

Così, l'articolo 24 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 stabilisce che «(a)ll peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development».

Il 6 febbraio 2020, la Corte interamericana dei diritti umani ha adottato una decisione storica nel caso *Comunità indigene della Lhaka Honhat Association c. Argentina*, ricavando i diritti a un ambiente sano, alla proprietà appartenente alle comunità indigene, all'identità culturale, al cibo e all'acqua sulla base dell'articolo 26 della Convenzione americana sui diritti umani, che riguarda lo sviluppo progressivo dei diritti economici, sociali e culturali²⁶. Tale norma era già stata già valorizzata dalla Corte nel parere del 15 novembre 2017, richiesto dalla Colombia, in cui ha riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale ad un ambiente sano ai sensi della Convenzione americana; ha articolato un nuovo test per determinare l'applicazione extraterritoriale della Convenzione nei casi di danno ambientale; e ha chiarito il contenuto dell'obbligo di prevenire i danni ambientali transfrontalieri come una questione concernente il diritto internazionale dei diritti umani²⁷. In tal modo, è stata colmata la lacuna della Convenzione americana dei diritti umani, che non menziona espressamente l'ambiente. Il riconoscimento espresso del diritto umano ad un ambiente salubre non è comunque assente nel sistema interamericano di protezione dei diritti fondamentali, in quanto lo si trova nell'articolo 11 del Protocollo di San Salvador del 1988, di cui sono parti sedici Stati, ma che non può essere oggetto di ricorsi individuali.

Sempre al regionalismo americano va attribuito il merito di aver promosso la conclusione dell'Accordo sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica e la giustizia in materia ambientale in America Latina e nei Caraibi, adottato a Escazú il 4 marzo 2018.

5. La protezione ambientale negli accordi di pacificazione

Per quanto riguarda la tutela dell'ambiente nel quadro delle regolamentazioni postbelliche, è evidente il ruolo importante che svolgono gli accordi di pacificazione conclusi per facilitare il passaggio dalla guerra alla pace al termine di conflitti armati internazionali o guerre civili²⁸. Nel contesto della ne-

²⁶ Art. 26, "Sviluppo progressivo": «The States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires».

²⁷ Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo n. OC-23/17, 15 novembre 2017 (*Series A*).

²⁸ V. C. CARLETTI, *Gli accordi di pacificazione nel diritto internazionale*, Torino, 2008; v. anche C. BELL, *Peace Agreements: Their Nature and Legal Status*, in *American Journal of International*

goziazione di tali accordi, le parti già belligeranti, in genere autorità statali e gruppi già ribelli, hanno presente il rischio che il degrado ambientale e la distruzione delle risorse naturali possano compromettere il processo di pace. Per questo, la tutela dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali trovano adeguata collocazione negli accordi di pacificazione.

Si tratta peraltro di una evoluzione relativamente recente, come conferma il rapporto congiunto pubblicato nel 2015 dal Dipartimento degli affari politici delle Nazioni Unite e dall'UNEP, secondo il quale tutti gli accordi di pace conclusi tra il 2005 e il 2014, contengono disposizioni relative alle risorse naturali²⁹. La prassi degli accordi di pace offre quindi una vasta gamma di disposizioni di contenuto variabile, ma comunque riferibile alla tutela dell'ambiente *post bellum*, che vanno da un generico riferimento all'equa distribuzione dei benefici derivanti dall'uso delle risorse naturali, all'istituzione di meccanismi di soluzione delle controversie che potrebbero sorgere in relazione a esse.

Valgano per tutti alcuni esempi. L'Accordo di pace concluso nel 1994 tra Israele e Giordania dedica l'Annesso IV all'ambiente, nei seguenti termini: «*Israel and Jordan acknowledge the importance of the ecology of the region, its high environmental sensitivity and the need to protect the environment and prevent danger and risks for the health and well-being of the region's population. They both recognise the need for conservation of natural resources, protection of biodiversity and the imperative of attaining economic growth based on sustainable development principles*»³⁰.

Ancora, l'Accordo che ha posto fine al conflitto nella Repubblica del Sud Sudan, ha vincolato il Governo transitorio di unità nazionale a elaborare politiche appropriate ai fini della preservazione, conservazione dell'ambiente e utilizzo sostenibile delle risorse³¹. Anche l'Accordo per la pace e la riconciliazione in Mali risultante dal processo di Algeri, firmato ad Algeri nel 2015 tra il governo maliano e i movimenti Tuareg, attribuisce particolare rilievo alla

Law, 2006, pp. 373-412; S. VAN HOOOSTRATEN-N. SCHRIJVER-O. SPIJKERS-A. DE JONGH, *The Sudan Peace Agreement (2005)*, in S. VAN HOOOSTRATEN-N. SCHRIJVER-O. SPIJKERS-A. DE JONGH (eds.), *The Art of Making Peace: Lessons Learned from Peace Treaties*, Leida-Boston, 2017, pp. 69-111; N. CASPERSEN, *Peace Agreements: Finding Solutions to Intra-State Conflicts*, Malden, 2017, pp. 15-39.

²⁹ Gli accordi presi in considerazione sono i seguenti: *Aceh Peace Agreement (Memorandum of Understanding)* (2005), *Sudan Comprehensive Peace Agreement* (2005), *Nepal Comprehensive Peace Agreement* (2006), *Eastern Sudan Peace Agreement* (2006), *Goma Peace Agreement* (2009), *Darfur Peace Agreement (o Doha Agreement)* (2011), *Kampala Dialogue* (2013), *Comprehensive Agreement on the Bangsamoro* (2014).

³⁰ *Treaty of Peace Between the State of Israel and the Hashemite Kingdom of Jordan*, 26 ottobre 1994, Arava/Araba Crossing Point, Allegato IV, <https://www.peaceagreements.org/viewmaster/document/594>.

³¹ *Agreement on the Resolution of the Conflict in the Republic of South Sudan*, 17 agosto 2015, Addis Ababa, Cap. IV, art. 5, <https://peacemaker.un.org/node/2676>.

protezione delle risorse naturali del bacino del Niger³². Infine, l'Accordo di pace firmato nel 2016 tra la Colombia e le FARC contiene numerosi riferimenti all'esigenza di assicurare lo sviluppo sostenibile del paese, attraverso un accesso regolamentato alle risorse naturali e adeguati strumenti di protezione dell'ambiente³³.

6. Il Progetto di principi sulla protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati

L'interesse della comunità internazionale per gli aspetti relativi alla tutela ambientale in situazioni postbelliche, ha trovato un significativo momento di evoluzione grazie all'azione congiunta di UNEP e CICR, evidenziata nel rapporto *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*, nel quale le due istituzioni hanno invitato la CDI a esaminare «*the existing international law for protecting the environment during armed conflict and recommend how it can be clarified, codified and expanded*»³⁴.

La Commissione ha accolto il suggerimento, adottando un *syllabus* esplicativo, ed estendendo la portata dei suoi lavori in questa materia a tutte le fasi temporali di un conflitto: il periodo precedente, quello delle ostilità e quello successivo³⁵. Nel 2013, il tema è stato quindi inserito nell'ordine del giorno della Commissione con il titolo *Protection of the environment in relation to armed conflicts*, relatrice speciale Marie Jacobsson. Nel 2019 è stata completata la prima lettura dei 28 Principi del Progetto di principi sulla protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati, e la Commissione ha chiesto a Stati e organizzazioni internazionali di inviare commenti e osservazioni entro il 1° dicembre 2020, al fine di procedere alla seconda lettura nel 2021.

Anche un rapido sguardo al Progetto in questione consente di rilevare che, mentre alcuni principi riproducono obblighi internazionali già esistenti, altri

³² *Agreement for Peace and Reconciliation in Mali Resulting from the Algiers Process*, 15 maggio 2015, Bamako, https://www.un.org/en/pdfs/EN-ML_150620_Accord-pour-la-paix-et-la-reconciliation-au-Mali_Issu-du-Processus-d'Alger.pdf.

³³ *Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace Between the National Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army (FARC-EP)*, 24 novembre 2016, Bogotá, <https://theasiadialogue.com/wp-content/uploads/2018/02/acuerdo-final-ingles.pdf>; v. anche C. BELL, *Lex Pacificatoria Colombiana: Colombia's Peace Accord in Comparative Perspective*, in *American Journal of International Law*, 2017, pp. 165-171.

³⁴ UNEP, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*, Nairobi, 2009, p. 56.

³⁵ Si è deciso poi di escludere dalla trattazione alcuni temi: specifiche armi (come quelle nucleari), l'acqua e la protezione del patrimonio culturale.

invece incoraggiano gli Stati a promuovere la protezione dell'ambiente adottando misure non previste dalle norme in vigore. Quindi, anche in questa materia la Commissione del diritto internazionale ha affiancato alla codificazione lo sviluppo progressivo del diritto.

Il Progetto di principi, suddiviso in cinque parti, valorizza il legame tra diritto umanitario e diritto ambientale e dedica l'ultima parte alla tutela *post bellum*³⁶. Al riguardo, può dirsi che esso recepisce la prassi, cui si farà riferimento, in materia di tutela ambientale nel corso delle operazioni di pace, attraverso misure di prevenzione, mitigazione e ripristino, per limitare il loro impatto negativo sull'ambiente. Esso raccomanda, inoltre, l'inclusione di disposizioni relative alla tutela ambientale negli accordi di pace, come parte integrante del processo di pacificazione, indirizzandosi agli attori statali e non statali³⁷.

In linea con la prassi convenzionale più recente in tema di protezione dell'ambiente, il Progetto valorizza il ruolo dell'accesso alle informazioni come elemento fondamentale per efficaci misure di ripristino ambientale nel contesto postbellico. L'accesso alle informazioni da parte degli individui è previsto infatti da vari strumenti di diritto ambientale e costituisce un aspetto importante del diritto a un ambiente sano³⁸. Ancora, le Linee guida dell'UNEP sull'integrazione dell'ambiente nelle valutazioni post-belliche includono un riferimento all'importanza della partecipazione pubblica e dell'accesso alle informazioni³⁹.

Quanto alle misure di ripristino ambientale nelle situazioni di dopoguerra, la Commissione si concentra specificamente sulla questione dei residui bellici, cui il Progetto fa riferimento nei Principi 27 e 28, stabilendo l'obbligo per le parti di rimuovere o rendere innocui tutti i residui tossici o dannosi che causino o possano causare danni all'ambiente naturale. Il Commentario al Progetto chiarisce che si tratta di un obbligo di risultato che fa salvi gli obblighi derivanti da norme di diritto internazionale in materia di residui bellici⁴⁰. Questo obbligo di risultato sorge in capo ai soggetti relativamente a quei residui che si trovano sotto la loro giurisdizione e il loro controllo, comprendendo quindi anche le situazioni in cui il soggetto tenuto a adempiere l'obbligo esercita un controllo *de facto*.

³⁶ *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts*, ILC Report, (A/74/10), 2019, p. 215.

³⁷ *Ibid.*, p. 281.

³⁸ Vedi *supra* il citato Accordo di Escazù.

³⁹ *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts*, ILC Report, (A/74/10), 2019, VI, par. 58-71, p. 287.

⁴⁰ Norme sui residui bellici sono ad esempio contenute nel II Protocollo e nel V Protocollo alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980; Convenzione del 2008 sul divieto d'impiego, stoccaggio, produzione e trasferimento delle mine antipersona e sulla loro distruzione del 1997; Convenzione sulle munizioni a grappolo; Convenzione del 1993 sulla proibizione dello sviluppo, produzione, immagazzinaggio ed uso di armi chimiche e sulla loro distruzione.

La questione dei residuati bellici in mare viene trattata separatamente poiché presenta numerosi aspetti peculiari. I diritti e gli obblighi degli Stati variano, infatti, a seconda che i residuati si trovino nelle acque territoriali, nella zona economica esclusiva o in alto mare. Inoltre, è possibile che lo Stato costiero non abbia le risorse necessarie per rimuovere i residuati bellici dalle proprie zone marittime. Tenendo conto di questi aspetti, il Progetto invita non soltanto le Parti al conflitto, ma tutti gli Stati e le organizzazioni internazionali competenti a cooperare affinché i residuati bellici in mare non arrechino danni all'ambiente⁴¹. In questo, la Commissione sottolinea l'importanza di adottare una prospettiva di cooperazione, fondamentale nel contesto della protezione ambientale postbellica.

7. La protezione dell'ambiente nelle operazioni di peacebuilding

Abbiamo già rilevato che il Principio 25 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo sancisce l'interdipendenza e l'indivisibilità di pace, ambiente e sviluppo sostenibile. Al termine di un conflitto armato, la costruzione di una pace duratura non può infatti prescindere dal ripristino di condizioni ambientali salubri per le popolazioni che risiedono nelle aree interessate, il cui sviluppo economico e sociale può essere pregiudicato dal degrado dell'ambiente e dalla distruzione delle risorse naturali. La tutela dell'ambiente deve costituire una politica essenziale per tutti i soggetti che agiscono nella costruzione della pace in un'ottica di sviluppo sostenibile, con riguardo alle generazioni presenti e future.

Del resto, gli attori coinvolti nei processi di pace mostrano una crescente sensibilità per le tematiche ambientali. Ciò è particolarmente vero con riguardo alle missioni di *peacebuilding* delle Nazioni Unite, che si caratterizzano per lo svolgimento di funzioni non strettamente militari, come quelle umanitarie e di assistenza alla ricostruzione di paesi lacerati da conflitti armati. Tra le più articolate missioni di *peacebuilding*, con ampie competenze di governo, possiamo menzionare l'Autorità provvisoria delle Nazioni Unite in Cambogia (UNTAC), la Missione delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK) e l'Amministrazione transitoria delle Nazioni Unite a Timor Est⁴². Attività di *peacebuilding* sono inoltre di frequente inserite in più ampie missioni di *peacekeeping*⁴³.

Nel corso delle operazioni di pace, gli operatori si trovano ad affrontare sfide significative nel garantire una razionale gestione delle risorse presenti sul territorio, la cui errata gestione può avere gravi ripercussioni sugli ecosistemi dei paesi che ospitano le missioni e sulle esigenze vitali della popolazione locale,

⁴¹ *Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts, ILC Report, (A/74/10)*, 2019, pp. 293-294.

⁴² S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2012, p. 244.

⁴³ *Ibid.*, p. 197.

nonché pregiudicare il mantenimento di una pace spesso raggiunta con serie difficoltà. Da qui, la crescente attenzione per la componente ambientale nelle missioni di pace mostrata sia dagli Stati che dalle organizzazioni internazionali⁴⁴.

A livello ONU numerose sono state le iniziative sul tema. Nel 2005, l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati ha elaborato e attuato Linee guida per minimizzare l'impatto ambientale delle proprie operazioni⁴⁵. Nello stesso anno è stata istituita la Commissione delle Nazioni Unite per il consolidamento della pace (*Peacebuilding Commission*), organo sussidiario misto creato da delibere parallele dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza con il compito di identificare e rispondere alle esigenze dei paesi che escono da una fase di conflitto e guidarli alla ricostruzione⁴⁶. La Commissione ha riconosciuto l'interazione tra conflitti, ambiente e risorse naturali e ha collaborato con l'UNEP al fine di identificare le modalità attraverso cui la gestione delle risorse naturali può contribuire al processo di transizione verso la pace⁴⁷. Anche in questo contesto, le Nazioni Unite hanno quindi sottolineato come la pace e la tutela ambientale siano legate tra loro a doppio filo: se, da un lato, la gestione razionale delle risorse costituisce requisito essenziale per il raggiungimento di una pace stabile e duratura, dall'altro lato, è proprio la condizione di pace che consente di tutelare pienamente l'ambiente e le sue risorse, in un'ottica di sviluppo sostenibile.

Inoltre, nel 2016 il Consiglio di sicurezza e l'Assemblea generale hanno adottato due risoluzioni che sottolineano l'importanza di costruire una pace sostenibile e mettono in risalto le interazioni tra la costruzione della pace e lo sviluppo sostenibile, come identificato nell'Agenda 2030⁴⁸.

Vi è poi un ulteriore aspetto da evidenziare. La protezione ambientale e la gestione sostenibile delle risorse naturali sono funzionali all'efficacia stesse delle operazioni di pace⁴⁹. Mentre una gestione errata delle risorse naturali può incrementare le probabilità di un nuovo scoppio delle ostilità, l'attenzione per

⁴⁴ Si segnalano ad esempio i rapporti dell'Unione Europea *Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for EU-led Military Operations*, 14 settembre 2012, (EEAS 01574/12); e della NATO, *Joint NATO Doctrine for Environmental Protection During NATO-led Military Activities*, 8 marzo 2018, (NSO(Joint)0335(2018)EP/7141).

⁴⁵ Alto Commissariato ONU per i rifugiati, *Environmental Guidelines*, 2005.

⁴⁶ S. MARCHISIO, *L'ONU*, cit., p. 181.

⁴⁷ Commissione ONU per il *peacebuilding* (Working Group on Lessons Learned), *Key Insights, Principles, Good Practices and Emerging Lessons in Peacebuilding*, sessione speciale, 12 giugno 2008, p. 9.

⁴⁸ *Review of the United Nations Peacebuilding Architecture*, A/RES/70/262, 27 aprile 2016; S/RES/2282, 27 aprile 2016.

⁴⁹ V. C. BRUCH-D. JENSEN-M. NAKAYAMA-J. UNRUH-R. GRUBY-R. WOLFARTH, *Post-Conflict Peace Building and Natural Resources*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 2008, pp. 58-96.

l'ambiente e le sue risorse può contribuire al consolidamento della pace, garantendo migliori condizioni socioeconomiche e favorendo il dialogo, la cooperazione e il *confidence building* tanto tra le parti prima belligeranti, quanto tra i componenti della missione di *peacebuilding* e la popolazione locale⁵⁰.

Questo nell'ottica di quanto sottolineato, già nel 2007, dal Consiglio di sicurezza circa «*the crucial role that the Peacebuilding Commission, together with other UN and non-UN actors, can play, in post-conflict situations, in assisting governments, upon their request, in ensuring that natural resources become an engine for sustainable development*»⁵¹. L'anno successivo, l'UNEP ha avviato il programma *Environmental Cooperation for Peacebuilding*, al fine di identificare opportunità e buone prassi nell'interazione tra ambiente e operazioni di consolidamento della pace. Esso ha individuato sette priorità tematiche, che variano dal miglioramento della gestione delle risorse naturali, alla diplomazia ambientale, con particolare attenzione al coinvolgimento delle donne nella componente ambientale dei processi di pace⁵². La diplomazia ambientale, o *green diplomacy*, viene descritta dall'UNEP come attività orientata a facilitare l'uso condiviso di risorse naturali e la risposta ai problemi ambientali attraverso la promozione del dialogo, della costruzione della fiducia e della cooperazione⁵³. Si torna quindi al messaggio fondamentale: la tutela ambientale come motore dei processi di pace.

Sulla stessa linea si è mosso il rapporto del Segretario generale del 2010 dal titolo *Peacebuilding in the Immediate Aftermath of Conflict*, che ribadisce l'importanza di integrare strategie di tutela dell'ambiente quale parte integrante delle operazioni di *peacebuilding*⁵⁴. A sua volta, il Dipartimento delle operazioni sul campo (DFS) delle Nazioni Unite ha elaborato nel 2017 una Strategia ambientale con l'obiettivo di rendere operative entro giugno 2023 missioni responsabili per raggiungere il massimo dell'efficienza nell'uso delle risorse naturali e operare minimizzando i rischi per le popolazioni, le società e gli ecosistemi⁵⁵. La Strategia mira a limitare l'impatto ambientale delle missioni sul-

⁵⁰ UNEP, *From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment*, Nairobi, 2009, p. 19.

⁵¹ *Statement by the President of the Security Council*, S/PRST/2007/22, 25 giugno 2007, p. 2.

⁵² UNEP, *Environmental Cooperation for Peacebuilding Programme, Final Report*, Nairobi, 2016.

⁵³ V. anche UNEP, *Natural Resources and Conflict. A Guide for Mediation Practitioners*, Nairobi, 2015.

⁵⁴ Segretario generale delle NU, *Report of the Secretary General on Peacebuilding in the Immediate Aftermath of Conflict*, A/64/866-s/2010/386, 2010. Le forze armate svedesi hanno sviluppato una strategia di valutazione biunivoca che, da un lato, considera l'impatto dell'ambiente sui componenti della missione di *peacekeeping*, e, dall'altro lato, analizza l'impatto della missione sull'ambiente. F. KRAMPE, *The Environment and Peace – Environmental Policies in Peace Processes and Their Contribution to Building Peace*, ISA Annual Convention 2013, San Francisco, 2013, p. 6.

⁵⁵ DPKO-DFS, *DFS Environment Strategy Executive Summary*, New York, 2017.

le risorse del territorio, promuovendo l'utilizzo del riciclo di acqua, ed è orientata a favorire lo sviluppo di buone pratiche da parte dei componenti della missione, che possano essere d'esempio per la popolazione locale nella gestione sostenibile delle risorse⁵⁶.

Tale documento fa seguito all'*Environmental Policy* elaborata congiuntamente dall'UNEP e dal Dipartimento delle operazioni di *peacekeeping* (DPKO) nel 2009, che identifica anche una "gerarchia ambientale" nelle responsabilità e nelle competenze dei *peacekeepers* per l'elaborazione e attuazione di politiche ambientali. Nello specifico, ai Sottosegretari generali dei due Dipartimenti spetta il compito di elaborare misure adeguate ad assicurare che ciascuna missione integri considerazioni ambientali nei propri piani operativi. La diffusione di tali considerazioni è demandata al Capo della missione, che ha l'obbligo di portare a conoscenza di tutti i componenti le misure adottate. Le singole unità sono responsabili dell'attuazione della *policy* ambientale, agendo in coordinamento con l'Ufficio per l'ambiente proprio di ciascuna missione. Tutti i componenti della missione sono inoltre vincolati al rispetto della legislazione in materia ambientale dello Stato ospitante, nonché degli obblighi internazionali in materia ambientale a cui esso è vincolato, come standard minimi di condotta⁵⁷.

Dalle iniziative menzionate si evince come la componente ambientale del *peacebuilding* comprenda una pluralità di aspetti interconnessi. Da un lato, essa riguarda la minimizzazione dell'impatto delle operazioni di *peacebuilding* sull'ambiente che ne costituisce teatro; dall'altro lato, sottolinea come una gestione sostenibile e razionale delle risorse e una maggiore attenzione alla tutela ambientale possano fungere da elementi di legittimazione della presenza della missione sul territorio e delle istituzioni postbelliche agli occhi della popolazione locale⁵⁸.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ UNEP, *Greening the Blue Helmets, Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, Nairobi, 2012, p. 19; DPKO-DFS, *Environmental Policy for UN Field Missions*, New York, 2009, pp. 4-5.

⁵⁸ C. BRUCH-D. JENSEN-M. NAKAYAMA-J. UNRUH-R. GRUBY-R. WOLFARTH, *op. cit.*, p. 92.

| Stephanie Estephan* |

La libertà di fede religiosa nel Libano multiconfessionale

«L'homme est né libre, et partout il est dans les fers (...)»

JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Le contrat social*

Prendendo spunto da una riflessione del Prof. Alessandro Pace, è possibile constatare che il termine “libertà” è presente nella Costituzione italiana tredici volte, delle quali undici nella Parte I (artt. 3, 10, 11, 13, 14, 15, 33 e 41) e due nella Parte II (artt. 68 e 111). L'avverbio “liberamente” ricorre cinque volte, tutte nella già citata Parte I, in particolare negli articoli 16, 18, 19, 21 e 49. Se si escludono gli articoli 3, comma 2; 11; 36 e 41, comma 2, nei quali il vocabolo è utilizzato in senso generico, in tutti gli altri casi il Costituente allude a diritti soggettivi di cui la libertà costituisce il contenuto¹. Le singole libertà nascono e si sviluppano gradualmente, ragion per cui è preferibile parlare di libertà “al plurale”², che si trasformeranno in puntuali diritti soggettivi spettanti al soggetto privato. Diritti soggettivi appartenenti come tali al più ampio catalogo dei diritti della persona, solitamente denominati “diritti di libertà” proprio perché è la libertà a costituirne il contenuto. Per contro i filosofi discutono non già delle libertà al plurale, ma al singolare per individuarne il significato sul piano etico, sociale e politico. Tre sono le principali accezioni prospettate in sede filosofica sul concetto di libertà, riprendendo proprio la ricostruzione del Prof. Pace.

In una prima accezione, la libertà è autodeterminazione o auto causalità³, o meglio assenza di condizioni e limiti. Come affermava Aristotele, sarebbe li-

* Avvocato di origine libanese. Specializzata in pluralismo religioso.

¹ A. PACE, *Libertà e Diritti di Libertà*, contributo agli “Studi in onore di Pierfrancesco Grossi”, sviluppo di un convegno tenutosi a Bologna il 30 marzo 2009 sul tema della libertà.

² Cfr. A. PACE, *Libertà e Diritti di Libertà*, cit.; P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II ed. ampl., Torino, vol. I, 1, 1991, p. 171.

³ N. ABBAGNANO, voce *Libertà*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 510 ss.

bero solo quell'individuo che sia "causa o principio" di sé stesso. Ritroviamo questa nozione anche in Cicerone, Lucrezio, fino ad arrivare a Tommaso D'Aquino che, criticando Aristotele, eccepirà che non è necessario sostenere che l'uomo perché possa essere considerato libero sia "causa di sé": l'esserci una prima causa (Dio) non toglie nulla all'auto causalità dell'uomo.

Tale concezione, per la quale la libertà risulta tale solo se assoluta e incondizionata, è «*difficilmente utilizzabile dal giurista contemporaneo*»⁴. Al giorno d'oggi, infatti, qualsiasi ordinamento, ancorché solo tendenzialmente democratico, predispone un sistema di limiti. La Costituzione italiana evidenzia chiaramente questo concetto già all'articolo 1, comma 2, prescrivendo che la sovranità popolare può essere esercitata solo «*nelle forme e nei limiti della Costituzione*», per poi specificare, analiticamente, i limiti di ogni singolo diritto di libertà. È utile affermare inoltre che una libertà assoluta e senza limiti non può costituire il contenuto di una situazione giuridica soggettiva avente in linea di principio la caratteristica della generalità.

In una seconda accezione, la libertà, pur presupponendo il concetto di auto-determinazione, la attribuisce alla totalità e non al singolo. Dello stesso avviso era stato Cicerone, affermando che il sapiente è libero solo se si conforma all'ordine del mondo⁵. La libertà viene quindi posta in relazione con il "tutto" entro il quale l'individuo si muove, un "tutto" che si pone come necessario affinché questa stessa possa realizzarsi. La libertà così intesa, pur avendo il limite di poter essere utilizzata come base giustificatrice di un potere assoluto all'entità con la quale l'individuo si relaziona, è interessante dal punto di vista giuridico perché caratterizza, secondo parte della dottrina⁶, i tre approcci alla problematica delle libertà costituzionali: i modelli storicistico, individualistico e statalistico. Essi hanno in comune la qualificazione negativa della libertà⁷ ma con diversi significati in ognuno. Mentre nei primi due la negatività della libertà sta ad indicare che «*lo Stato non deve assorbire totalmente l'individuo in quanto questi non può essere inteso solo come animale politico*»⁸, nel terzo approccio questa costituisce l'effetto giuridico dell'astensione discrezionale dello Stato⁹.

La terza accezione, infine, identifica la libertà con la possibilità di scelta: libero è chi «*possiede, in un grado o misura determinata, possibilità determinate*»¹⁰.

⁴ A. PACE, *Libertà e Diritti di Libertà*, cit.

⁵ G.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1954, p. 51 ss.

⁶ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, II ed., Torino, 1995, p. 17 ss.

⁷ G. AMATO, voce *Libertà*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1973, p. 272 ss., secondo cui la libertà negativa è la libertà assenza di impedimenti.

⁸ F. NEWMAN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., p. 37.

⁹ G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, 2002, p. 65.

¹⁰ N. ABBAGNANO, voce *Libertà*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 510 ss.

Gli stessi pensieri erano già stati espressi anche da Hobbes, Locke, Voltaire e Kant¹¹. Tale concetto di libertà si differenzia radicalmente dalle prime due accezioni: della prima rifiuta la natura assoluta e incondizionata, mentre della seconda l'assoluto condizionamento dell'individuo da parte di un terzo soggetto. Da ciò consegue, ad esempio, che un governo può dirsi libero non solamente se scelto dai cittadini, ma se consente in certi limiti a questi ultimi una continua possibilità di scelta, intesa come facoltà in ordine al suo mantenimento, modificazione o eliminazione. Il concetto di libertà che consegue da questa terza impostazione risulta perciò il più vicino alle forme di Stato contemporanee, precisamente lo Stato costituzionale, il quale non presuppone certezze ma solo la concreta possibilità di esercizio dei diritti di libertà da parte di tutti i cittadini.

La libertà è un concetto affascinante, che suscita diverse riflessioni. In particolare, il presente articolo è incentrato sul tema della libertà di fede religiosa, espressione di ciò che più differenzia l'uomo dagli altri esseri viventi: la spiritualità. Il significato più immediato di questo termine è l'idea che oltre alla materia visibile esista un livello spirituale di esistenza, dal quale la materia tragga vita, intelligenza o almeno lo scopo di esistere. Non essendo materiale, questo mondo è del tutto al di fuori da ogni indagine empirica ed è quindi totalmente astratto, circoscritto alla mente, che è l'unica facoltà umana che lo può investigare. L'uomo è da sempre orientato verso la ricerca dell'Assoluto o di Dio (o comunque di un'entità superiore e trascendente) o di un qualcosa che possa giustificare la propria esistenza.

Il diritto alla libertà di religione è "espressione essenziale" della dignità umana¹²: il diritto fondamentale di una persona a credere o meno e manifestare la propria adesione ad una qualche confessione. Tale accezione fa sì che nella libertà di fede religiosa possa rientrare anche la tutela dell'ateo, di colui che afferma la non-esistenza di una divinità immanente, che considera il concetto di essere soprannaturale come una costruzione mentale dell'uomo, alla base di ogni stato democratico ci debba essere la libertà, per tutti e di tutti, e soprattutto la libertà di espressione, senza la quale i cittadini diverrebbero così «*perfetti sudditi di un governo autoritario*»¹³.

Il Libano, con le sue diciotto confessioni religiose tutte ufficialmente riconosciute dalla Costituzione, rappresenta un esempio di interazione di diverse culture e di conseguenza di diverse libertà da tutelare, tanto da elevarlo ad un modello per tutti gli Stati pluriconfessionali.

¹¹ T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di R. SANTI, Milano, 2001; A. ALLEGRA, *Dopo l'anima. Locke e la discussione sull'identità personale alle origini del pensiero moderno*, Roma, 2005; VOLTAIRE, *Il filosofo ignorante*, Milano, 2000; I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, Bari, 2005.

¹² Secondo quanto affermato il 5 marzo a Ginevra al Consiglio per i diritti umani dall'Arcivescovo Silvano Maria Tomasi, Osservatore Permanente della Santa Sede presso le Nazioni Unite.

¹³ R.A. DAHL, *Sulla Democrazia*, Bari, 2006.

Per quanto concerne, nello specifico, la libertà di religione, possiamo leggere in un rapporto sui diritti dell'uomo in Libano: «*La Constitution garantit la liberté de religion et le gouvernement la respecte en pratique*»¹⁴ e l'articolo 9 della Costituzione dispone che: «*La liberté de conscience est absolue. En rendant hommage à l'Être Suprême, l'Etat respecte toutes les confessions et en garantit et protège le libre exercice, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à l'ordre public. Il garantit également aux populations, à quelque rite qu'elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux*». La materia dei diritti di libertà in Libano è solamente di recente un corso di insegnamento universitario autonomo¹⁵. È stata autorevolmente rilevata una certa “decadenza della libertà”¹⁶ ma, tuttavia, esistono ancora segni di speranza. Meno astratti rispetto a quelli proclamati dai rivoluzionari del 1789, i diritti oggi si presentano molto più “realistici” e la concezione moderna ha preso sembianze molto più giuridiche che filosofiche. I diritti economici e sociali, ancora chiamati in Libano “diritti di esigere”, restano la conquista più notevole dopo la proclamazione delle “libertà di fare”. Con l'avvento di queste nuove libertà, il carattere individuale di alcune di esse comincia a sfumare, affermandosi sempre di più il carattere collettivo. I diritti di libertà nell'ordinamento libanese sono ripartiti secondo la seguente classificazione: libertà d'azione dell'individuo, che ingloba la libertà personale, di domicilio, di corrispondenza e di circolazione; libertà d'azione dei gruppi sociali, la quale ricopre le tre libertà di riunione, di manifestazione e d'associazione; libertà economica, che comprende le libertà di lavoro alle quali si aggiungono le libertà di proprietà, commercio e industria; ed infine la libertà di manifestazione del pensiero, vale a dire la libertà di coscienza, d'insegnamento e di stampa.

La necessità di isolare le parti di un tutto non deve far perdere di vista lo stretto legame che esiste tra le stesse libertà è che ne giustifica l'unità dal punto di vista del regime giuridico. Per ciò che riguarda quest'ultimo, come del resto la maggior parte della disciplina dei diritti di libertà libanesi, risulta risentire notevolmente dell'influenza dell'ordinamento francese. Come per quest'ultimo – e come anche per l'ordinamento italiano – anche in Libano troviamo il concetto di molteplicità dei diritti di libertà, tanti quanti ne ammette l'ordinamento. L'uomo, analizzato al di fuori del gruppo al quale appartiene, gode di diritti di libertà inerenti alla sua persona fisica e, è questo ciò che ci interessa, altri che rilevano del campo spirituale e intellettuale. Si rileva l'abitudine di inserire la libertà religiosa in questi ultimi, tuttavia, a causa della confessionalizzazione delle masse

¹⁴ US Department of State, *Lebanon Report on Human Rights Practices for 1997*, cit.; A. MES-SARRA, *Observatoire de la démocratie au Liban*, Beirut, in corso di stampa.

¹⁵ H.T. TABET, *Les libertés publiques en droit positif libanais*, Beirut, 1965, p. 1.

¹⁶ D. HALEVY, *La décadence de la liberté*, Parigi, 1931.

libanesi, è opportuno integrare questa libertà ai diritti comunitari¹⁷. A differenza di altri Paesi arabi, possiamo affermare che tutte le religioni sono considerate, in Libano, “religioni di Stato” e, in caso di un conflitto di leggi in materia di statuti personali, questi sono in posizione di parità nel senso che la shari’a (legge islamica) non prevale. Come precedentemente affermato, «(l) *Constitution garantit la liberté de religion et le gouvernement la respecte en pratique*». Ebbene, è importante focalizzare l’attenzione sul termine utilizzato: rispetto. La Costituzione libanese rispetta tutte le confessioni, e ciò non solo nei confronti dello Stato ma ancor prima verso gli individui e le collettività. Rispettare significa trattare qualcuno o qualcosa con rispetto e deferenza, considerare che l’altro ha un valore in sé. Questo va anche al di là della mera tolleranza: implica il riconoscimento dell’altro in quanto portatore di valori degni di considerazione¹⁸. Partendo da questa necessaria premessa, dal punto di vista contenutistico, nel Libano pluriconfessionale la libertà di fede religiosa risulta garantita sotto due aspetti: la libertà di coscienza e la libertà di culto. La prima concerne il diritto per ciascuno di scegliere liberamente di aderire o meno ad una qualsiasi forma religiosa, mentre la libertà di culto considera la religione come un fenomeno collettivo, le cui manifestazioni devono essere conformi all’ordine pubblico, unico limite previsto dalla Costituzione libanese. Gli sforzi effettuati dai costituenti, tendenti ad assicurare una maggiore libertà ed uguaglianza in materia religiosa, hanno lo scopo di assicurare il primato di un “*ordre public neutre*”¹⁹, ovvero al di sopra dell’appartenenza ad una qualche comunità religiosa. La problematica risiede nell’interpretazione della nozione di ordine pubblico in un Paese multireligioso come il Libano. Quest’ordine va inteso come quello della religione dominante, della maggioranza o quello dell’interesse generale nel rispetto dei diritti fondamentali? Essendo la religione un atteggiamento che riflette la trascendenza, ogni individuo, credente, agnostico o ateo che sia, è in qualche modo interessato alla libertà di religione, dunque ad uno «*spazio neutro d’espressione e d’azione non sorretto da una logica d’imposizione*»²⁰. La religione istituzionalizzata non può perciò invadere la sfera privata e pubblica senza nessun rischio per le libertà. Lo spazio pubblico neutro è una *conditio sine qua non* del rispetto della libertà religiosa: questo, in Libano, non è l’ordine della religione o del gruppo dominante, ma si identifica nell’interesse generale e nell’ordine rispettoso dei diritti fondamentali, nozioni le quali, come possiamo ben notare, sono alquanto vaghe.

A questo punto, appare necessario porsi il quesito sulla tutela o meno del-

¹⁷ A. BOUDJIKANIAN-A. KAHJ-J. KHOURY, *Valeurs religieuses au Liban*, Beirut, 1991, p. 302.

¹⁸ A. MESSARRA, *La gouvernance d’un système consensuel: le Liban après les amendements constitutionnels de 1990*, Beirut, 2003, p. 484.

¹⁹ *Ibid.*, p. 237.

²⁰ *Ibid.*, p. 237.

l'ateismo nella libertà di fede religiosa. In Libano il problema è ancora più interessante posto che in esso convivono ben 18 confessioni religiose. Anche se la Costituzione riconosce ufficialmente la più totale libertà ad ognuna di esse, il Libano era e resta politicamente marcato dalla religione, che domina l'insieme dei rapporti riguardanti i privati cittadini. Ogni cittadino libanese, ancora prima di appartenere alla nazione libanese, appartiene ad una comunità religiosa, della quale ha giuridicamente bisogno per sposarsi, divorziare e persino morire²¹. Il problema dell'ateismo si inserisce perciò in un contesto culturale molto particolare. Anche se non risulta da alcun testo legislativo, l'ateismo sembra rientrare nella libertà di fede religiosa *ex* articolo 9 della Costituzione libanese, trovando il proprio fondamento nel federalismo personale aperto disciplinante le comunità religiose. In applicazione di quest'ultimo, ogni comunità religiosa è sottomesa alle leggi del proprio Statuto; coloro che non appartengono a nessuna comunità o desiderano abbandonarne una, possono aderire ad una comunità di diritto comune. Questo favorisce la formazione di un cosiddetto "*espace neutre*", uno spazio né anti-religioso, né a-religioso, né tantomeno neutro nel senso di indifferenza, ma uno spazio dominato dal principio di non discriminazione dove ognuno è protetto e tutelato pur nella diversità religiosa²². Ed è proprio in questo spazio, seguendo la logica alla base di questo sistema, che trova fondamento il diritto riconosciuto ad ogni individuo di non appartenere ad alcuna comunità religiosa, e perciò l'ateismo. Tuttavia, in Libano la religione rappresenta un vero e proprio simbolo di "appartenenza culturale", senza la quale al cittadino libanese non sono riconosciuti alcuni diritti perciò, per meglio rendere l'idea, senza la quale non è nessuno. Ciò detto, possiamo altresì affermare che questo stesso cittadino ipotetico è libero, interiormente, di non professare alcuna religione e non esercitarne il culto ma, formalmente, deve risultare appartenente ad una qualche comunità religiosa. Da ciò risulta che la facoltà di non aderire ad alcun credo religioso non è tutelata dall'ordinamento libanese.

Per concludere, nel Paese multireligioso vince senza alcun dubbio il principio dell'equilibrio e della parità nella rappresentanza e nei trattamenti nei confronti delle diverse comunità religiose. In Libano si possono suonare le campane della chiesa, così come un altro può chiamare alla preghiera in moschea, libertà che non si conosce negli altri paesi dove tutto è controllato e misurato. Un altro esempio viene dal mondo universitario: in Libano ai musulmani è permesso studiare in un'università cristiana, cosa che non accade in nessuno dei 22 Paesi arabi. Vige il principio della parità intesa in questo senso: se si vuole

²¹ Basti pensare che fino a pochi anni fa sulla carta d'identità libanese era espressamente menzionata la religione d'appartenenza, quasi a simboleggiare la non esistenza di una persona non facente parte di alcuna comunità religiosa. Tale menzione, come abbiamo detto sparita dalla carta d'identità, permane tutt'ora sui cosiddetti "registri civili" (una specie di certificato di cittadinanza).

²² A. MESSARRA, *op. cit.*, p. 303.

avviare un'università cattolica o ortodossa, lo si può fare, ma ci deve essere anche un'università musulmana (o viceversa). Quando i monaci Antonini manifestarono la richiesta di costruire un'università, il permesso gli fu accordato, ma dovettero aspettare che da parte musulmana ci fosse una simile richiesta. Così se ne costruirono due nuove. Agli altri paesi musulmani un Libano siffatto può insegnare che la presenza cristiana è un "di più" per il mondo arabo-musulmano. La presenza dei cristiani, che sono per una certa predisposizione più aperti e vicini all'Occidente, essendo quest'ultimo di matrice cristiana, può aiutare il Paese a essere aperto tanto a comprendere l'Oriente quanto l'Occidente. L'esperienza del Libano può mostrare al Medio Oriente che la libertà religiosa – e, in senso più ampio, la dimensione religiosa –, che non coincide con il fanatismo, non costituiscono un freno per la società, ma uno stimolo continuo; non è un pericolo per la laicità, ma una ricchezza da condividere. Perché là dove ci sono opinioni e giudizi diversi che si confrontano, è più concreta e fondata la possibilità di una critica reciproca che fa crescere e tendere al meglio. In Libano lo vediamo anche rispetto ai problemi legati ai valori fondamentali della vita, della bioetica, per esempio, e sui problemi etici in generale. Il freno può essere invece rappresentato da un certo modo di vivere le tradizioni che limitano questa libertà. Per esempio, nel campo dei matrimoni tra persone di fede diversa. La legge non li rende impossibili, ma le tradizioni consolidate li rendono difficili da gestire, soprattutto in vista dell'educazione dei figli, del loro eventuale battesimo, dei rapporti tra parenti vicini, ecc. Sia in ambienti cattolici che sunniti o sciiti, le tradizioni e le consuetudini antiche in qualche modo limitano la libertà religiosa.

Alla luce di tutto questo il Libano resta comunque una realtà da conoscere, un modello da considerare anche come esempio cui ispirarsi altrove, soprattutto in Medio Oriente, e da difendere da chi lo vuol snaturare.

*La repressione delle violazioni
massicce e generalizzate dei diritti umani
per la ricostruzione della pace*

| Antonio Sabino * |

Il contrasto delle gravi lesioni della dignità umana nelle aree di crisi¹

La dignità dell'uomo è il concetto su cui si radica tutta la tematica dei diritti umani, il proto-valore da cui si dipartono i più credibili tentativi di raggiungere il nocciolo duro, l'essenza ultima delle prerogative che vanno riconosciute e tutelate in ogni soggetto appartenente al genere umano, a prescindere dalle sue specifiche facoltà e capacità.

Come ampiamente noto, si tratta di questione che in tutte le epoche, anche quelle più remote, ha suscitato interesse soprattutto in campo filosofico, peraltro con scarse ricadute dal punto di vista della previsione di efficaci forme di tutela della dignità dell'uomo in quanto tale.

Solo dopo i disastri delle due guerre mondiali del secolo scorso, la consapevolezza che la sopravvivenza stessa dell'umanità era ormai messa a rischio ha indotto la comunità internazionale a fare un balzo in avanti nel tentativo di dare effettività a quelle che, nelle pregresse esperienze, si erano rivelate quasi come mere proclamazioni di principio.

Le dimensioni totalizzanti dei conflitti dell'era moderna e il potenziale distruttivo praticamente illimitato delle armi nucleari richiedevano l'elaborazione di strumenti nuovi e più efficaci rispetto al sostanziale fallimento dei timidi tentativi portati avanti con la Società delle Nazioni.

La carica ideologica che aveva accompagnato soprattutto il secondo conflitto mondiale, con il suo corredo di razzismo esasperato, spinto a livelli di terrificante ferocia distruttiva rivolta contro persone del tutto inermi, dimostrava l'insufficienza di una prospettiva troppo appiattita sul diritto bellico, ancorché connotato da spinte umanitarie, e la conseguente necessità non solo di affer-

* Procuratore militare presso il Tribunale militare di Roma.

¹ Alcune delle riflessioni introduttive del presente scritto sono riprese dall'intervento svolto dall'autore in data 1° marzo 2018 in qualità di Procuratore generale militare presso la Corte militare d'appello, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario militare 2018, il cui testo è riportato in: *Rassegna della Giustizia Militare*, n. 2/2018; www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna.

mare, ma anche di offrire concreti strumenti di tutela a un catalogo di diritti che trovasse il suo punto di coagulo in un nucleo dotato di sicura forza attrattiva, una sorta di denominatore comune che desse corpo ad una concezione dei diritti umani in grado di aspirare, almeno in via tendenziale, alla dimensione dell'universalità.

Il concetto di dignità della persona, da riconoscere in egual misura a tutti gli individui per il solo fatto di appartenere alla specie umana, appare così come l'unico valore atto a soddisfare credibilmente una tale aspirazione, pur nella consapevolezza della varietà di significati che esso è venuto ad assumere nel tempo a seconda delle diverse impostazioni filosofiche o religiose.

Sta di fatto che, lo si voglia intendere come vero e proprio assioma o solo come postulato, ad esso non è dato rinvenire alcuna alternativa altrettanto efficace almeno dal punto di vista potenziale.

Non a caso, ad esempio, la dignità dell'uomo viene evocata come valore cardine nell'articolo 3 della nostra Carta costituzionale, nell'articolo 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e nell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nota anche come "Carta di Nizza".

Recentemente, a riprova della sua viva attualità, lo stesso Papa Francesco, naturalmente in una prospettiva strettamente legata al messaggio cristiano, ha affermato nel discorso tenuto l'8 gennaio 2018 ai membri del Corpo diplomatico accreditato presso la Santa Sede, che *«parlare di diritti umani significa anzitutto riproporre la centralità della dignità della persona»*.

L'efficacia valoriale della dignità della persona, comunque la si voglia intendere, sta nella sua vocazione alla concretezza: essa non ha nulla dell'astrazione concettuale, e la sua affermazione, che sia legata solo alla appartenenza del singolo individuo alla specie umana o che si carichi di ulteriori significati derivanti dal collegamento dell'uomo alla sfera del divino, impone come logica conseguenza che il suo inveramento si attui nel riconoscimento della parità ontologica di tutti gli uomini e, quindi, in uno spirito di solidale fratellanza tra persone e tra popoli, condizione essenziale per una pacifica convivenza e, quindi, per lo svolgimento di un discorso propositivo e non solo difensivo sui diritti umani, che affondi le proprie radici nel solido terreno di una potenziale condivisione di respiro planetario.

È evidente che si tratta di un cammino che non conosce una meta ultima, di un percorso che richiede di fare i conti con la dura realtà e, quindi, con le innegabili influenze che le differenze culturali, anche interne ai sempre più complessi e disomogenei agglomerati sociali, esercitano sulla configurazione sostanziale di tali diritti; così come è inevitabile prendere atto per un verso delle difficoltà in cui si dibattono le istituzioni preposte alla tutela di quei diritti e della limitata efficacia della loro azione e, per altro verso, degli altrettanto cruciali problemi, che massimamente interessano il mondo militare, legati ai criteri di indivi-

duazione della tipologia di violazioni che possano giustificare interventi di *enforcing* militare e alle reali e non sempre trasparenti e ben identificabili motivazioni da cui quegli interventi scaturiscono.

Ci si muove, quindi, nell'incessante ricerca di un efficace inquadramento sostanziale dei diritti umani, affiancata ad un costante processo di loro "giuridicizzazione", attuato mediante la creazione e lo sviluppo di strumenti normativi e di istituzioni, di livello sia nazionale che sovranazionale, destinati a definirne il catalogo, ad assicurarne il rispetto e a sanzionarne le violazioni, in un continuo succedersi o sovrapporsi di luce ed ombre.

È sin troppo facile, infatti, osservare come, nonostante la creazione di nuovi organismi di respiro planetario, primo fra tutti l'ONU (il cui Statuto è entrato in vigore il 24 ottobre del 1945, con la carne viva dell'umanità ancora lacerata dagli orrori della guerra) e nonostante la solennità di documenti fondativi di una moderna concezione dei diritti legati alla dignità della persona, a partire, come si è visto, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, non vi è angolo del pianeta in cui non si registrino violazioni più o meno gravi dei diritti umani.

Ovviamente le forme di lesione sono ampiamente variegata, sia per tipologia che per gravità e diffusione, ed è quasi superfluo evidenziare che le violazioni più rilevanti si riscontrano nei contesti caratterizzati da conflitti più o meno accesi, secondo l'imperituro motto ciceroniano «*silent enim leges inter arma*».

Il quadro, tuttavia, appare decisamente più complesso rispetto alle esperienze di un passato anche relativamente recente.

È evidente, infatti, che soprattutto a partire da quella sorta di tragico spartiacque rappresentato dagli attentati dell'11 settembre 2001, la nozione stessa di "area di crisi" ha assunto un significato del tutto nuovo. La diffusione di forme di lotta basate su pratiche di tipo terroristico, che per loro natura si esplicano con attacchi indiscriminati su obiettivi simbolo o persone inermi ovunque vi sia l'occasione o l'opportunità di colpire, suscitano non solo fenomeni di asimmetria dei conflitti ma, nonostante i tentativi di radicamento territoriale di molte organizzazioni soprattutto di matrice islamica (si pensi all'ISIS in Iraq e Siria, ad Al Shabaab in Somalia e a Boko Haram in Nigeria), è ormai quasi impossibile individuarne i confini geografici, anche perché spesso gli attacchi sono posti in essere da gruppi legati solo ideologicamente alle centrali del terrore, abili nell'uso della propaganda soprattutto via web.

Peraltro occorre considerare che, nell'epoca della globalizzazione, l'articolata ramificazione degli interessi e delle capacità di influenza di potenze più o meno grandi incrementano l'opacità dei conflitti, rendendo sempre più difficile da un lato una chiara rappresentazione delle forze in campo e del ruolo che ciascuna di esse effettivamente interpreta, dall'altro lato, conseguentemente, l'individuazione delle responsabilità per le ricadute, pressoché inevitabili, che ogni conflitto genera in termini di compromissione dei diritti umani.

Da ultimo, pur nella consapevolezza di non aver certo completato il quadro, va considerato che in alcune aree del pianeta la stabilità sociale e politica scaturisce dall'azione di regimi sostanzialmente dittatoriali, che della lesione dei diritti umani fa una vera e propria arma di controllo sulla popolazione.

È in questo complesso scenario che viene a cadere il tema del contrasto alle lesioni della dignità umana nelle aree di crisi, che va posto nella duplice prospettiva della definizione dei presupposti che possano giustificare, in un'ottica di superamento del principio di sovranità, l'uso della forza per imporre il rispetto dei diritti umani in quei territori ove lo Stato nazionale non è in grado di farlo, e dei criteri con i quali misurare l'intrinseca legittimità dei mezzi da utilizzare, il tutto considerando, come si è avuto modo di accennare, le peculiarità derivanti dal fenomeno del terrorismo internazionale, in cui l'aspetto della territorialità si dirada sin quasi a svanire.

La vastità del problema consente in questa sede solo qualche cenno, soprattutto per evidenziare l'andamento a dir poco altalenante con cui si è mossa la comunità internazionale, spesso disunita sul modo di affrontare situazioni anche gravi, caratterizzate da diffuse violazioni dei diritti umani.

In proposito è sin troppo semplice riconoscere la causa di tale incoerenza e discontinuità di azione nei condizionamenti originati dagli interessi economici e geopolitici dei singoli Stati che, in proporzione al peso specifico di cui sono dotati all'interno della comunità internazionale, sono in grado di spingere o di frenare, a seconda dei casi, i processi decisionali volti a sancire la condivisa legittimità dell'intervento, enfatizzando o sminuendo la rilevanza del principio di sovranità.

Un riconosciuto caposaldo nello sviluppo di un possibile equilibrio tra i citati contrapposti principi, maggiormente volto a favore degli orientamenti più interventisti, è rappresentato dalle note posizioni assunte in materia, agli albori del XXI secolo, dal Segretario generale delle Nazioni Unite *pro tempore* Kofi Annan il quale, anche alla luce delle tragedie consumatesi negli anni Novanta in Ruanda, con il sostanziale fallimento della missione UNAMIR disposta con la Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 872 del 5 ottobre 1993 e senza dimenticare lo sconvolgente conflitto che aveva insanguinato i Balcani in quello stesso decennio, nel Rapporto del 27 marzo 2000², presentato in vista del Vertice per il Millennio che si sarebbe tenuto a New York dal 6 al 9 settembre di quello stesso anno, affermava che: «*La sovranità nazionale non deve essere usata come uno scudo per coloro i quali intendano violare i diritti e la vita dei loro simili. Di fronte agli eccidi di massa, l'intervento armato autorizzato dal Consiglio di sicurezza costituisce un'opzione cui non si può rinunciare*».

²K. ANNAN, *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, Report of the Secretary-General, A/54/2000.

La sfida lanciata dal Segretario generale di fatto fu in prima battuta accolta alquanto tiepidamente dall'Assemblea generale che, nella "Dichiarazione del Millennio" (Risoluzione n. 55/2 dell'8 settembre 2000), non affrontò *ex professo* la questione, pur proclamando di condividere «*la responsabilità collettiva nell'affermare i principi della dignità umana, dell'uguaglianza e dell'equità a livello globale*» e assumendo l'impegno di non risparmiare «*sforzo alcuno per promuovere la democrazia e rafforzare le norme del diritto (Rule of Law), come pure il rispetto per tutti i diritti umani e le libertà fondamentali riconosciute internazionalmente*».

Sta di fatto che, sulla scia di tali sollecitazioni, fu istituita ad opera del Governo canadese la Commissione sull'Intervento e sulla Sovranità dello Stato (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*, ICISS) il cui rapporto, pubblicato nel dicembre 2001³, rappresenta il primo formale riconoscimento della cosiddetta "*Responsibility to Protect*" (condensata nella sigla R2P).

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha, infine, recepito il forte messaggio proveniente dall'ICISS adottando il 24 ottobre 2005, in occasione di un Summit mondiale, la Risoluzione n. 60/1.

In tale documento venivano prese in considerazione, come cause di legittimazione per interventi che prevedessero anche l'uso della forza a prescindere dal consenso dello Stato sovrano interessato, le più gravi violazioni dei diritti umani, in particolare: genocidio, crimini di guerra, pulizia etnica e crimini contro l'umanità.

Si affermava, quindi, che ogni singolo Stato aveva la responsabilità di proteggere la propria popolazione da tali crimini e che la comunità internazionale avrebbe dovuto assistere gli Stati nell'esercizio di tale responsabilità e nel costruire le loro capacità di protezione.

Infine si stabiliva che, di fronte alla manifesta incapacità dello Stato di far fronte al suo obbligo di protezione, la comunità internazionale doveva essere preparata ad agire collettivamente in modo "tempestivo e decisivo" (*timely and decisive manner*) attraverso il Consiglio di sicurezza e in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, comprese le disposizioni del Capitolo VII che, come noto, all'articolo 42 consente al Consiglio di sicurezza, nel caso in cui ritenga che le misure previste nell'articolo 41, ossia quelle di tipo economico, «*siano inadeguate o si siano dimostrate inadeguate*», di «*intraprendere, con forze aeree, navali o terrestri, ogni azione che sia necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale*».

Allo scopo di dare operatività a quanto solennemente proclamato nel Summit, il 12 gennaio 2009 veniva, quindi, presentato all'Assemblea generale dal Segretario generale delle Nazioni Unite Ban Ki-moon il Rapporto A/63/677

³ Sul web in: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.

“Implementing the responsibility to protect”, nel quale si individuavano i tre pilastri su cui si regge il rinnovato impegno in materia di diritti umani della comunità internazionale: 1) la tutela dei diritti umani da parte degli Stati, anche sotto il profilo dell’attività di prevenzione; 2) l’assistenza della comunità internazionale prevedendo, di fronte alla incapacità degli Stati di esercitare il proprio dovere di protezione, anche l’uso della forza, come *extrema ratio*; 3) l’assistenza, soprattutto in caso di intervento militare, per il recupero, la ricostruzione e la riconciliazione, allo scopo di eliminare le cause delle crisi e prevenire il rischio che si possano riprodurre.

Nel contempo il Consiglio di sicurezza dell’ONU, con la Risoluzione n. 1674 adottata il 28 aprile 2006, da parte sua riaffermava e sostanzialmente faceva proprie *«le disposizioni dei paragrafi 138 e 139 del Documento Finale del World Summit del 2005 sulla responsabilità di proteggere le popolazioni dal genocidio, dai crimini di guerra, dalla pulizia etnica e dai crimini contro l’umanità»*. Tuttavia, nel richiamare in premessa *«il proprio impegno nei principi dell’indipendenza politica, della suprema eguaglianza e dell’integrità territoriale di tutti gli Stati, e il rispetto per la sovranità di tutti gli Stati»*, il documento prendeva comunque in considerazione essenzialmente le violazioni collegate a situazioni di conflitto armato, implicitamente escludendo, quindi, interventi motivati da violazioni, ancorché gravi e diffuse, poste in essere dagli Stati nei confronti delle proprie popolazioni al di fuori di quel tipo di contesti.

Peraltro, nelle prime occasioni di attuazione di tale Risoluzione, il Consiglio di sicurezza, anche di fronte a manifeste situazioni di conflitto con gravissime ed estese ricadute sul piano umanitario, come nel caso della crisi del Darfur in Sudan, ha ritenuto comunque necessario che l’intervento avvenisse dietro consenso dello Stato territorialmente sovrano (nel caso di specie il Governo di Unità Nazionale per il Sudan e, per la parte di loro interesse, i governi del Ciad e della Repubblica Centrafricana; si veda, in proposito, la Risoluzione n. 1706 del 31 agosto 2006).

Un cambio di passo si è avuto nell’anno 2011 allorché, nel contesto della crisi in Costa d’Avorio, dopo anni di conflitti interni in cui l’ONU era intervenuta con la missione UNOCI, autorizzata il 27 febbraio 2004, il Consiglio di sicurezza con la Risoluzione n. 1975 del 30 marzo 2011 ha sostanzialmente autorizzato l’uso della forza per imporre al Presidente Laurent Gbagbo e alle fazioni che lo sostenevano di riconoscere il risultato delle elezioni svoltesi il 31 ottobre e il 28 novembre 2010, in cui era risultato vincitore Alassane Ouattara, e ciò nonostante l’esplicita diffida, da parte di Gbagbo alle forze dell’UNOCI, a lasciare il Paese.

In quello stesso periodo, il Consiglio di sicurezza interveniva anche nella situazione venutasi a creare in Libia sotto il governo del Colonnello Gheddafi, adottando le Risoluzioni n. 1970 del 26 febbraio 2011 e n. 1973 del 17 marzo 2011.

Il primo documento, *«Esprimendo grave preoccupazione per la situazione della Jamahiriya Araba di Libia, Condannando la violenza e l'uso della forza contro i civili, Deplorando le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, compresa la repressione ai danni di pacifici manifestanti»*, si muoveva ancora nell'ambito dell'articolo 41 dello Statuto ONU e disponeva l'applicazione di misure di tipo economico quali embargo sulle armi e congelamento dei beni, oltre al deferimento alla Corte penale internazionale della situazione.

Nella Risoluzione 1973, immediatamente successiva, preso atto della inefficacia delle misure adottate, di fatto autorizzava l'uso della forza *«per proteggere i civili e le aree a popolazione civile minacciate di attacco nella Jamahiriya Araba di Libia, compresa Bengasi»*, aprendo così la strada per il rovesciamento del regime di Gheddafi, tornato ad essere considerato uno "stato canaglia" dopo che, dalla metà degli anni 2000, persino gli Stati Uniti avevano ripreso con esso le relazioni diplomatiche interrotte per decenni.

Diversa posizione è stata assunta, invece, con riguardo alla situazione siriana in cui, nonostante i molti richiami del Consiglio per i diritti umani, qualsiasi tentativo di intervento è stato bloccato dal diritto di veto esercitato da Russia e Cina.

In questo altalenante atteggiarsi della Comunità internazionale, resta comunque ben salda la logica sequenziale consacrata nello Statuto delle Nazioni Unite secondo cui occorre utilizzare o quanto meno considerare i rimedi previsti dall'articolo 41, ossia le sanzioni di tipo economico, in quanto solo in caso di loro inadeguatezza sarà possibile intraprendere azioni che prevedano l'uso della forza ai sensi dell'articolo 42.

Tale prevista gradualità, a ben vedere, se per un verso è ispirata al principio secondo cui l'intervento armato va inquadrato comunque nell'ottica di una *extrema ratio*, per altro verso non è scevra da criticità. Le sanzioni economiche, infatti, come dimostrano le esperienze maturatesi nel corso della storia non solo recente, solo apparentemente possono essere considerate meno dirompenti nelle loro conseguenze, tenendo conto che nella maggior parte dei casi vanno a colpire le fasce più deboli e meno protette della popolazione dello Stato sanzionato, con inevitabili ricadute anche in termini di oggettiva compromissione dei diritti umani.

Tuttavia è anche vero che l'uso della forza armata da parte della comunità internazionale senza il consenso dello Stato sovrano interessato produce comunque conseguenze destabilizzanti, venendo di fatto a sconvolgere gli equilibri preesistenti; ed è sufficiente pensare al ginepraio libico e alla devastante carica di ricadute in termini di sofferenze per la popolazione civile derivanti dalla situazione venutasi a creare dopo la caduta del regime di Gheddafi, per comprendere quanto siano delicate le decisioni in tali contesti e come la compattezza della comunità internazionale e un efficace preventivo contemperamento degli interessi dei singoli attori coinvolti debbano costituire il principale

presupposto di un intervento armato, soprattutto in vista della necessaria opera di ricostruzione del tessuto socio-politico, che l'esperienza insegna essere la fase più critica dell'intera operazione.

L'esigenza di rendere effettiva la tutela generalizzata dei diritti umani nelle aree di crisi è questione che si presenta, comunque, anche nel contesto delle tipiche operazioni militari attuate con il consenso dello Stato che esercita la sovranità sul territorio interessato.

Si tratta di questione anch'essa interessata da una evoluzione relativamente recente, dato che storicamente l'esigenza di predisporre forme di tutela delle persone coinvolte in situazioni di conflitto era stata posta soprattutto nell'ambito del diritto umanitario propriamente inteso, che concentra la propria attenzione sulla popolazione civile o su altre particolari categorie meritevoli di protezione (feriti, prigionieri, operatori sanitari, ecc.) nei contesti classici di guerra.

Il cosiddetto diritto di Ginevra, infatti, volto essenzialmente alla regolamentazione dello *ius in bello*, si interessa soprattutto di evitare che i conflitti armati comportino inaccettabili conseguenze su coloro che non partecipano alle operazioni militari o su soggetti che si trovino nelle particolari situazioni del tipo sopra descritto.

I limiti di tale impostazione non potevano non emergere dal momento che, dopo la seconda guerra mondiale, lo schema classico pace/guerra è entrato in crisi e, nello stesso tempo, è emersa con forza la consapevolezza che i diritti fondamentali della persona esigevano tutele più capillari, anche nell'ambito di più variegati contesti conflittuali. Occorreva quindi prendere in considerazione non più "categorie" di soggetti, ma il singolo soggetto e la sua dignità personale, con un cambio di passo tale da richiedere una vera e propria rivoluzione concettuale nell'approccio complessivo alla materia.

Inevitabile, quindi, la progressiva osmosi tra il diritto internazionale umanitario e il mondo dei diritti umani, fenomeno grazie al quale quest'ultimo, superando i confini del diritto interno, ove si è sovente radicato in strumenti normativi di rango costituzionale, ha visto espandere la propria forza penetrante a livello internazionale e sovranazionale, divenendo a pieno titolo diritto internazionale dei diritti umani.

Di fatto ne consegue che ogni intervento in aree di crisi, quanto meno a partire dal 1968, anno in cui si svolse la prima conferenza dell'ONU sui diritti umani, non può che avere questi ultimi al centro dei propri obiettivi. Il "Proclama di Teheran", adottato il 13 maggio di quell'anno dalla Conferenza internazionale sui diritti umani, al paragrafo 10, infatti afferma che *«Il massiccio disconoscimento dei diritti dell'uomo derivante dalle aggressioni o da qualsiasi conflitto armato, con le loro tragiche conseguenze, provoca indicibili sofferenze umane e genera delle reazioni che potrebbero far precipitare il mondo in conflitti sempre crescenti. È obbligo della comunità internazionale cooperare per eliminare tali flagelli»*.

È possibile osservare, quindi, che qualsiasi operazione militare in cui sono coinvolti attori internazionali, pur avendo come primario obiettivo quello di portare pace, stabilità e sicurezza, non può prescindere da una visione olistica del problema della salvaguardia dei diritti fondamentali, con la conseguenza che la tutela della dignità della singola persona umana negli scenari di crisi, va assicurata a 360 gradi e, quindi, anche contro la tentazione di affrontare le situazioni più complesse e a rischio utilizzando metodi di intervento che, nella illusione di una loro maggiore efficacia, siano a loro volta intrinsecamente lesivi di quegli stessi diritti.

Si tratta di un problema annoso, che suscita drammatici contrasti tra posizioni non sempre lucidamente ancorate a consapevoli riferimenti etici e culturali.

Emblematiche, in proposito, appaiono tutte le questioni che orbitano intorno alla tematica della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. Se è vero, infatti, che le condotte così qualificabili costituiscono un corollario tipico di tutte le situazioni di conflitto in cui vanno ad esplicarsi le operazioni a sostegno della pace, è anche vero che occorre fare i conti con il contrasto immanente ai rapporti tra esercizio di poteri coercitivi, derivanti da posizioni di legittima supremazia, e la dignità dei soggetti sui quali a qualsiasi titolo quella supremazia viene a concretizzarsi. Il tutto complicato dalla constatazione, cui già sopra si è fatto cenno, che il fenomeno del terrorismo di matrice islamica, con le sue connotazioni ibride, tra tentativi di radicamento territoriale e attacchi indiscriminati contro un nemico distribuito potenzialmente a livello planetario, di fatto ha reso difficile distinguere nettamente le posizioni in campo, rendendo sovente parte in causa anche quegli Stati che nell'ambito della legittimità internazionale si sono resi disponibili allo svolgimento di operazioni di pace in aree territoriali diverse da quelle soggette alla loro sovranità.

Ad ogni modo, bisogna prendere atto che nel panorama degli strumenti normativi di diritto internazionale volti alla tutela della dignità della persona umana, il divieto di far ricorso alla tortura e a trattamenti inumani o degradanti ha assunto un rilievo che è possibile definire fondamentale, nella misura in cui esso viene, almeno in linea di principio, a costituire un argine insuperabile anche in contesti di legittimo uso della forza in ambito internazionale.

Peraltro, anche il divieto di tortura e la sua giuridicizzazione sono conquiste relativamente recenti e restano ancora in attesa di trovare una compiuta e universale attuazione concreta.

Storicamente, sulle premesse del tradizionale principio di *common law* dell'*habeas corpus*, in certa misura recepito nella *Magna Charta Libertatum* del 1215 e poi affermato nell'*Habeas Corpus Act*, del 27 maggio 1679, è grazie agli sviluppi del pensiero illuministico, soprattutto alle note riflessioni svolte nella seconda metà del XVIII secolo dagli italiani Pietro Verri e Cesare Beccaria, che l'inutilità della tortura e l'arbitrarietà della sua pratica hanno trovato spa-

zio e fondamento giuridico nelle prime costituzioni liberali degli Stati occidentali.

In proposito, è opportuno rilevare, a dimostrazione della magmaticità della questione anche definitoria di cosa siano la tortura e i trattamenti inumani o degradanti⁴, che se per un verso è nell'esperienza iniziale del costituzionalismo liberale che il termine almeno in alcuni casi è stato esplicitamente utilizzato per sancire l'abolizione della pratica, al tempo ancora molto diffusa (si veda, ad esempio, la perentoria formulazione contenuta nell'articolo 150 della Costituzione siciliana del 1812: «*La tortura è abolita senza eccezione*»), per altro verso nei testi di molte carte costituzionali attualmente in vigore la parola "tortura" non compare, pur essendo inseriti, con variegate formulazioni, divieti volti ad evitare abusi nei confronti soprattutto di soggetti colpiti da provvedimenti restrittivi della libertà. Si pensi al Quinto Emendamento della Costituzione americana risalente al 1789, che si limita a vietare l'obbligo di deporre contro sé stessi, oppure, per giungere all'esperienza italiana, all'articolo 13, comma 4, Costituzione, secondo cui: «*È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*», prescrizione quest'ultima che comunque ha anche il pregio di "costituzionalizzare" l'obbligo di penalizzare atti di violenza riconducibili alle più tipiche forme di tortura.

Occorre, quindi, far riferimento al diritto internazionale sviluppatosi nel secondo dopoguerra per trovare le affermazioni più esplicite e perentorie contro la tortura, in particolare vanno ricordate la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 (che, pur non avendo natura vincolante, aveva solennemente proclamato che «*Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti*»), il Patto sui diritti civili e politici, approvato in data 16 dicembre 1966 ed entrato in vi-

⁴ In proposito, non potendo scendere nei dettagli del controverso problema di cosa debba intendersi con i termini tortura e trattamenti inumani e degradanti, si rinvia alle definizioni contenute in varie norme di diritto internazionale quali: l'art. 1 della Risoluzione ONU n. 3452 del 9 dicembre 1975; gli artt. 1 e 16 della Risoluzione ONU n. 39/46 *Convention against Torture* (CAT), del 10 dicembre 1984; art. 7, par. 2, lett. e) dello Statuto della Corte penale internazionale, del 17 luglio 1998. Come si avrà modo di notare le varie formulazioni pur presentando sensibili diversità, prevedono sempre una posizione qualificata in capo alle persone coinvolte. Nei primi due testi normativi, infatti, si fa riferimento al soggetto attivo della condotta in termini rispettivamente di: "agenti dell'amministrazione pubblica" e di "agente della funzione pubblica o (...) ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale"; nello Statuto della CPI, invece, si qualifica il soggetto passivo come "persona di cui si abbia la custodia o il controllo". È da dire, tuttavia, che nonostante appaia evidente il richiamo all'esistenza di una posizione di supremazia derivante dallo svolgimento di una pubblica funzione e nonostante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo preveda all'art. 3 la proibizione della tortura senza fornirne alcuna definizione e il Regolamento (CE) n. 1236/2005 del Consiglio dell'Unione Europea del 27 giugno 2005 richiami la definizione contenuta nella Convenzione ONU del 1984, la giurisprudenza della CEDU ha comunque riconosciuto una violazione dell'art. 3 anche in atti di violenza domestica particolarmente gravi: sentenza 26 marzo 2013, *Valiulienė v. Lituania*, ricorso n. 33234/07, in cui quello Stato fu condannato per violazione degli artt. 3 e 8 per non aver punito l'autore del fatto.

gore, questa volta con effetto vincolante per gli Stati aderenti, il 23 marzo 1976, e soprattutto la fondamentale Risoluzione ONU n. 39/46 *Convention against Torture* (nota con l'acronimo CAT), del 10 dicembre 1984.

Tale essendo in estrema sintesi il quadro normativo di riferimento, deve prendersi atto che, nonostante il rispetto dei diritti fondamentali in genere costituisca, come si è visto, un dovere primario soprattutto degli Stati sovrani, le legislazioni nazionali hanno fatto e fanno ancora fatica a dare attuazione in modo convincente agli obblighi derivanti dagli impegni presi all'interno della comunità internazionale in materia di tortura.

Ad esempio, per restare all'esperienza italiana, nel nostro ordinamento il reato di tortura è stato introdotto in un primo momento nel solo codice penale militare di guerra con la Legge 31 gennaio 2002, n. 6, e solo con la Legge 14 luglio 2017, n. 110, si è avuta, non senza un cospicuo corredo di posizioni critiche, la creazione di una specifica fattispecie all'interno del codice penale.

Ad ogni modo, appare interessante in questa sede sottolineare soprattutto che il tema della tortura, pur caratterizzato da ampie divergenze di opinioni, costituisce uno dei più significativi punti di confluenza tra il diritto internazionale umanitario e il diritto dei diritti umani.

Se, infatti, il "Diritto di Ginevra", con le sue Convenzioni del 1949 e i Protocolli aggiuntivi del 1977, appare rivolgersi eminentemente a situazioni di conflitto ancora modulate sulle esperienze vissute nella prima metà del ventesimo secolo, l'universalità con cui il tema dei diritti umani fondati sulla dignità della persona ha trovato spazio negli strumenti di diritto internazionale (anche con la creazione di organismi di grande respiro internazionale, volti a dare effettività all'accertamento e alla punizione delle violazioni, ovunque esse siano commesse e a prescindere dai contesti in cui si sono verificate; il pensiero, ovviamente, corre prima di tutto alla Corte penale internazionale) consente di ritenere superata qualsiasi "categorizzazione" nella individuazione delle persone protette, estendendo il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, come fondamentale forma di tutela della dignità della persona, a qualsiasi contesto nazionale o internazionale in cui sia legittimamente usata la forza da parte di organismi militari o di polizia.

Non a caso i Tribunali internazionali *ad hoc* (ex Jugoslavia, Ruanda, ecc.), la Corte penale internazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte internazionale di giustizia dell'Aja, ciascuno nel proprio ambito di competenze e secondo le rispettive peculiarità statutarie, costituiscono, da questo punto di vista, un baluardo emblematico che, nell'assimilare la tortura ai crimini contro l'umanità, alla stregua del genocidio, tende alla realizzazione del principio della giurisdizione universale, per assicurarne al massimo grado l'accertamento e la repressione.

Evidente che in un quadro di valori così venutosi a delineare, non sembra possano trovare spazio concezioni quali quella, risalente a Günter Jakobs, del

cosiddetto “diritto penale del nemico”, in cui, anche nell’ottica del contrasto alle più recenti forme del terrorismo internazionale, si teorizza un possibile affievolimento dei diritti fondamentali di coloro che si pongono come radicale minaccia per la sopravvivenza stessa dello Stato e dei suoi equilibri socio-politici.

Ovviamente tortura e trattamenti inumani e degradanti sono solo una parte dei fenomeni di compromissione della dignità umana che si riscontrano nelle aree di crisi.

Basti pensare per un verso alle devastazioni direttamente cagionate dalle lotte armate (solo per fare un esempio recente, l’impressionante distruzione di gran parte della città di Aleppo nel contesto del conflitto siriano) con il corredo dell’immenso numero di profughi tra la popolazione civile che esse producono e, per altro verso, all’endemico accendersi di focolai di crisi nelle aree del pianeta già di per sé caratterizzate da gravi fenomeni di sottosviluppo, non sempre di origine meramente endogena. Si tratta di situazioni in cui anche i più fondamentali dei diritti, a cominciare da un sufficiente accesso alle risorse alimentari e idriche, risultano negati.

È evidente, quindi, che occorre coltivare la necessaria utopia di una concezione della *responsabilità di proteggere* che veda la comunità internazionale, soprattutto i Paesi economicamente più avanzati, porre al centro dei propri obiettivi strategici la promozione della dignità dell’uomo non solo attraverso le forme di dissuasione o di *enforcing* militare cui sopra si è fatto qualche rapido cenno, ma alimentando una visione comune di sviluppo diffuso e sostenibile, come strumento primario per la prevenzione dei conflitti e il mantenimento della pace.

| Fausto Pocar* |

Prevenzione e repressione del genocidio e della persecuzione ai fini del peacebuilding

SOMMARIO: 1. Caratteri comuni ed elementi distintivi dei crimini di genocidio e persecuzione. – 2. Rapporti tra genocidio e persecuzione nella pratica dei conflitti interni. – 3. La repressione penale del genocidio e della persecuzione. – 4. Insufficienza della repressione penale ai fini del *peacebuilding*. – 5. Un mezzo alternativo o parallelo alla giurisdizione penale: le commissioni di verità e riconciliazione. – 6. Coordinamento fra procedure e conclusioni.

1. Caratteri comuni ed elementi distintivi dei crimini di genocidio e persecuzione

Il genocidio e la persecuzione sono crimini internazionali particolarmente odiosi nel senso che entrambi si manifestano con una grave lacerazione della convivenza umana che, quando si verificano, è difficile ricostruire. D'altra parte, in una società che è stata divisa da un conflitto armato interno, di frequente uno dei due crimini è stato commesso, e comunque i due crimini presentano caratteri sufficientemente collegati per trattarne congiuntamente al fine di valutare l'ostacolo che il loro verificarsi può costituire ai fini del *peacebuilding*. Pur nella diversità di alcuni fra gli elementi che caratterizzano ciascuno dei due crimini, essi hanno infatti anche tratti comuni, che conviene mettere in evidenza.

Ai sensi della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 9 dicembre 1948¹, il genocidio è costituito dalla commissione di uno degli atti compresi in un elenco contenuto nella Convenzione, «*commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religio-*

* Professore emerito, Università degli studi di Milano, già presidente del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia e della Camera d'appello del Tribunale penale internazionale per il Ruanda.

¹ Vedine il testo in italiano in R. LUZZATTO-F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, 7^a ed., Torino, 2016, p. 162 ss.

so, come tale»². Oltre che dalla commissione di uno degli atti vietati, per i quali occorre il dolo generico, cioè la volontà di porlo in essere, il crimine è pertanto caratterizzato dal dolo speciale di distruggere un gruppo con certe caratteristiche, in tutto o in parte.

A sua volta costituisce persecuzione la privazione dolosa e grave di diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale a causa dell'appartenenza a un gruppo per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, di genere o altri motivi universalmente riconosciuti come vietati dal diritto internazionale³. Caratterizza pertanto anche la persecuzione il dolo speciale di colpire la vittima per la sua appartenenza a un gruppo con una specifica identità. Di conseguenza, l'elemento che accomuna i due crimini è il dolo speciale, in aggiunta al dolo ordinario consistente nella commissione dell'atto vietato, anche se i due crimini sono distinti sia per il diverso atto sottostante sia perché la gamma dei gruppi identitari che possono essere oggetto di dolo specifico è più ampia nella persecuzione che nel genocidio.

Non sono peraltro solo questi gli aspetti che distinguono i due crimini, e sulla loro portata il dibattito è ancora aperto.

Per quanto riguarda il genocidio, se è certo che la Convenzione del 1948 riflette il diritto internazionale consuetudinario, non è chiaro se essa lo riflette interamente, o se vi potrebbero essere nel diritto consuetudinario altre dimensioni del genocidio, in particolare con riferimento alla distruzione del patrimonio culturale di un gruppo⁴. Ugualmente, è stato ammesso nella giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPIR), che atto di genocidio può essere in determinate circostanze lo stupro delle donne di un gruppo, ancorché tale atto non sia compreso espressamente nella lista di cui alla Convenzione e vi si possa altrimenti far rientrare solo con qualche forzatura interpretativa⁵.

Con riferimento alla persecuzione, è invece dibattuto se l'atto sottostante – cioè la privazione di un diritto fondamentale – debba essere un crimine esso stesso oppure debba essere solo una violazione di sicura gravità ma che non necessariamente costituisce un crimine secondo il diritto internazionale. Lo Statuto del Tribunale di Norimberga si era pronunciato nel primo senso dichiarando che la persecuzione era punibile solo se associata ad un crimine previsto

² Cfr. art. II della Convenzione. Gli atti che costituiscono genocidio sono i seguenti: «a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) sottoposizione deliberata del gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro».

³ Cfr., art. 7, par. 1, lett. h), Statuto CPI, 17 luglio 1998, in R. LUZZATTO-F. POCAR, *Codice*, cit., p. 517 ss.

⁴ Cfr. sentenza d'appello 19 aprile 2004, *Prosecutor v. Krstic*, caso n. IT-98-33-A, par. 16.

⁵ Cfr. sentenza 2 settembre 1998, confermata in appello 1° giugno 2001, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n. 96-4.

dallo Statuto stesso⁶. Lo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (TPIJ) aveva lasciato aperta la questione, e il Tribunale si è espresso costantemente per l'altra opzione, e basandosi sul diritto internazionale consuetudinario ha ritenuto che la persecuzione sia un crimine autonomo, indipendente dalla sua associazione con altro crimine internazionale⁷. Lo Statuto della Corte penale internazionale (CPI) è tornato alla prima opzione, discostandosi dal diritto internazionale consuetudinario, con una deroga certo ammissibile ai fini della giurisdizione della Corte, ma assai discutibile per quanto riguarda la definizione degli elementi del crimine in questione⁸.

Ancora più discutibile è il requisito aggiunto nello Statuto della CPI anche al crimine di persecuzione in quanto aggiunto a tutti i crimini contro l'umanità, secondo cui l'attacco diffuso o sistematico contro una popolazione civile, che è elemento essenziale perché sia perpetrato un crimine contro l'umanità, deve avvenire «*in seguito o in attuazione di una politica di uno Stato o di un'organizzazione diretta a commettere tale attacco*»⁹. Si tratta di un requisito aggiunto durante il negoziato alla Conferenza di Roma del 1998 che, se pure frequentemente presente nei crimini contro l'umanità, non trova riscontro nel diritto internazionale consuetudinario ed è suscettibile di restringere l'ambito della giurisdizione della Corte in più di una circostanza, anche per le difficoltà probatorie che comporta.

2. *Rapporti tra genocidio e persecuzione nella pratica dei conflitti interni*

Senza entrare in un dibattito più approfondito – qui non strettamente necessario – in merito al contenuto e agli elementi distintivi dei crimini di genocidio e di persecuzione, va sottolineato che essi sono i soli crimini internazionali con dolo specifico basato su una serie di motivi che si riconducono alla violazione del principio fondamentale in materia di protezione dei diritti umani, quello di non discriminazione. Proprio questo aspetto comporta che esista fra i due crimini un collegamento secondo il quale la persecuzione è spesso associata al genocidio direttamente o ne può rappresentare un momento preliminare.

È quanto è accaduto con le persecuzioni degli anni Trenta del secolo scorso in Germania nei confronti degli ebrei e di altri gruppi minoritari dichiaratamente “indesiderati” dal regime nazista, che aveva posto in essere e incoraggiato atti di discriminazione che, considerati isolatamente, non necessariamente

⁶ V. art. 6, par. 2, lett. c), Statuto del Tribunale penale militare, Londra 8 agosto 1945, in *UNTS*, vol. 82, p. 279.

⁷ Cfr. sentenza 14 gennaio 2000, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, caso n. IT-95-16-T, par. 621.

⁸ Art. 7, par. 1, lett. h), Statuto CPI.

⁹ Cfr., art. 7, par. 2, lett. a), Statuto CPI.

te costituivano crimini ma che, considerati nel loro insieme, sarebbero stati certamente idonei a costituire il crimine di persecuzione come è stato successivamente rappresentato dal diritto penale internazionale. È il caso, ad esempio e in particolare, delle disposizioni legislative e amministrative che nella seconda metà del 1938 limitarono l'accesso degli ebrei a varie professioni, li esclusero dalle scuole, e imposero a carico delle loro comunità tasse collettive. È ancora il caso dell'obbligo loro imposto a partire dal 1939 di indossare in pubblico una stella gialla. Se in sé considerata la richiesta di portare un segno distintivo potrebbe non essere considerata una violazione di un diritto fondamentale della persona tale da costituire un crimine internazionale, nelle specifiche circostanze essa era chiaramente intesa a provocare, a favorire e a istigare atti di discriminazione da parte di agenti di sicurezza e della popolazione in generale. È quindi evidente che misure di questo genere costituiscono atti di persecuzione. Nella stessa prospettiva devono considerarsi atti di persecuzione licenziamenti dal lavoro, rifiuti di servizi pubblici, rifiuti di accesso alla giustizia effettuati in modo discriminatorio nei confronti di appartenenti a gruppi etnici, specie quando vengano praticati cumulativamente¹⁰.

È noto, e mette conto appena di ricordarlo, come queste persecuzioni abbiano poi portato ad altre più gravi ed associate a crimini internazionali, in particolare a quello che sarebbe poi stato successivamente definito come crimine di genocidio¹¹.

Pur nella diversità delle circostanze, persecuzioni nei confronti della popolazione musulmana, questa volta per lo più associate con altri atti criminali – omicidi, torture, stupri, distruzioni di edifici religiosi – hanno costituito un crimine diffuso in Bosnia ed Erzegovina durante i conflitti nei Balcani nell'ultimo decennio del secondo scorso, tanto diffuso da essere il crimine che ha maggiormente caratterizzato la giurisprudenza del TPIJ. Anche in questo caso le persecuzioni sono alla fine sfociate nella commissione del crimine di genocidio nell'*enclave* pur protetta dalle Nazioni Unite di Srebrenica, inteso alla distruzione, in questo caso parziale, della popolazione musulmana bosniaca¹².

È il caso ancora del Ruanda, nel quale il rapido susseguirsi degli eventi nel 1994 non ha permesso una separazione temporale delle persecuzioni nei confronti della popolazione *tutsi* rispetto al genocidio, associandole direttamente a quest'ultimo. Va peraltro rilevato che in questo caso la persecuzione è stata costituita anche da discorsi di odio che, in sé considerati, non potrebbero neces-

¹⁰ Vedi sul punto F. POJAR, *Persecution as a Crime under International Criminal Law*, in *Journal of National Law and Policy Security*, 2008, pp. 355-365.

¹¹ Come è noto, le fattispecie penali che costituiscono genocidio secondo la Convenzione del 1948 furono perseguite nel processo di Norimberga come crimini contro l'umanità, il termine genocidio non essendo ancora stato ufficialmente utilizzato per descriverle.

¹² Cfr. *Prosecutor v. Krstic*, cit.

sariamente qualificarsi come atti di persecuzione, ma che in quel contesto, pur non raggiungendo il livello di incitazione al genocidio, si collocavano a un livello che portava a considerarli atti di persecuzione. La giurisprudenza del TPIR si è espressa, pur dopo ampia discussione, in questo senso dando un contributo fondamentale alla definizione degli atti di persecuzione in relazione al momento e al contesto nel quale si inseriscono¹³.

3. *La repressione penale del genocidio e della persecuzione*

In considerazione delle lacerazioni che persecuzioni e genocidio generano nella convivenza civile, il loro verificarsi durante un conflitto, normalmente durante un conflitto di natura non internazionale, deve costituire oggetto di particolare attenzione al termine del conflitto stesso, nella fase di *peacebuilding* e nella progettazione delle misure relative alla sua attuazione.

Trattandosi di crimini internazionali di estrema gravità sembra evidente che qualsiasi operazione intesa al *peacebuilding* non possa prescindere dalla loro repressione penale. Va considerato a questo riguardo che un clima di fiducia reciproca tra la popolazione è difficile da raggiungere se coloro che sono responsabili di gravi violazioni di diritti fondamentali non sono incriminati e puniti, se colpevoli. Inoltre, in nella ricerca di una cooperazione internazionale per il *peacebuilding*, va aggiunto che la coscienza dell'intera comunità internazionale si sentirebbe offesa se crimini di simile entità restassero impuniti e i loro autori continuassero a godere dell'impunità. Non è quindi un caso che tutti gli statuti delle corti e tribunali che hanno visto la luce a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso e che sono stati adottati dopo la fine di un conflitto armato, o comunque destinati a trovare applicazione in giudizi successivi alla fine del conflitto nella fase della ricostruzione di una pace duratura, prevedono che vi sia giurisdizione su questi crimini.

L'entrata in vigore dello Statuto della CPI ha confermato questa tendenza, riaffermando l'impegno, almeno per gli Stati contraenti (in numero moderatamente crescente), di incriminare e giudicare le persone responsabili di genocidio e di atti di persecuzione, anche commessi in tempo di pace. Si tratta di un progresso importante non solo per l'affermazione della completa autonomia dei crimini contro l'umanità, dei quali la persecuzione fa parte, dai crimini di guerra, ma anche perché libera il giudice penale dall'obbligo di accertare il momento esatto della fine del conflitto armato ai fini dell'incriminazione per atti di persecuzione come crimini contro l'umanità. Da un lato, infatti, il momento della fine di un conflitto armato è spesso difficile da accertare in rela-

¹³ Cfr. sentenza d'appello 28 novembre 2007, *Prosecutor v. Nahimana et al. (Media case)*, caso n. 99-52.

zione ad un conflitto interno al quale partecipino una pluralità di attori non statali non del tutto coordinati fra loro, in particolare quando solo una parte di essi, anche se significativa, deponga le armi; dall'altro è sovente il caso che atti di persecuzione proseguano in concreto anche dopo la formale cessazione delle ostilità. In questo senso lo sviluppo normativo ora accennato riveste importanza anche per il *peacebuilding*, che è suscettibile di cominciare durante il conflitto e continuare dopo la sua conclusione.

Va aggiunto, in questo contesto, che l'obbligo assunto dagli Stati contraenti dello Statuto della CPI riguarda non solo il riconoscimento della giurisdizione della Corte e la collaborazione con essa, ma comprende anche l'impegno di esercitare la giurisdizione penale attraverso gli organi giudiziari nazionali quando il crimine sia commesso da cittadini o sul territorio, e ad essa dovrebbe essere data priorità sulla giurisdizione internazionale, rendendola necessaria solo in caso di inattività di quella statale. Si tratta del principio della cosiddetta complementarità del ruolo della Corte¹⁴ rispetto ai giudici nazionali, intesa a ricondurre la responsabilità dell'esercizio della giurisdizione penale agli Stati piuttosto che alla comunità internazionale. Non è raro il caso che Stati che hanno avuto conflitti armati interni istituiscano proprie giurisdizioni anche speciali, o camere speciali della struttura giudiziaria nazionale, per trattare delle violazioni commesse durante i conflitti nella fase di ricostituzione della comunità nazionale. Ed è naturale che iniziative di questo genere debbano avere il supporto di chi partecipa – istanze governative nazionali, società civile, e forze straniere – ad operazioni di *peacebuilding*.

4. *Insufficienza della repressione penale ai fini del peacebuilding*

Se dunque la repressione penale, oltre che dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità commessi durante il conflitto armato o in connessione con questo, e per quanto qui interessa, dei crimini di genocidio e di persecuzione, costituisce una necessità in funzione del *peacebuilding*, deve tuttavia riconoscersi che la giustizia penale da sola non può risolvere tutti i problemi che la ricostituzione di una pacifica comunità statale comporta, specialmente quando in essa si sia verificato un genocidio o siano stati commessi gravi atti di persecuzione.

In casi di questo genere, la commissione di crimini di massa da parte di un alto numero persone non permette ad una giurisdizione penale, per quanto possa essere efficiente e ben organizzata, di giudicare tutti i crimini che si sono verificati, e di farlo in un tempo ragionevole. Certo non è in grado di farlo una giurisdizione internazionale, come dimostra l'esperienza dei due tribunali penali in-

¹⁴ Cfr. art. 17 Statuto CPI.

ternazionali *ad hoc* creati nel 1993 e nel 1994 rispettivamente per la situazione determinatasi con la guerra nei Balcani (TPIJ) e per il genocidio nel Ruanda (TPIR). Pur avendo ciascuno di questi tribunali giurisdizione limitata ad una situazione specifica per un determinato periodo, entrambi non hanno potuto esercitarla in relazione a tutti i crimini commessi e hanno dovuto circoscriverla agli episodi più gravi o che riguardavano persone che occupavano posizioni più alte militari o civili. Nonostante la considerevole durata del loro mandato, più volte prorogata fino a un totale di 24 anni per il TPIJ e di 21 anni per il TPIR, i due tribunali sono stati costretti a rimandare alcuni casi alle giurisdizioni nazionali in omaggio ad una strategia di conclusione del loro lavoro (*completion strategy*) che dopo un paio di decenni non poteva più essere rimandata¹⁵. Ancor meno potrebbe rispondere all'esigenza di giudicare di tutti i crimini commessi ai fini della ricostruzione di una comunità dilaniata da una guerra civile la giurisdizione della CPI, che pur non avendo giurisdizione universale ha tuttavia un ambito di competenza territoriale comprendente un alto numero di Paesi – 125 attualmente – che impedisce di concentrarsi su una specifica situazione.

Ne consegue che la giurisdizione internazionale può essere utilizzata solo per giudicare i crimini più rilevanti, scelti in base al criterio della gravità del crimine, oppure del livello di autorità che in quella situazione aveva chi l'ha commesso, o ancora dell'importanza che l'interpretazione normativa e la formazione di un precedente giurisprudenziale può avere per scoraggiare la commissione di futuri crimini ricorrenti con alta frequenza. Ciò vale in larga misura anche per le giurisdizioni nazionali con partecipazione internazionale, che normalmente si vedono attribuita una competenza limitata a casi che riguardano la responsabilità penale di persone che durante il conflitto avevano una posizione di autorità. Tali giurisdizioni, se operano in concomitanza con una giurisdizione internazionale, sono importanti per alleggerire il carico giudiziario di questa; se invece operano in assenza di essa, ne svolgono la stessa funzione. Ma non hanno il compito di investigare la massa di crimini che coinvolgono i responsabili di minore livello, che restano quindi affidati alla giurisdizione ordinaria o speciale nazionale.

Ma neppure una giurisdizione nazionale, spesso coinvolta nel conflitto e pertanto non indipendente e imparziale, sarebbe in grado di investigare e giudicare tutti i crimini commessi, la cui considerazione è invece necessaria per ristabilire fiducia reciproca tra i membri della comunità interessata. Va tenuto presente che a questo fine non è sufficiente sottoporre a giudizio penale i responsabili di rango più elevato, ma è necessario scendere a livelli più bassi di autorità. Nei conflitti armati interni la maggior parte delle vittime, pur ricevendo una riparazione

¹⁵ Cfr. F. POCAR, *Completion or Continuation Strategy? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 655 ss.

morale anche dalla condanna dei capi che hanno pianificato o istigato alla persecuzione, trova maggiore conforto nel vedere condannate le persone, anche di livello modesto, che materialmente hanno commesso i crimini di cui esse o i loro familiari sono stati destinatari. Spesso gli autori materiali dei crimini sono persone di diversa etnia vicini di casa o comunque abitanti in comunità di piccole dimensioni i cui componenti si conoscono e hanno convissuto nella comunità per anni pacificamente, di modo che la ricostituzione della convivenza civile richiede che essi siano puniti o almeno che sia accertata la verità sui crimini commessi e che gli autori ne assumano pubblicamente la responsabilità.

Anche a questo riguardo però la giustizia penale rivela qualche limite. Pur avendo l'obiettivo di accertare la verità, che è preliminare a qualsiasi condanna, il raggiungimento della verità trova un ostacolo nel rispetto delle regole procedurali a favore dell'accusato e nella disponibilità di prove credibili. Ma soprattutto il numero di casi è spesso così elevato che indagini e processi che li riguardassero tutti non sarebbero possibili se non in un tempo troppo lungo, con il rischio di ricadere in situazioni in cui la prova dei fatti diventi difficile per la mancanza di testimoni.

5. Un mezzo alternativo o parallelo alla giurisdizione penale: le commissioni di verità e riconciliazione

In queste condizioni, quando cioè si sia in presenza della commissione di crimini che coinvolgono numeri assai elevati di responsabili e un numero ancora più elevato di vittime, deve concludersi che affidarsi alla sola giustizia penale, internazionale o interna, o entrambe, non è sufficiente per ricostituire una convivenza veramente durevole in una comunità, con il pericolo che crimini rimangano impuniti e interi gruppi di vittime della persecuzione o del genocidio debbano abbandonare definitivamente la loro residenza e le loro case, creandosi premesse per nuovi conflitti.

Al fine di prendere in considerazione un più ampio numero, se non tutti, i crimini commessi, altre iniziative sono state proposte e adottate, non necessariamente in sostituzione della giustizia penale, ma piuttosto come un complemento ad essa. In varie occasioni, infatti, sono state create commissioni di verità e riconciliazione¹⁶, per svolgere compiti che un tribunale penale internazionale (o anche una corte interna) non sarebbero stati in grado di svolgere co-

¹⁶ Cfr. per una panoramica di commissioni create in varie situazioni P.B. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, pp. 597-655. Sui rapporti fra commissioni della verità e giurisdizione penale cfr. F. POCAR, *Remarks on the Relationship between International Criminal Courts and Reconciliation Commissions*, in *Cahiers de Défense Sociale*, 2002, pp. 261-269.

me istanze giurisdizionali. Ma quali sono questi compiti? e in quale misura sono essi essenziali per la ricostruzione di una società lacerata da un genocidio o gravi persecuzioni?

Una prima area in cui un tribunale può svolgere un ruolo limitato riguarda un'analisi delle cause del conflitto armato o del regime autoritario in cui i crimini sono stati commessi. Non c'è dubbio che l'attività giudiziaria di una corte internazionale possa occasionalmente prendere in considerazione aspetti rilevanti dell'origine della situazione nella quale si sono verificate le condotte penali sottoposte al suo giudizio. Ma non è certo compito di un giudice di analizzare tutte le cause storiche, economiche e sociali che hanno determinato quella situazione. Da un lato, infatti, un tribunale ha il dovere di esaminare i fatti solo dal punto di vista della responsabilità penale di coloro a cui sono imputati. Dall'altro un tribunale non può procedere di sua iniziativa a passare in rassegna tutti i fatti, ma è vincolato a considerare solo quelli che sono sottoposti alla sua attenzione nell'atto di accusa. Un'analisi sistematica è tuttavia necessaria allo scopo di raggiungere una riconciliazione effettiva e duratura nella popolazione in questione. Solo dopo una simile analisi, accompagnata da un ampio ed efficiente programma di informazione, la popolazione attuale e le generazioni future potranno evitare di ricadere in contrasti di natura simile a quelli precedenti. Non vi è dubbio che un'analisi di questo tipo possa essere meglio condotta da una commissione di verità e riconciliazione piuttosto che da un'istanza giurisdizionale.

Una seconda area che si ricollega a quella appena indicata e che potrebbe rientrare nella competenza di una commissione di verità piuttosto che di un tribunale, consiste nella creazione di una memoria collettiva degli avvenimenti, basata su una discussione aperta a tutti coloro che sono coinvolti nella situazione considerata. A questo riguardo l'esercizio della giurisdizione penale svolge un ruolo importante nell'accertamento dei fatti, ma non può costituire un foro adatto a un'aperta discussione del passato a causa della natura dei requisiti processuali che caratterizzano l'attività giudiziaria. Il suo contributo sarà sempre incompleto e limitato alla considerazione degli eventi che hanno prodotto le violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario che sono state sottoposte alla sua attenzione. Non vi è dubbio che una commissione della verità sia un foro generale più adatto a questo proposito. D'altra parte, il ruolo di rappresentare un foro di dialogo è sottolineato dagli statuti delle commissioni della verità istituite negli ultimi tempi. Lo Statuto della Commissione di verità e riconciliazione della Sierra Leone dichiara, ad esempio, che la commissione ha lo scopo di offrire un luogo in cui tanto le vittime quanto gli autori delle violazioni possano raccontare quando loro accaduto, facilitando in tal modo una vera riconciliazione¹⁷.

Una terza area in cui una commissione della verità e riconciliazione può agi-

¹⁷ Cfr. M. FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 857 ss.

re in modo più efficiente di un tribunale in situazioni di violazioni massive di diritti umani e di diritto umanitario potrebbe essere la effettiva attribuzione di riparazioni materiali alle vittime. In generale, la riparazione alle vittime del crimine rientra nelle attribuzioni dei tribunali nazionali secondo le disposizioni delle loro leggi processuali penali o civili. Mentre però la giurisdizione penale può decidere la riparazione da dare alle vittime di un crimine specifico, è quasi impossibile per un tribunale raggiungere questo risultato quando si verificano violazioni di masse di individui. È in particolare il caso di vittime in conflitti armati o di crimini commessi da gruppi paramilitari, nei quali un nesso tra atti criminali e vittime identificate non può aver luogo. La difficoltà di trovare una soluzione al problema di dare una riparazione alle vittime di criminalità diffusa è stata sottolineata in varie occasioni, e non è qui il caso di menzionare tutte le risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali, comprese le Nazioni Unite, a questo riguardo. È sufficiente ricordare che una soluzione soddisfacente non può essere raggiunta facilmente solo in sede giurisdizionale.

Non sorprende perciò che la questione delle riparazioni alle vittime non sia stata affrontata negli statuti dei tribunali penali internazionali *ad hoc* – TPIJ e TPIR – istituiti dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, anche se è stata successivamente oggetto di discussione all'interno dei tribunali stessi e dell'istituzione politica che li ha creati. Nessuna decisione è stata però presa di aumentare le funzioni di questi tribunali e di includervi disposizioni sulle riparazioni alle vittime, oltre alla riparazione morale che possa risultare dalla condanna delle persone responsabili per i crimini. Nel caso della Corte speciale della Sierra Leone, invece, è stata istituita accanto ad essa anche la già menzionata commissione di verità e riconciliazione, che ha fra i suoi compiti anche quello di decidere, oltre a forme simboliche di riparazione morale delle vittime, misure di riabilitazione delle vittime. Tra queste, la previsione di un indennizzo a carico di un fondo a disposizione della commissione, la cui attribuzione non necessariamente richiede la individuazione di uno specifico autore del crimine. Lo Statuto della CPI invece prevede forme di partecipazione delle vittime al processo e misure di riparazione a carico di un fondo a favore delle vittime di crimini di competenza della Corte e dei loro familiari. Tuttavia, l'amministrazione del fondo e la distribuzione degli indennizzi dipende da criteri determinati dall'Assemblea degli Stati parte dello Statuto piuttosto che da decisioni prese dalla Corte nell'ambito delle sue funzioni giurisdizionali¹⁸.

¹⁸ Cfr. in proposito fra altri S. HOROWITZ, *The role of victims*, in L. CARTER-F. POCAR, *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems*, Cheltenham, 2013, p. 166 ss.

6. Coordinamento fra procedure e conclusioni

Le precedenti osservazioni indicano chiaramente funzioni che meglio possono essere svolte da istituzioni diverse da quelle giudiziarie, e che quindi suggeriscono procedure diverse da queste ultime ai fini anche di un processo di *peace-building*. Il problema è però di come coordinare funzioni e attività quando istituzioni giudiziarie e non giudiziarie vengono create simultaneamente e le loro attribuzioni parzialmente coincidano. La questione più delicata consiste nel decidere se le persone responsabili di crimini internazionali debbano essere perseguite penalmente anche quando abbiano partecipato a una procedura di fronte ad una commissione di verità e riconciliazione. In questo caso il punto di vista della commissione può divergere da quello di un organo giurisdizionale e non è agevole trovare un punto di raccordo, a prescindere forse dal caso in cui la competenza a giudicare del crimine internazionale sia attribuita ad un tribunale internazionale. In questo caso dovrebbe probabilmente essere il tribunale internazionale a decidere se la partecipazione del responsabile di un crimine alla procedura di fronte alla commissione debba esentarlo dal processo penale o costituire solo un elemento da prendere in considerazione in sede di determinazione della pena quando il processo termini con una condanna.

A livello nazionale il problema è stato talora affrontato concedendo amnistia ai responsabili di crimini che partecipino spontaneamente alla procedura prevista da una commissione di verità e riconciliazione, come è stato il caso della Commissione per il Sud Africa¹⁹. Un atto di amnistia, tuttavia, consiste in una dichiarazione di impunità del responsabile ed è dubbio che possa sempre contribuire ad una effettiva riconciliazione nazionale, soprattutto quando gravi crimini contro l'umanità sono stati commessi. Inoltre, organi internazionali come il Comitato dei diritti umani costituito secondo il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, hanno sempre considerato le leggi di amnistia con un certo sospetto²⁰. Va d'altra parte riconosciuto che in presenza di crimini di massa non tutti i responsabili possono essere processati penalmente, come già si è indicato più sopra, e che è necessario concedere qualche beneficio ai responsabili, quando essi hanno collaborato all'accertamento della verità.

Se il coordinamento di procedure non giudiziarie con l'esercizio della giurisdizione penale può presentare difficoltà, è tuttavia certo che la repressione penale dei crimini commessi non può da sola risolvere il problema della ricostituzione di una comunità lacerata da un conflitto armato interno, e che pro-

¹⁹ Cfr. J. DUGARD, *Reconciliation and Justice: The South African Experience*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 1988, p. 277.

²⁰ V. F. POCAR, *La impunidad frente al Comité de derechos humanos de la ONU*, in *Contra la impunidad. Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Barcelona, 1998, p. 159 ss.

cedure alternative o concorrenti devono essere individuate a questo fine, proprio di una operazione di *peacebuilding*. Ciò vale soprattutto quando i crimini commessi siano un genocidio o gravi persecuzioni, che, come indicato all'inizio di queste pagine, sono quelli che creano maggiore e duratura divisione in una società umana.

| Egeria Nalin * |

Ristabilimento della pace e lotta all'impunità dei crimini: il ruolo della giustizia di transizione

SOMMARIO: 1. Giustizia di transizione e ristabilimento della pace: considerazioni preliminari. – 2. Obbligo di punire in base al diritto internazionale e strumenti di giustizia transizionale para-giurisdizionali. – 3. *Segue*: la prassi di combinare strumenti giurisdizionali e para-giurisdizionali: conformità al diritto internazionale. – 4. La giustizia di transizione come strumento di attuazione del principio di “complementarità positiva”. – 5. Conclusioni: il ruolo dell’UE e dell’Italia nella promozione di forme di giustizia transizionale e l’incidenza sul ristabilimento della pace.

1. Giustizia di transizione e ristabilimento della pace: considerazioni preliminari

Il termine giustizia di transizione designa «*the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuse, in order to secure accountability, serve justice and achieve reconciliation*»¹. Infatti, il termine venne coniato per definire l’insieme delle strategie attuate, a partire dagli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo, da parte dei Paesi dell’America Latina e dell’Europa dell’Est per rispondere ai gravi abusi e violazioni compiuti dai precedenti regimi, così da creare le basi per costituire istituzioni democratiche e rispettose dei diritti umani, nonché per avviare un processo di pace e di riconciliazione nazionale. Tali prassi, come quelle coeve o successive proprie di numerosi Stati africani, dimostrano che la giustizia di transizione si compone di numerosi meccanismi, cui, di norma, si ricorre congiuntamente, ancorché la combinazione degli stessi varii in funzione delle peculiarità della situazione e dei crimini da fronteggiare.

* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ Rapporto del Segretario generale, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflicts societies*, S/2004/616, 23 agosto 2004, par. 8.

Si tratta di strumenti di natura giurisdizionale (quali i processi penali celebrati dinanzi ai tribunali nazionali, misti o alle corti penali internazionali) e para-giurisdizionale (commissioni di verità e di riconciliazione, create per accertare i fatti, individuare i responsabili e, spesso, avviare procedimenti tradizionali per favorire la riconciliazione tra reo e vittima e/o la riparazione nei confronti delle vittime), riforme strutturali per istituire uno Stato rispettoso dei diritti umani fondamentali e della *rule of law*, o iniziative volte a preservare la memoria di quanto accaduto, affinché non accada mai più e a parziale ristoro delle gravi violazioni subite dalle vittime dei crimini. In un simile contesto, assume sempre maggiore rilievo la tutela (anzitutto giudiziaria) delle donne e dei bambini vittime di abusi e violenze, data l'incidenza dei crimini compiuti su tali componenti della popolazione. Inoltre, altrettanto spesso, gli accordi di pace promossi sotto l'egida delle Nazioni Unite perseguono, attraverso un diretto coinvolgimento delle operazioni di *peacekeeping* e *peacebuilding*, programmi di disarmo e per la reintegrazione degli ex combattenti, come ulteriori strumenti di giustizia transizionale, e promuovono programmi per la riparazione a favore delle vittime, in affiancamento a processi penali e commissioni di inchiesta². Ciò nella convinzione che «*Justice, peace and democracy are not mutually exclusive objectives, but rather mutually reinforcing imperatives*»³, e che, dunque, vada incoraggiato «*a comprehensive approach to transitional justice, including promotion of healing and reconciliation*», al duplice scopo di consolidare la pace e prevenire nuovi conflitti⁴.

Questo approccio onnicomprensivo sembra oggi trovare un generale consenso, ancorché, talvolta, rischi di tradursi in impunità degli autori di crimini⁵.

² *Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice*, marzo 2010.

³ S/2004/616, cit., *Summary*, par. 2.

⁴ Così la Risoluzione n. 2282, adottata all'unanimità dal Consiglio di sicurezza il 27 aprile 2016, par. 12. Nello stesso senso, con riferimento all'Unione Europea, v. tra gli altri, *The European Union Statement – United Nations General Assembly: Thematic Debate on the Role of International Criminal Justice in Reconciliation*, 10 aprile 2013.

⁵ G. ILLUMINATI-L. STORTONI-M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia – Dai tribunali internazionali alle commissioni verità e conciliazione*, Torino, 2000; T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali sulle commissioni di verità e riconciliazione*, in F. FRANCONI-M. GESTRI-N. RONZITTI-T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 599 ss.; P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. 2ª ed., New York, 2011, nonché il rapporto *Challenging the Conventional. Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?* (ICTJ, Kofi Annan Foundation, June 2014), reperibile online.

2. *Obbligo di punire in base al diritto internazionale e strumenti di giustizia transizionale para-giurisdizionali*

Invero, si può affermare che la lotta all'impunità dei crimini più gravi è uno degli obiettivi fondamentali della Comunità internazionale⁶ e trova il suo culmine nella istituzione della Corte penale internazionale (CPI), la quale persegue la realizzazione della pace internazionale proprio assicurando la punizione dei crimini internazionali.

Tale assunto trova conferma nei numerosi trattati in materia di crimini che obbligano gli Stati parte a punire gli autori degli stessi, spesso sancendo il principio *aut dedere aut iudicare*. Ci riferiamo, in particolare, alla Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, del 9 dicembre 1948⁷, alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti e pene inumani e degradanti del 10 dicembre 1984⁸, alla Convenzione sull'eliminazione e la repressione del crimine di apartheid del 30 novembre 1973⁹, alla Convenzione contro la schiavitù del 7 settembre 1956¹⁰, alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 sul diritto internazionale umanitario¹¹. È altresì degno di nota che gli organi di garanzia delle principali Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani hanno riconosciuto che l'obbligo di garantire una piena tutela di tali diritti e il diritto a un ricorso effettivo implicano l'obbligo di processare e punire con sanzioni adeguate gli autori di tortura, uccisioni arbitrarie e sparizioni forzate¹².

⁶ Cfr, per tutti, D. ORENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2537 ss.; R. CRYER, *Post Conflict Accountability: A Matter of Judgment, Practice or Principle?*, in N.D. WHITE-D. KLAASEN (eds.), *The UN, Human Rights and Post-Conflict Situations*, Manchester, 2005, p. 267 ss.

⁷ Artt. IV, V e VI.

⁸ Artt. 4, 5 e 7.

⁹ Artt. III, IV e V.

¹⁰ Art. 6.

¹¹ Artt. 49, 50, 129, 146, rispettivamente I, II, III e IV Convenzione di Ginevra; v., altresì, art. 86, I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, dell'8 giugno 1977.

¹² Per il Patto sui diritti civili e politici, cfr. *General Comment No 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 marzo 2004, parr. 14, 15 e 18; per la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, v. la sentenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, 29 luglio 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, parr. 164 e 166; per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v., tra le altre, la sentenza 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italy*, ricorso n. 6884/11, par. 204 ss., nonché *Background Paper for Seminar. Opening of the Judicial Year, January 2016. International and National Courts Confronting Large-Scale Violations of Human Rights – Genocide, Crimes against Humanity and War crimes*, reperibile online; per la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, v. Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, comunicazione n. 155/96, 27 maggio 2002, *Social and Economic Rights Action Center et al.*

Può affermarsi che un analogo obbligo di punire gli autori di crimini internazionali, quali genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità, sussista sul piano del diritto consuetudinario: tali crimini offendono i valori fondamentali della Comunità internazionale¹³, così rappresentando violazioni *erga omnes*¹⁴ di norme cogenti le quali – in quanto tali – implicano l'obbligo di cooperare per porre fine a siffatti illeciti¹⁵; proprio tale obbligo di cooperazione può ben implicare un «*general duty to set up appropriate judicial mechanisms or procedures for the universal repression of those crimes*»¹⁶.

D'altro canto, è pur vero che, dinanzi alla commissione di crimini internazionali in contesti di guerra civile o da parte di regimi dittatoriali, la numerosità degli stessi diviene sovente un ostacolo rilevante alla celebrazione di processi penali a favore di tutte le vittime. A ciò va aggiunta la frequente inadeguatezza dei tribunali nazionali, spesso non imparziali o irrispettosi del *due process*, ovvero privi di adeguati strumenti per perseguire i crimini internazionali. A questi limiti non sempre i tribunali penali internazionali o misti riescono a rimediare in modo ottimale, perché si occupano di processare i soli crimini più gravi o in quanto percepiti come troppo distanti dalle vittime e dalle comunità cui dovrebbero assicurare giustizia. Pertanto, si va sviluppando la tendenza a ricercare strumenti alternativi di giustizia, attraverso il ricorso a meccanismi para-giurisdizionali che vedono una piena partecipazione delle vittime e mirano a fornire loro forme di riparazione che ne soddisfino le necessità essenziali, oltre che della comunità in cui esse vivono, migliorandone le condizioni socio-economiche¹⁷ e intervenen-

v. *Nigeria*, e comunicazione n. 204/97, 23 aprile-7 maggio 2001, *Mouvement Burkinabé des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso*.

¹³ Cfr. F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, p. 402 ss.; M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., L'Aja, 1999, p. 227 ss.; A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford-New York, p. 303. Sull'esistenza di un obbligo consuetudinario di punire il genocidio data la natura imperativa del relativo divieto si è espressa più volte la Corte internazionale di giustizia: parere 28 maggio 1951, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 23; sentenza 11 luglio 1996, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, par. 31; sentenza 3 febbraio 2006, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, par. 64.

¹⁴ Corte internazionale di giustizia, sentenza 5 febbraio 1970, *The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, par. 34.

¹⁵ V. Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali, approvato dalla Commissione del diritto internazionale dell'ONU nel 2001, artt. 40-41, nonché il relativo Commento.

¹⁶ A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 303.

¹⁷ L. ARBOUR, *Economic and Social Justice for Societies in Transition*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2007, p. 1 ss.; P. DE GREIFF-R. DUTHIE (eds.), *Transitional Justice and Development: Making Connections*, New York, June 2009; C. CHINKIN, *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights Post-Conflict*, www2.ohchr.org.

do su alcuni dei fattori che, creando diseguaglianze e discriminazioni, hanno favorito la commissione di crimini a loro danno.

Questa posizione, volta a legare sviluppo e giustizia di transizione e, di conseguenza, a preferire forme di riparazione collettiva (attraverso il ricorso a meccanismi di giustizia redistributiva, riparativa e trasformativa) trova la sua consacrazione già nell'*African Transitional Justice Policy Framework* del 2009¹⁸ e, più di recente, nell'*African Union Transitional Justice Policy* adottata dall'Unione Africana (UA) con lo scopo di dare compiuta attuazione agli obiettivi di realizzare pace sostenibile, giustizia e riconciliazione nazionale di cui all'art. 4 dell'Atto costitutivo dell'Organizzazione regionale¹⁹, cioè «*to ensure that transitional justice activities address root causes of conflicts, legacies of violence, governance deficits and developmental challenges in Africa*»²⁰, in quanto «*Apart from the actions that remedy the wrongs done, justice additionally entails the availability of fair institutional, social and economic systems of governance and inclusive development*»²¹. Sicché, per un verso la giustizia di transizione diventa un elemento imprescindibile al fine di perseguire la pace e la riconciliazione nazionale, per altro essa presuppone un adeguato bilanciamento che realizzi il giusto compromesso tra «*the demand for retributive criminal justice and the need for society to achieve reconciliation and rapid transition to a shared democratic future*»²².

3. Segue: *La prassi di combinare strumenti giurisdizionali e para-giurisdizionali: conformità al diritto internazionale*

Siffatto approccio ha già ampiamente caratterizzato la prassi relativa alla

¹⁸ L'*African Transitional Justice Policy Framework* – elaborata, su richiesta dell'UA, da un *Panel of the Wise, Non-Impunity, Justice and National Reconciliation* – apre ad un approccio africano alla giustizia transizionale, volto ad ampliare il novero dei meccanismi per contrastare l'impunità e assicurare la giustizia.

¹⁹ Nello stesso senso, v. anche l'*African Union Post Conflict Reconstruction and Development Policy*, adottata dall'UA nel luglio 2006 allo scopo di fornire una guida per politiche e strategie volte a consolidare la pace, prevenire nuovi conflitti e realizzare uno sviluppo sostenibile in Paesi che hanno vissuto una esperienza di guerra o di violenza.

²⁰ *Press Release n. 12/32nd AU Summit, African Union Adopts Transitional Justice Policy*, Addis Abeba, 12 febbraio 2019. Per un commento all'*African Union Transitional Justice Policy*, v. G.M. WACHIRA, *The African Union Transitional Justice Policy Framework and How it Fits into the African Governance Architecture (AGA). Promise and Prospects for the African Court of Justice and Human Rights*, in C.C. JALLOH-K.M. CLARKE-V.O. NMEHILLE (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge, maggio 2019, p. 147 ss., reperibile online.

²¹ *African Union Transitional Justice Policy*, par. 17.

²² *Ivi*, par. 38 (VI).

giustizia di transizione nell'ambito del continente africano. Infatti, la tendenza a combinare meccanismi giurisdizionali con meccanismi di giustizia tradizionale e para-giurisdizionale si è affermata sin dalla creazione della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana²³.

Un esempio di combinazione di successo è rappresentato dalle strategie adottate dal Ruanda all'indomani della guerra civile caratterizzata dal genocidio dei tutsi ad opera degli hutu. Il Governo affidò la punizione dei crimini minori alle *gacaca*²⁴, una sorta di tribunali tradizionali che, al termine di un processo pubblico volto a ricostruire l'accaduto, potevano condannare alla detenzione e/o a pene alternative che consistevano nello svolgimento di attività utili per la comunità, a titolo di compensazione per la vittima del crimine.

Frequente è anche l'affiancamento a commissioni di verità e riconciliazione di tribunali ibridi, cioè aventi composizione mista e giurisdizione in base al diritto internazionale e locale, sul modello della Corte speciale per la Sierra Leone (CSSL)²⁵. È questo, ad es., il caso della Corte speciale penale da poco operativa nella Repubblica centro-africana per perseguire gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario commessi in tale territorio dal 1° gennaio 2003, soprattutto genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità²⁶; mentre la Corte ibrida per il Sud Sudan, prevista dall'*Agreement on the Resolution of the Conflict in Sud Sudan* del 19 agosto 2015, per indagare e punire i responsabili di violazioni del diritto internazionale e delle leggi sudanesi commesse tra il 15 dicembre 2013 e la fine del periodo di transizione, nascerà col contributo della Commissione dell'UA²⁷.

Orbene, ci sembra che tale scelta di adottare una strategia che, a seconda del-

²³ Creata nel 1995 per ricostruire cause, natura e entità dei crimini compiuti durante l'*apartheid* tra marzo 1960 e maggio 1994, la Commissione poteva garantire amnistie in cambio di piene confessioni.

²⁴ *Organic Law* n. 40/2000 del 16 gennaio 2001 sulla "giurisdizione delle *gacaca*" e l'organizzazione dei processi per gli illeciti costituenti crimini di genocidio o crimini contro l'umanità commessi tra il 1° ottobre 1990 e il 31 dicembre 1994.

²⁵ Creata in base agli accordi di pace di Lomé del 7 luglio 1999 e al *Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Act* 2000, la *Truth and Reconciliation Commission* ha svolto un ruolo complementare alla CSSL, istituita, in base a un accordo tra Governo della Sierra Leone e ONU del 16 luglio 2002, col mandato di giudicare «*the most responsible*» delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e delle leggi della Sierra Leone commessi in tale territorio dal 30 novembre 1996, «*including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone*» (art. 1, par. 1 Statuto).

²⁶ *Organic Law No. 15-003 on the Creation, Organization and Functioning of the Special Criminal Court*, 3 giugno 2015. Sulla Corte, v. I. TREDICI, *Special Criminal Court for the Central African Republic (SCC)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020.

²⁷ Sullo stato dei progressi per l'istituzione della Corte ibrida e per l'attuazione di un progetto di giustizia transizionale in Sud Sudan, cfr. Consiglio dei diritti umani, *Transitional justice and accountability: a roadmap for sustainable peace in South Sudan. Conference room paper of the Commission on Human Rights in South Sudan*, A/HRC/45/CRP.4, 5 ottobre 2020.

le necessità proprie della comunità locale, «*may choose, through inclusive consultative processes, to put more or less emphasis on the reconciliation, healing or justice dimension of the combination of TJ measures required for its realities*»²⁸, possa dirsi conforme agli obblighi di punire nascenti dal diritto internazionale convenzionale e consuetudinario purché non escluda totalmente la punizione giudiziale dei più gravi crimini. In altri termini, è necessario che le relative strategie combinino forme di giustizia tradizionale, volte ad accertare la verità o ad attuare forme di giustizia compensativa, con processi penali, dinanzi a tribunali nazionali, misti o internazionali, che assicurino una adeguata sanzione per i massimi responsabili e i più gravi crimini²⁹. In questo senso depone la prassi delle Nazioni Unite, confermata dall'apprezzamento per le forme di giustizia tradizionale e, più in generale, per questo approccio onnicomprensivo di giustizia di transizione, da ultimo espresso nel dibattito organizzato dalla Presidenza belga del Consiglio di sicurezza sul tema «*Peacebuilding and sustaining peace: transitional justice in conflict and post-conflict situations*», tenutosi nel febbraio 2020³⁰. In particolare, dal dibattito emerge un approccio che pone al centro l'interesse della vittima, rimarca l'essenzialità degli strumenti para-giurisdizionali per dare giustizia, attraverso l'accertamento della verità e lo sviluppo di programmi di riparazione, ad un numero sempre maggiore di vittime, ricordando, tra le altre, le esperienze cilena, guatemalteca, argentina e colombiana.

4. *La giustizia di transizione come strumento di attuazione del principio di "complementarità positiva"*

A conferma di quanto sostenuto può richiamarsi, altresì, la prassi relativa alla CPI, coinvolta in numerosi contesti di giustizia transizionale³¹.

Come è noto, la CPI funziona in base al principio di complementarità: secondo lo Statuto della Corte, spetta anzitutto agli Stati processare gli autori dei crimini rientranti nella giurisdizione della CPI e, solo ove essi siano «*unwilling*

²⁸ *African Union Transitional Justice Policy*, par. 37.

²⁹ Su questo aspetto ci permettiamo di rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al nostro *Transitional Justice in Africa: Between Fight against Impunity and Peace Maintenance*, in G. CELLAMARE-I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues*, Torino-Berlino, 2018, p. 135 ss., in specie p. 161 ss.

³⁰ *Letter dated 4 February 2020 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the Secretary-General*, S/2020/98, del 5 febbraio 2020; S/PV.8723 e S/PV.8723 (Resumption 1), del 13 febbraio 2020 (nelle quali, per l'Italia, v. le dichiarazioni del vice rappresentante permanente italiano all'ONU, l'ambasciatore Stefano Stefanile). V., altresì, in precedenza, S/2004/616, cit., par. 26, 47 e 50, e la cit. *Guidance Note* del Segretario generale.

³¹ È il caso di Uganda, Congo, Repubblica centro-africana, Mali, Sudan, Libia, Kenya, Costa d'Avorio, Afghanistan.

or unable» di procedere, la Corte diviene competente a giudicare (artt. 1 e 17, Statuto). Orbene, per accertare se uno Stato sia «unwilling or unable», si ha riguardo anche ai meccanismi para-giuridizionali di cui esso si serve per contrastare l'impunità dei crimini³². Inoltre, per decidere, ai sensi dell'art. 53 par. 2 (c) dello Statuto, che non sia «in the interests of justice» procedere, nonostante sussistano i presupposti per un'azione della Corte, il Procuratore tiene conto di tutte le circostanze, compreso l'interesse della vittima. In base al *Policy Paper on the Interests of Justice*, l'interesse delle vittime non si limita al diritto alla giustizia retributiva, dovendo il Procuratore valutare, a tale fine, quale possa essere il valore aggiunto di commissioni di inchiesta, programmi di riparazione, riforme istituzionali e meccanismi di giustizia tradizionale, allorché i suddetti strumenti possano soddisfare il diritto a ottenere giustizia di un numero maggiore di vittime³³.

Su queste basi, ci sembra che la CPI svolga un importante ruolo propulsore della giustizia di transizione nelle sue varie forme, in attuazione del c.d. principio di complementarità positiva³⁴. Con tale termine si intende riferirsi all'effetto "positivo" del principio di complementarità: il ruolo sussidiario attribuito alla CPI dal suo Statuto, in base al quale agli Stati spetta l'obbligo primario di contrastare i crimini, diviene una opportunità per spingere gli Stati stessi a esercitare la giurisdizione, emanando leggi nazionali che diano attuazione allo Statuto CPI attraverso il conferimento della giurisdizione per i crimini da esso contemplati ai tribunali nazionali, o, eventualmente, la creazione di tribunali speciali o di meccanismi para-giurisdizionali. In altri termini, la CPI favorisce un maggior coinvolgimento delle autorità nazionali nella lotta all'impunità dei crimini, in quanto strumento più efficace di riconciliazione nazionale, perché più prossimo alle vittime e più affine alle loro reali esigenze di riparazione.

Nell'ottica della complementarità positiva, si possono inquadrare i citati tri-

³² In questo senso, v. W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3^a ed., Cambridge, 2007, p. 185 ss. *Contra*, J.T. HOLMES, *The Principle of Complementarity*, in R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, L'Aja, 1999, p. 41 ss., in specie p. 77.

³³ *Office of the Prosecutor's Policy Paper on the Interests of Justice*, settembre 2007, p. 7. In senso conforme, v., in dottrina, J. DUGARD, *Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions*, in A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Oxford, 2002, vol. I, p. 693 ss., in specie p. 703; C. STAHN, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 695 ss.; S.A. WILLIAMS, W. SCHABAS, *Article 17. Issues of Admissibility*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2^a ed., Monaco, 2008, p. 605 ss., in specie p. 618.

³⁴ In argomento, ci sia consentito rinviare al nostro *La posizione delle organizzazioni regionali africane e degli Stati africani nei confronti della Corte penale internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani, Gli Speciali*, luglio 2020, p. 135 ss., reperibile online.

bunali misti istituiti con l'appoggio dell'ONU, nonché il progetto di una nuova Corte africana di giustizia e dei diritti umani, previsto dal *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* del 2014, la quale, quando diverrà operativa, giudicherà, tra gli altri, su genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità. In precedenza, si possono ricordare le *gacaca*, che hanno funzionato in modo complementare al Tribunale penale internazionale per il Ruanda, la Commissione di verità e conciliazione che ha affiancato la CSSL, la Camere straordinarie africane, istituite col supporto dell'UA per processare l'ex dittatore del Chad Habré.

Sempre alla complementarità positiva, si ispira il progetto di riforma della giustizia nei vari Paesi dell'UA per renderla conforme al diritto internazionale sul piano sostanziale e procedurale al fine di garantire la punizione dei crimini, anche a livello giurisdizionale, direttamente da parte dei Paesi interessati³⁵, di cui un recente esempio è la condanna, da parte della Corte di appello di Bangui nella Repubblica centro-africana, di 28 persone per crimini di guerra e contro l'umanità, per l'uccisione di 75 civili e 10 *peacekeepers* nell'area di Bangossou³⁶.

5. Conclusioni: il ruolo dell'UE e dell'Italia nella promozione di forme di giustizia transizionale e l'incidenza sul ristabilimento della pace

In conclusione, la giustizia di transizione è un imprescindibile strumento per costruire la pace e la riconciliazione, attraverso tutti i suoi pilastri: verità, giustizia, riparazione e garanzie di non ripetizione; il principio di complementarità positiva, che trova un importante propulsore nella CPI, segna un passaggio essenziale per la promozione dello sviluppo di ciascuno di essi in funzione della migliore e maggiore tutela delle vittime e senza mai sacrificare le esigenze di repressione penale dei più gravi crimini.

In un simile contesto, diventa altresì essenziale che l'ONU continui a promuovere questo approccio integrato di giustizia transizionale già negli accordi di pace di cui si faccia promotrice, attribuendo specifici compiti in tal senso alle *peacekeeping* o *peacebuilding operation* istituite a supporto del processo di pace, spesso attraverso i suddetti accordi. In particolare – come emerge dai citati dibattiti in argomento svoltisi in seno al Consiglio di sicurezza nel febbraio 2020 – i mandati delle operazioni devono favorire forme di complementarità positiva, contribuendo a rafforzare la *rule of law* e, soprattutto, l'apparato giudiziario e legislativo, in modo da sviluppare l'autonomia di azione di tali Paesi in

³⁵ *African Union Transitional Justice Policy*, par. 80 s.

³⁶ Rapporto del Segretario generale, S/2020/124 del 14 febbraio 2020, par. 51.

senso conforme agli standard internazionali e consentire una adeguata repressione dei crimini direttamente a livello locale. Un modello potrebbe essere rappresentato dal recente mandato della missione in Afghanistan, l'UNAMA, cui è, tra l'altro, affidato il compito «*to promote accountability, and advise, in close consultation with the Government (...), on the establishment and implementation of judicial and non-judicial processes to address the legacy of large-scale human rights violations and abuses as well as international crimes and to prevent their recurrence and to assist in the full implementation of the fundamental freedoms and human rights provisions of the (...) Constitution and international treaties*»³⁷. Ma buona prova hanno dato, in quest'ottica, anche le missioni in Sud Sudan (UNMISS) e Repubblica centro africana (MINUSCA). In particolare, l'UNMISS supporta le azioni volte a perseguire i responsabili dei crimini e fornisce assistenza alle "corti itineranti" (*mobile courts*) che amministrano la giustizia anche nelle regioni più isolate del Sud Sudan; inoltre, è coinvolta nel processo di riforma della giustizia minorile e di istituzione della *Commission for Truth, Reconciliation, and Healing* da affiancare alla Corte ibrida per il Sud Sudan; la MINUSCA, oltre che nei confronti della citata Corte speciale penale per la Repubblica centro-africana, svolge attività di supporto per sviluppare un programma integrato di approccio agli abusi e ai crimini e sta fornendo assistenza tecnica e operativa per garantire l'indipendenza della neo-istituita Commissione di verità, giustizia, riparazione e riconciliazione.

Si tratta, dunque, di realizzare un approccio sistematico alla giustizia di transizione per favorire un migliore sviluppo di tutte le sue componenti, affiancando e assistendo i Governi nazionali e le organizzazioni regionali coinvolti e incoraggiandone l'azione in attuazione della complementarità positiva.

In questo quadro, l'Italia e l'UE hanno svolto e possono svolgere un ruolo importante. Il riferimento è per entrambe al sostegno (anche finanziario) fornito all'*International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011*, all'uopo istituito dall'Assemblea generale dell'ONU, o, per l'UE, a meccanismi giurisdizionali ibridi (come nella Repubblica centro-africana) e, ancora per l'Italia, già in precedenza, per le corti miste a Timor Est, in Kosovo e in Sierra Leone. Allo stesso tempo, l'UE e l'Italia hanno sostenuto la necessità di affiancare agli strumenti di giustizia nazionale i tribunali penali internazionali, e, a questo riguardo, hanno in particolare supportato l'azione della CPI, per garantire una maggiore imparzialità e una adeguata punizione dei più effe-
rati crimini. Inoltre, a fianco dell'UE e dell'ONU, l'Italia è impegnata per un pieno coinvolgimento delle donne nelle strategie di giustizia transizionale.

³⁷ Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 2489 del 17 settembre 2019, par. 5, e).

L'Italia può, infine, fornire un importante contributo a sostegno dei programmi di riforma delle istituzioni in senso conforme alla *rule of law*, di rafforzamento dell'indipendenza della magistratura, di diffusione di una cultura della legalità e del rispetto dei diritti umani, ma anche di disarmo, smobilitazione e reintegrazione dei combattenti, sia partecipando alle operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, che attraverso un supporto alle strutture con questi compiti, già presenti nella base ONU di Brindisi.

Un simile contributo avrebbe una importante incidenza anche sulla dimensione preventiva della commissione di futuri crimini, diventando una componente essenziale di una giustizia di transizione che sia un efficace strumento per una pace sostenibile e duratura, coniugandosi sia alle istanze su cui si impernia la citata *African Union Transitional Justice Policy*, che a quelle espresse dall'ONU nell'ambito della responsabilità di proteggere, in particolare, nel pilastro dedicato alle strategie per la prevenzione dei crimini³⁸.

³⁸ V. lo studio congiunto sulla prevenzione delle atrocità di massa attraverso la giustizia di transizione (A/HRC/37/65 del 1° marzo 2018), elaborato dal Relatore speciale dell'ONU sulla *Transitional Justice*, Paolo de Greiff, e dal Consigliere speciale sulla prevenzione del genocidio, Adam Dieng, su richiesta del Consiglio dei diritti umani (Risoluzione n. 33/2019). Cfr., altresì, il rapporto del Segretario generale dell'ONU *Responsibility to protect: lessons learned for prevention*, A/73/898-S/2019/463, del 10 giugno 2019, specialmente par. 16, e).

| Ginevra Le Moli * |

Amnistie e giustizia transitoria

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Amnistie e diritto internazionale. – 2.1. Tipologie di amnistie. – 2.2. Legalità delle leggi di amnistia. – 3. Amnistie e diritto alla verità. – 4. Amnistie e commissioni per la verità nella giustizia transitoria. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La questione relativa alla legittimità di leggi di amnistia adottate durante i processi di transizione ha avviato nel tempo un acceso dibattito espresso nella formula (e dicotomia) “pace contro giustizia”¹. L’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) ha tuttavia sottolineato che giustizia e pace, in tali contesti, si rafforzano a vicenda². Se è stata avanzata una certa ostilità verso il riconoscimento di una totale impunità nei confronti di autori di crimini internazionali, al fine del mantenimento di una pace duratura³, le leggi di amnistia, nella loro evoluzione pratica, risultano di diversa natura e anche in grado di svolgere un ruolo importante nel mitigare possibili tensioni. Come è stato sostenuto dalla Commissione per la verità e la riconciliazione in Sierra Leone, «*le amnistie non dovrebbero essere escluse interamente dall’insieme di meccanismi disponibili a coloro che tentano di negoziare la cessazione di ostilità dopo periodi di brutali conflitti armati. Non consentire l’amnistia in tutti i casi sarebbe negare la realtà del conflitto e l’urgente necessità di*

* Professore di diritto internazionale, Università di Leida.

¹ G.K. YOUNG, *Amnesty and Accountability Comment*, in *U.C. Davis Law Review*, 2001, p. 9; L.M. OLSON, *Provoking the dragon on the patio – Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties*, in *IRRC*, giugno 2006, pp. 275-294; si veda anche L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging The Peace And Justice Divide*, Oxford-Portland (Oregon), 2008.

² Ufficio dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani (“OHCHR”), *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, 2009, HR/PUB/09/1, 2009, p. 24.

³ *Ibid.*, p. 45; C.M. BASSIOUNI, *The need for international accountability*, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. III, *Enforcement*, New York, 1999, pp. 3-29.

*portare a termine non solo il conflitto ma anche la diffusa sofferenza»*⁴.

Il presente contributo intende esaminare se e in che misura la concessione di amnistie sia da considerarsi legale ai sensi del diritto internazionale, anche tenendo conto della posizione mantenuta dall'ONU. La prima sezione chiarifica la definizione di "amnistia", la sua logica nonché le sue diverse tipologie, e, in particolare, analizza la legalità delle leggi di amnistia, con un esame di quali tipi di reati possono essere coperti da un'amnistia per renderla conforme agli standard legali internazionali. La sezione successiva affronta invece la relazione tra amnistie e il diritto alla verità (*right to the truth*). La sezione quarta esamina, in particolare, il ruolo svolto dalle commissioni per la verità (*Truth Commissions*) nei processi di giustizia di transizione nonché la loro interazione – se presente – con le leggi di amnistia. L'articolo conclude avanzando alcune osservazioni sulle convergenze e divergenze di amnistie e sull'importanza (or meno) delle commissioni per la verità, identificandone rischi e benefici.

2. Amnistie e diritto internazionale

2.1. Tipologie di amnistie

Un'amnistia, secondo una generale definizione, è un provvedimento giuridico in virtù del quale si estingue il reato, determinando una sentenza di proscioglimento, o, se vi è stata condanna, la cessazione della stessa e delle pene inflitte⁵. Consiste dunque anche nella rinuncia da parte dello stato a perseguire determinati reati⁶. Le leggi di amnistia comportano dunque, secondo l'ONU, «l'impossibilità, de jure o de facto, di rendere giustizia a vittime di violazioni internazionali per il tramite di procedimenti penali, civili, amministrativi o disciplinari, a cause dell'assenza di una inchiesta» che invece potrebbe portare ad un esito opposto⁷.

È importante ora dunque chiarire le diverse categorie di amnistie, al fine di valutare l'estensione e i confini della loro legalità in diritto internazionale⁸. In particolare, si distinguono cinque tipi differenti di amnistie, che verranno di seguito esaminati.

⁴ *Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission*, vol. 3b, 2004, Capitolo 6, p. 11.

⁵ M. FREEMAN, *Necessary Evil: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, 2010, pp. 12-17.

⁶ E.B. LUDWIN KING, *Amnesties in a time of transition*, in *George Washington International Law Review*, 3, 2010, pp. 577-618; T. HADDEN, *Punishment, amnesty and truth: Legal and political approaches*, in A. GUELKE (ed.), *Democracy and Ethnic Conflict: Advancing Peace in Deeply Divided Societies*, New York, 2004, pp. 196-217; C.C. JOYNER, *Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 1997, p. 591 ss., a p. 612.

⁷ OHCHR, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity, Definitions*, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

⁸ *Ibid.*, p. 46.

In *primis*, le amnistie *assolute* (o *blanket amnesties*) «hanno la portata più ampia e la minima legittimità»⁹. Questo tipo di amnistie copre tutti i crimini commessi in un determinato periodo, senza che i beneficiari debbano soddisfare alcuna condizione preliminare¹⁰. Nonostante siano generalmente considerate illegittime, specialmente quando riguardano gravi violazioni di diritti umani e gravi violazioni del diritto umanitario¹¹, la pratica dimostra che questo tipo di amnistia è stata adottata in Sierra Leone¹², Mozambico¹³, Uganda¹⁴ e in alcuni paesi dell'America Latina¹⁵, come, ad esempio, in Perù. In quest'ultimo caso, tali leggi di amnistia sono state dichiarate illegittime dalla Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDU) a causa della loro eccessiva estensione¹⁶.

In secondo luogo, le amnistie *condizionali* generalmente fanno parte di un più ampio processo di giustizia transitoria che coinvolge meccanismi come commissioni per la verità o programmi di riparazione. Questo tipo di amnistie esentano la persona responsabile di un crimine unicamente se certe condizioni vengono soddisfatte, come, ad esempio, nel caso di completa divulgazione dei fatti relativi alla violazione commessa, o di offerta di qualche forma di riparazione alla vittima e/o di lavoro di comunità¹⁷. Queste amnistie sono generalmente garantite dal governo entrante. Nella pratica, si possono trovare esempi di concessione di amnistie condizionali in Sudafrica nel 1994¹⁸ e l'*Amnesty Act* adottato dal governo dell'Uganda nel 2000¹⁹.

Inoltre, le amnistie *di fatto* sono quelle misure – regolamenti, leggi o decreti –

⁹ W.W. BURKE-WHITE, *Protecting the Minority: A Place for Impunity? An Illustrated Survey of Amnesty Legislation, Its Conformity with International Legal Obligations, and Its Potential as a Tool for Minority-Majority Reconciliation*, in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2000, 1, p. 22.

¹⁰ V. VRIEZEN, *Amnesty Justified? The Need for a Case by Case Approach in the Interests of Human Rights*, Cambridge, 2012, p. 41.

¹¹ S.M. MEISENBERG, *Legality of amnesties in international humanitarian law: The Lomé Amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone*, *International Review of the Red Cross*, dicembre 2004, pp. 837-851; Y Naqvi, *Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition*, *International Review of the Red Cross*, settembre 2003, pp. 583-625; OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 8.

¹² *Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone*, Art. IX su grazia ed amnistia, 1999.

¹³ *General Peace Agreement for Mozambique* 1992.

¹⁴ V. OHCHR, *UN Position on Uganda's Amnesty Act 2000, Submission to the Hon. Minister of Internal Affairs*, 2012.

¹⁵ V. VRIEZEN, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ Sentenza 14 marzo 2001, *Barrios Altos v. Peru*, par. 2 (k).

¹⁷ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 43.

¹⁸ G.K. YOUNG, *op. cit.*, p. 442.

¹⁹ S. YARBROUGH, *Amnesty or Accountability: The Fate of High-Ranking Child Soldiers in Uganda's Lord's Resistance Army Note*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2014, p. 531 ss., a p. 533.

che, mentre non escludono esplicitamente l'azione penale, finiscono per determinare *di fatto* lo stesso effetto²⁰. Questo può accadere quando il governo non riesce a fare avviare un procedimento penale a causa di mancanza di effettiva volontà, di impossibilità di garantire un processo equo o anche per incapacità finanziaria – come avvenne in Iraq dopo il regime di Saddam Hussein²¹. Sia Timor Est che il Kenya sono paesi che hanno adottato amnistie di fatto.

In aggiunta, si segnalano le amnistie *celate* (*disguised amnesties*), le quali possono assumere diverse forme. Rientrano in questa categoria le amnistie inserite in regolamenti interpretativi di leggi che, all'apparenza, si dimostrano compatibili con il diritto internazionale ma, una volta attuate, sono incompatibili con gli obblighi statali in materia di diritti umani. Un esempio è rappresentato dall'Accordo politico Ouagadougou 2007 adottato dal governo della Costa d'Avorio. Sebbene questo accordo di pace proibisse che crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità cadessero nella legge di amnistia, l'attuazione effettiva dell'ordinanza non li ha esclusi esplicitamente dall'amnistia²².

In ultimo, le auto-amnistie (o *self-amnesties*) sono amnistie approvate dagli stessi autori di reati oggetto delle amnistie al fine di proteggersi da possibili responsabilità penali²³. Tali amnistie hanno spesso le stesse caratteristiche delle amnistie assolute. In particolare, questa categoria di amnistie è stata fortemente criticata, sia a livello dottrinale che pratico, da vari organi delle Nazioni Unite²⁴. Alcuni esempi sono le leggi di amnistia della giunta militare del 1983 in Argentina²⁵ e quelle adottate da Pinochet durante il suo regime militare in Cile nel 1978²⁶.

2.2. Legalità delle leggi di amnistia

Il sistema di protezione dei diritti umani internazionali e trattati di diritto umanitario impongono espressamente agli Stati il dovere di perseguire specifici reati internazionali e gravi violazioni dei diritti umani²⁷. Pertanto, un'am-

²⁰ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 9.

²¹ A. BORAINÉ, *Retributive Justice and Restorative Justice: Contradictory or Complementary?* in N. ADLER (ed.), *Genocide and Accountability. Three Public Lectures by Simone Veil, Geoffrey Nice and Alex Boraine*, Amsterdam, 2004, pp. 51-52.

²² OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 9.

²³ *Ibid.*, p. 43.

²⁴ Corte IDU, *Barrios Altos v. Peru*, cit.; sentenza 26 settembre 2006, *Almonacid Arellano et al v. Chile*, opinione concorrente del Giudice Cançado-Trindade, par. 21.

²⁵ P.F. PARENTI, *The Prosecution of International Crimes in Argentina Latin American and International Criminal Law: The Prosecution of International Crimes in Latin America – The Paradigmatic Cases* (2010), in *International Criminal Law Review*, 2010, p. 491 ss., a p. 492.

²⁶ Decreto legge cileno n. 2191 del 1978. AMNESTY INTERNATIONAL, *Chile: Legal Brief on the Incompatibility of Chilean Decree Law No. 2191 of 1978 with International Law*, 2001.

²⁷ Per un'analisi si veda L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit.; R.C. SLYE, *The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-*

nistia che impedisca la punizione di un crimine di tale portata risulterebbe incompatibile con gli obblighi statali internazionali²⁸. A tale proposito, come riconosciuto dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, «*l'attuale esercizio della giurisdizione nazionale per ipotesi di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio possono essere meglio descritti come attività giudiziarie svolte per la comunità internazionale in quanto tale – piuttosto che come mera modalità di esercizio del potere sovrano*»²⁹.

Sebbene altamente controversa, si è detto che la formula “verità-in cambio di amnistia” (*truth-for-amnesties*) potrebbe, in alcuni casi, aiutare il recupero di prove e la ricostruzione dei fatti durante e dopo un periodo di transizione³⁰, facilitare il passaggio a regimi civili democratici o favorire un processo di riconciliazione³¹. Tuttavia, le leggi nazionali sull'amnistia che si estendono a reati quali crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità e altre gravi violazioni dei diritti umani, sono da considerarsi incoerenti con gli obblighi derivanti da trattati internazionali³². Al contrario, le amnistie concesse per crimini politici sono validi ai sensi del diritto internazionale, a condizione che non vi siano violazioni delle leggi di guerra³³. Tali amnistie possono tuttavia essere nulle se applicate indiscriminatamente e senza adeguati meccanismi di indagine³⁴. Inoltre, si ritiene che le amnistie concesse a coloro che partecipano a un conflitto armato non internazionale³⁵ non debbano costituire ostacolo ad un effettivo accesso alla giustizia³⁶.

3. Amnistie e diritto alla verità

Ai sensi del diritto internazionale, una legge di amnistia non può violare gli obblighi statali che impongono di salvaguardare il diritto alla giustizia di vittime

American law: Is a legitimate amnesty possible?, in *Virginia Journal of International Law*, 2002, 1, pp. 173-247; OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., pp. 11-24.

²⁸ Si veda A. CASSESE, *International Criminal Law*, III ed., Oxford, 2013, pp. 309-312; B. CHIGARA, *Amnesty in International Law: The Legality under International Law of National Amnesty Laws*, Londra, 2002, p. 3; OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 7.

²⁹ P. GAETA, *War Crimes and Other International Crimes*, in A. CLAPHAM-P. GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 765.

³⁰ D. GAVSHON, *The Dead*, in A. CLAPHAM-M. SASSOLI-P. GAETA, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 283.

³¹ V. VRIEZEN, *op. cit.*, p. 5.

³² OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit.

³³ F. LESSA-L.A. PAYNE (eds.), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Cambridge, 2012, p. xxiii.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. xxiii.

³⁶ COMITATO INTERNAZIONALE DELLA CROCE ROSSA, *Customary IHL – Section B. Prohibition on Amnesty for War Crimes*, al sito https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ug_rule159_sectionb.

di abusi, il diritto alla verità ed anche il diritto a un ricorso effettivo³⁷. Si deve dunque ritenere *contra legem* una legge di amnistia che non preveda misure per tutelare tali diritti o limiti la loro effettiva realizzazione³⁸. In particolare, questa sezione intende analizzare la relazione tra le amnistie e il diritto alla verità (*right to the truth*), con un'analisi specifica, presentata nella sezione quarta, del ruolo svolto dalle commissioni per la verità nel processo di giustizia transitoria. Queste ultime, infatti, sono da considerarsi uno strumento importante per affrontare abusi, condurre investigazioni su possibili violazioni dei diritti umani nonché conservare documentazione relativa agli eventi³⁹.

La parola "amnistia" deriva dal termine greco ἀμνηστία, *amnestía*, che significa "remissione" o "oblio"⁴⁰. Nella sua origine, le amnistie erano concepite come un meccanismo che oscurava orrori del passato⁴¹. Questa visione è oggi tuttavia mutata. Secondo l'ONU, «*amnistie o restrizioni al diritto di cercare informazioni non devono mai essere usate per limitare, negare o compromettere il diritto alla verità*»⁴². Tale diritto implica «*conoscere la verità piena e completa riguardo agli eventi che sono emersi, le circostanze specifiche e chi vi ha partecipato – compresa la conoscenza delle circostanze in cui si sono verificate tali violazioni, nonché i motivi delle stesse*»⁴³.

In particolare, il diritto alla verità possiede una duplice dimensione: una individuale, in quanto si riferisce al diritto delle vittime e delle loro famiglie di conoscere i reati commessi, ma anche una collettiva, relativa al diritto della società, considerata nel suo insieme, di conoscere le violazioni passate. Queste due dimensioni sono considerate inalienabili dalle Nazioni Unite⁴⁴. L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha infatti sottolineato che «*il diritto alla verità relativa a gravi violazioni di diritti umani, e tutelato da strumenti internazionali sui diritti umani, è un diritto inalienabile e autonomo*» e «*dovrebbe essere considerato un diritto non derogabile né suscettibile di alcuna limitazione*»⁴⁵. Il

³⁷ L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., p. 356.

³⁸ OHCHR, *Study on the Right to the Truth. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, E/CN.4/2006/91, 2006, par. 3.

³⁹ ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies. Report of the Secretary-General*, UN Doc. S/2004/616, 2004, par. 30.

⁴⁰ U.E. PAOLI, *Amnistia*, in *Enc. it. Treccani*, 1929.

⁴¹ R. JEFFERY, *Amnesties, Accountability, and Human Rights*, Filadelfia, 2014, p. 5.

⁴² Commissione per i diritti umani, *Study on the Right to the Truth*, cit., par. 60. Si veda anche il principio 24, OHCHR, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*, cit.

⁴³ OHCHR, *Study on the Right to the Truth*, cit., par. 3.

⁴⁴ OHCHR, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*, cit., principio 2 "The inalienable right to the truth" e principio 4 "The victim's right to know".

⁴⁵ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 31.

diritto alla verità origina dall'interpretazione degli articoli. 32 e 33 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzioni di Ginevra del 1949. Inoltre, trova espressa menzione anche nell'articolo 24, paragrafo 2, della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, e nell'articolo. 9, paragrafo 4, della Convenzione sui diritti del fanciullo. È stato anche dedotto da altri trattati sui diritti umani⁴⁶. È importante aggiungere che i principali trattati sui diritti umani stabiliscono anche l'obbligo per gli Stati di indagare su possibili violazioni di tali diritti. Tale obbligo è connesso al «*diritto intrinseco della cittadinanza di conoscere i risultati di tale indagine*»⁴⁷. Diverse risoluzioni delle Nazioni Unite hanno inoltre fatto riferimento al diritto alla verità in contesti di giustizia transitoria, anche specificando il ruolo svolto dalle commissioni per la verità⁴⁸.

Sulla base degli sviluppi nelle consuetudini statali internazionali, l'OHCHR ha inoltre chiarito che il diritto alla verità sussiste (e richiede dunque garanzia) in tutti i casi di gravi violazioni dei diritti umani, «*in particolare sparizioni forzate, esecuzioni e torture extragiudiziali*», nonché per gravi violazioni del diritto umanitario, come riconosciuto da corti e organi internazionali e regionali⁴⁹. Ad esempio, la Corte interamericana ha ripetutamente sostenuto che «*ogni persona, compreso il parente più prossimo di vittime di gravi violazioni di diritti umani, ha il diritto alla verità. Pertanto, sia il parenti che la società devono essere informati riguardo a tutto ciò che è accaduto in relazione a tali violazioni*»⁵⁰. Inoltre, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il diritto alla verità comporta l'obbligo di indagini effettive e pronta conoscenza dei risultati⁵¹. La Corte è andata anche oltre, dichiarando che quando le autorità statali non conducono indagini effettive relative ad un caso di sparizione di una persona in pericolo di vita, tale condotta costituisce una violazione da parte dello Stato dell'obbligo di proteggere il diritto alla vita⁵².

In particolare, il diritto alla verità è stato espresso anche nel contesto specifico delle amnistie. Nel caso chiamato *Massacro dei Gesuiti in El Salvador* (1999), la Commissione interamericana dei diritti umani ha riconosciuto che «*l'applicazione del decreto di amnistia ha eliminato la possibilità di intraprendere ulteriori indagini giudiziarie attraverso i tribunali per stabilire la verità*

⁴⁶ T.M. ANTKOWIAK, *Truth as a Right and Remedy in International Human Rights Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2002, p. 977 ss.

⁴⁷ P.B. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, p. 567 ss., a p. 611.

⁴⁸ A. BISSET, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, 2012, pp. 17-18.

⁴⁹ OHCHR, *Study on the Right to the Truth*, cit., par. 33 e 34.

⁵⁰ Corte IDU, sentenza 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*.

⁵¹ Sentenza 25 maggio 1998, *Kurt v. Turkey*, ricorso n. 24276/94, par. 130-134; sentenza 14 novembre 2000, *Tas v. Turkey*, ricorso n. 24396/94, par. 77-80; sentenza 10 maggio 2001, *Cyprus v. Turkey*, ricorso n. 25781/94, par. 157.

⁵² *Cyprus v. Turkey*, cit., par. 136.

e ha dunque negato il diritto alle vittime, ai loro parenti e alla società di conoscere la verità»⁵³. Di conseguenza, in tale contesto, la Commissione ha riscontrato che la Repubblica di El Salvador ha violato il diritto alla verità dei parenti delle vittime ed anche dell'intera società salvadoregna⁵⁴.

L'analisi di cui sopra mostra la stretta relazione tra la giustizia transitoria, le amnistie e il diritto alla verità, nonché il ruolo centrale di quest'ultimo. Nel processo di prevenzione di future violazioni, risulta dunque essenziale⁵⁵ riconoscere il passato e le circostanze che hanno determinato la commissione di specifici crimini⁵⁶. Inoltre, il diritto alla verità, nella sua natura collettiva, è stato spesso indicato come “il diritto di sapere” (“*right to know*”) e connesso al “dovere di ricordare” (“*duty to remember*”) dello Stato⁵⁷.

4. Amnistie e commissioni per la verità nella giustizia transitoria

Le Nazioni Unite definiscono la giustizia transitoria come «l'intera gamma di processi e meccanismi connessi al tentativo di una società di venire a patti con un'eredità di passati abusi commessi su larga scala, al fine di garantire la responsabilità, servire la giustizia e raggiungere la riconciliazione»⁵⁸. Questi meccanismi sono interconnessi e si sovrappongono nella pratica internazionale⁵⁹. Come ha sottolineato l'ONU, «le iniziative di giustizia transitoria possono comprendere meccanismi giudiziari e non giudiziari, e dunque includere singoli procedimenti giudiziari, riparazioni, ricerca della verità, riforma istituzionale, controllo e licenziamenti»⁶⁰.

Gli strumenti e i meccanismi adottati per servire il processo di transizione

⁵³ Commissione interamericana dei diritti umani, rapporto 22 dicembre 1999, *Ignacio Ellacuría et al v. El Salvador* (rapporto sul massacro dei Gesuiti in El Salvador), caso n. 136/99, par. 232.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 240.

⁵⁵ Assemblea generale dell'ONU, *Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Risoluzione n. 60/147 (2005). Principio 22 (b); Commissione interamericana dei diritti umani, rapporto 13 aprile 2000, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Gaddámez v. El Salvador*, caso n. 11481, par. 148.

⁵⁶ Commissione interamericana dei diritti umani, rapporto 27 gennaio 1999, *Lucio Parada Cea et al v. El Salvador*, caso n. 10480, par. 155.

⁵⁷ OHCHR, *Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political)*, Rapporto finale del Relatore speciale Louis Joinet ex Decisione della Sub-Commissione 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20, giugno 1997, par. 17.

⁵⁸ ONU, *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*, 2010, p. 2.

⁵⁹ A. BISSET, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰ ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies*, cit., par. 17.

dovrebbero essere utilizzati nel rispetto del diritto internazionale e degli obblighi in materia di diritti umani⁶¹. In particolare, le commissioni per la verità sono sorte nei primi anni Ottanta come meccanismi per riconoscere le violazioni dei diritti umani ma anche precludere le azioni penali durante fasi di transizione. Per questa ragione, non sono mancate forti critiche che le hanno definite «*deboli surrogati della giustizia*»⁶², solo volte a favorire l'impunità⁶³. Da allora, è emersa tuttavia una “comprensione più sofisticata”⁶⁴ del ruolo che le commissioni per la verità possono svolgere. Queste ultime hanno dunque ottenuto un sempre maggiore sostegno internazionale e vengono più spesso connesse ad attività giudiziarie penali a livello locale o regionale.

Le commissioni per la verità, dunque, sono caratterizzate da vari elementi comuni che le contraddistinguono: «*(i) si concentrano su eventi avvenuti nel passato, piuttosto che sugli eventi in corso; (ii) portano avanti indagini su uno schema di eventi che ha avuto luogo nel corso di un periodo specifico di tempo; (iii) si impegnano direttamente con le popolazioni direttamente afflitte, raccogliendo informazioni sulle loro esperienze; (iv) sono organi temporanei che hanno l'obiettivo di illustrare il loro operato in un rapporto finale; e (v), in ultimo, sono ufficialmente autorizzati dallo Stato in esame*»⁶⁵. Altre caratteristiche delle commissioni sono la loro natura “centrata sulla vittima” e il loro ruolo nel formulare raccomandazioni per facilitare ricorsi e/o risarcimenti nonché per prevenire violazioni⁶⁶. A tutte le commissioni è conferito un mandato al momento della loro creazione – indipendentemente dal fatto che sia conferito mediante un accordo di pace, uno strumento legislativo o presidenziale o una risoluzione delle Nazioni Unite⁶⁷ – che dichiara lo scopo, l'oggetto, la portata, il vincolo temporale e l'eventuale potere investigativo conferito⁶⁸. Inoltre, il loro mandato può specificare le relazioni con istituzioni incaricate di svolgere i procedimenti giudiziari connessi all'oggetto del mandato⁶⁹. In particolare, si possono menzionare casi in cui le commissioni per la verità hanno positivamente interagito con questi ultimi, come i meccanismi stabiliti in Argentina, Perù, Timor Est e Sierra Leone⁷⁰.

⁶¹ ONU, *Guidance Note of the Secretary-General*, cit.

⁶² A. BISSET, *op. cit.*, p. 27.

⁶³ J.D. TEPPERMAN, *Truth and Consequences*, in *Foreign Affairs*, 2002, p. 131 ss.

⁶⁴ A. BISSET, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁵ P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, New York, 2010, pp. 11-12.

⁶⁶ M. FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, 1ª ed., Cambridge, 2006, pp. 12-18.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 70-71.

⁶⁸ A. BISSET, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies*, cit., par. 26.

Le Nazioni Unite hanno sottolineato che le commissioni per la verità possono svolgere infatti un ruolo significativo nel rafforzamento della lotta all'impunità di violazioni dei diritti umani, nonché nel creare e costruire un senso di fiducia tra le comunità sociali. In particolare, è stato discusso il ruolo delle commissioni per la verità in relazione ai diritti delle vittime. L'ONU ha chiarito che tali commissioni – quando «ufficialmente autorizzate, temporanee e con incarichi investigativi di natura non-giudiziaria» – «possono svolgere e hanno svolto un ruolo inestimabile nel soddisfare il diritto alla verità»⁷¹. Verità e giustizia devono dunque completarsi a vicenda, piuttosto che essere una risposta distinta a un passato di gravi violazioni di diritti umani. Tale relazione può presentarsi in diversi modi⁷². Ad esempio, alcune commissioni per la verità sono state istituite dopo la promulgazione di leggi di amnistia. In Cile, dopo l'auto-amnistia del 1978⁷³, concessa dal regime militare di Pinochet, il successivo presidente democratico, Patricio Aylwin, aveva prima tentato, senza successo, di farne abrogare la legge e, successivamente, di costituire una Commissione nazionale per la verità e la riconciliazione (1990-1991)⁷⁴ al fine di «chiarire in modo esauriente la verità su gravi violazioni di diritti umani»⁷⁵ commessi durante gli anni della dittatura. Se la legge di amnistia adottata nel 1978 aveva impedito l'avvio di procedimenti contro presunti autori di crimini commessi durante la dittatura militare, l'obiettivo primario dell'istituzione della Commissione era quello di chiarire eventi e raggiungere «la giustizia per quanto possibile»⁷⁶. Le conclusioni della Commissione hanno dimostrato che l'amnistia era in effetti un'auto-amnistia per il regime militare⁷⁷. Un altro caso rilevante è rappresentato dalla Commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana, dopo l'abolizione dell'*apartheid* nel 1994. Tale Commissione aveva l'autorità di conferire l'amnistia a presunti autori di violazioni dei diritti umani in cambio della loro testimonianza. Tuttavia, un tale modello di «verità-in cambio di-amnistia» non è da ritenersi un modello comune e, come osserva Hayner, «tali poteri di assegnare amnistie sono improbabili in future commissioni»⁷⁸, almeno per reati gravi⁷⁹. Qualora future commissioni per

⁷¹ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 33.

⁷² Si veda L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., p. 163.

⁷³ Decreto legge del Cile, 2, 191 (*Ley de Amnistía*) del 1978.

⁷⁴ *National Commission for Truth and Reconciliation Duration. Supreme Decree No. 355 1990*.

⁷⁵ Si veda L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., p. 80.

⁷⁶ Si veda T.S. COONAN, *Rescuing History: Legal and Theological Reflections on the Task of Making Former Tortures Accountable*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, p. 539 ss.

⁷⁷ Corte IDU, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, cit., par. 21; anche J. ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, 2004, p. 121.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Si veda S.L. RUSSELL-BROWN, *Out of the crooked timber of humanity: the conflict between*

la verità riceveranno mandati con tali competenze, sarà appropriato valutarne caso per caso la conformità con il diritto internazionale.

Inoltre, l'attuale posizione delle Nazioni Unite rimane ferma nel condannare disposizioni di accordi di pace che includono amnistie per crimini internazionali e altre gravi violazioni dei diritti umani⁸⁰. In particolare, a partire dagli anni Novanta, le Nazioni Unite hanno iniziato ad allontanarsi dal concetto "pace contro giustizia"⁸¹. L'ONU ora infatti riconosce che «*gli accordi di pace conclusi al prezzo di amnistie per seri crimini potrebbero non garantire una pace duratura e nemmeno garantire una pace giusta*». Al contrario, la giustizia può contribuire a garantire una pace duratura. Alla luce di ciò, oggi, la ferma politica dell'ONU sulle amnistie aiuta a garantire che «*la porta della giustizia rimanga sempre aperta*»⁸².

5. Osservazioni conclusive

Questo contributo ha tentato di presentare diversi aspetti della relazione tra amnistie e giustizia transitoria. *In primis*, si è esaminata la legalità delle leggi di amnistia ai sensi del diritto internazionale. Come è stato evidenziato, pur in assenza di un trattato internazionale che vieti l'uso di amnistie, un'amnistia che impedisca la punizione di crimini internazionali sarebbe da considerarsi *a priori* illegale⁸³. Successivamente, si è messo in rilievo anche il ruolo centrale di altri fattori, come l'esistenza di diversi strumenti utili ad affrontare i crimini commessi nell'ambito dell'accordo di pace – come i meccanismi di giustizia transitoria – e la considerazione dei diritti della vittima. In particolare, si è esplorato il rapporto tra amnistie e diritti delle vittime, e, più specificatamente, il diritto alla verità e l'interazione tra leggi di amnistia e le commissioni per la verità. Come è stato analizzato, le amnistie non devono essere considerate come equivalenti a strumenti per cancellare il passato⁸⁴. Il diritto alla verità su gravi violazioni dei diritti umani è infatti "un diritto inalienabile e autonomo"⁸⁵.

A questo proposito, le Nazioni Unite hanno sottolineato come le commissioni per la verità – quando ufficialmente autorizzate, possono svolgere un ruolo centrale nel soddisfare il diritto alla verità⁸⁶. Le segnalazioni che giungono da

South Africa's Truth and Reconciliation Commission and international human rights norms regarding effective remedies, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2003, 2, p. 227.

⁸⁰ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit.

⁸¹ ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies*, cit.

⁸² OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit.

⁸³ A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., p. 314.

⁸⁴ OHCHR, *Study on the Right to the Truth*, cit.

⁸⁵ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 31.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 33.

tali commissioni possono mettere in luce le tipologie di violazioni, le loro connessioni, i diritti delle vittime violati nonché fornire raccomandazioni per future riforme⁸⁷. Tuttavia, l'esperienza rivela anche che le commissioni per la verità possono rapidamente perdere credibilità quando le loro relazioni finali non sono considerate o «*se non sono adeguatamente finanziate, pianificate e gestite, minando in tal modo la fiducia che intendono costruire*»⁸⁸.

L'obiettivo principale di questo contributo è stato quello di presentare la stretta relazione tra l'uso delle leggi di amnistia e l'istituzione di commissioni per la verità nel contesto di accordi di pace. Occorre qui tuttavia ricordare che le clausole di amnistia e le leggi che sono emerse da un processo esauriente di consultazione nazionale, comprensivo di tutte le parti interessate, come le vittime, i funzionari di giustizia e la società civile, ottengono generalmente un riconoscimento internazionale⁸⁹. In tali situazioni, le Nazioni Unite possono essere intervenute a migliorare il programma del processo di negoziazione, supportando la leadership locale e/o facilitando incontri ed attività⁹⁰. Dall'analisi qui condotta risulta tuttavia l'alta improbabilità che l'adozione di leggi di amnistia "in isolamento" portino ad una pace duratura. Se implementate invece in conformità con il diritto internazionale ed affiancate ad indagini e a procedimenti penali nei confronti di coloro che hanno commesso reati internazionali e violazioni di diritti umani, le amnistie possono aiutare le diverse comunità nel percorso verso la pace e la giustizia.

La giustizia di transizione rappresenta un processo olistico, capace di inglobare diversi meccanismi che collaborano per affrontare la radice del conflitto. Le Nazioni Unite hanno infatti riconosciuto e confermato che «*i processi di giustizia transitoria e il rafforzamento delle capacità istituzionali si fortificano a vicenda*»⁹¹. Le commissioni per la verità possono dunque contribuire positivamente al processo di pace e costituire una parte importante dell'architettura della giustizia di transizione⁹². Al fine di informare e progettare futuri meccanismi di giustizia transitoria, occorre pertanto tener conto del contesto specifico e identificare le migliori pratiche adottate a livello nazionale. In tal modo, sarà possibile avviare processi conformi al diritto internazionale ed anche attenti alle diverse realtà locali.

⁸⁷ ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies*, cit., par. 27.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ OHCHR, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies*, cit., par. 15.

⁹⁰ OHCHR, *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties*, cit., p. 45.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Si veda L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., p. 403.

*La giustizia internazionale
nella ricostruzione della pace*

| Mauro Politi* |

Riformare la Corte penale internazionale? Brevi osservazioni sul (lungo) documento di un gruppo di esperti

SOMMARIO: 1. Il Rapporto sulla “riforma” della Corte. – 2. I profili della *governance*. – 3. I procedimenti davanti alle Camere. – 4. L’azione del Procuratore. – 5. Gli Uffici del *Registrar*. – 6. Rilievi conclusivi.

1. Il Rapporto sulla “riforma” della Corte

La vasta prassi scaturita dalla vita ormai quasi ventennale della Corte penale internazionale (CPI) ha offerto ciclicamente il destro a commenti, critiche e riflessioni che non hanno mancato di sottolineare la necessità di “riformare” vari aspetti, sia normativi che organizzativi, dell’azione della Corte. Al di là delle posizioni pregiudizialmente ostili alla creazione e al ruolo di quest’ultima, il pendolo delle valutazioni di giuristi, rappresentanti degli Stati e diretti protagonisti dell’attività della Corte è spesso oscillato tra l’auspicio di limitate “riforme” volte a rafforzare una autorità comunque consolidata, ed il richiamo all’esigenza di mutamenti radicali utili a porre rimedio ad una crisi di credibilità giudicata evidente.

Ebbene, il recente Rapporto del Gruppo indipendente di esperti istituito dall’Assemblea degli Stati parte nel 2019 per identificare le modalità e gli strumenti idonei a rafforzare la Corte ed il sistema dello Statuto di Roma¹, si colloca nell’alveo della tendenza a rimarcare la necessità di diffuse modifiche a tale sistema così come sviluppatosi nel tempo. Esso rappresenta il corposo risultato (il documento conta circa 350 pagine ed è corredato da 384 raccomandazioni) di un

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli studi di Trento, già giudice della Corte penale internazionale.

¹ Il Rapporto è reperibile al seguente indirizzo web: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf.

processo di revisione a tutto campo del funzionamento della Corte che viene a sottolinearne in modo puntuale le criticità e le manchevolezze. Tanto basti per dire che siamo in presenza di una proposta importante e comprensiva di riforma della operatività del sistema delineato nello Statuto del 1998.

Per limitarci a pochi rilievi essenziali, il Rapporto, suddiviso tra questioni di interesse generale e questioni specifiche ai singoli organi, si sofferma soprattutto su tre aspetti: la *governance* del sistema, il processo davanti alle Camere e l'azione del Procuratore e del *Registrar*. Come precisato nell'introduzione, la maggior parte delle proposte non comporterebbe modifiche allo Statuto di Roma. Allo stesso tempo, alcune di esse richiederebbero emendamenti significativi. Basti citare quella relativa dell'articolo 51, paragrafo 2, che va nel senso di allargare la platea dei legittimati a proporre emendamenti alle regole di procedura (potrebbero farlo anche ciascun giudice della Corte e l'Ufficio pubblico di difesa oltre che ogni Stato parte ed il Procuratore), e di stabilire che le modifiche entrino in vigore se approvate dalla maggioranza dei giudici (anziché dall'Assemblea degli Stati parte a maggioranza dei due terzi). Questo anche perché l'applicazione della norma ha finora dimostrato come spesso le proposte di modifica restino bloccate presso l'Assemblea in attesa che si raggiunga un *consensus* sulla loro formulazione.

2. I profili della governance

Un primo punto che caratterizza il documento è quello della rilevanza assunta dal profilo della *governance*. Questo occupa quasi la metà del Rapporto e copre, nelle sue articolazioni, sia le attività delle Camere e del Procuratore e l'amministrazione della giustizia (*ICC/Court Governance*), che la Corte quale organizzazione internazionale (*ICC/IO Governance*). Vengono così esaminati tra gli altri i temi delle risorse umane, dell'etica e della prevenzione dei conflitti di interesse, delle procedure interne di controllo e di ricorso, dell'*iter* di bilancio, della pianificazione strategica e delle relazioni esterne della Corte. Tra le raccomandazioni spiccano, ad esempio, quelle di istituire un *Judicial Audit Committee*, composto di giudici nazionali e internazionali esterni alla Corte, e incaricati di valutare l'efficienza della gestione dei procedimenti senza interferire nel merito dell'azione giudiziaria²; di riorganizzare il lavoro delle Camere, favorendo una struttura basata su teams legali "statici" assegnati alle divisioni e su *team* "dinamici" che seguano i casi dalla fase preliminare a quella di primo grado³; di elaborare, in seno all'Ufficio del Procuratore, un quadro complessivo dei criteri per adattare e chiarire le *regulations* della Procura⁴.

² Raccomandazione n. 3.

³ Raccomandazioni nn. 21 e 22.

⁴ Raccomandazioni nn.38, 39 e 40.

Inoltre, si suggerisce di nominare il *Deputy Registrar* già previsto dallo Statuto⁵; di istituire un Comitato incaricato di vigilare sul rispetto dei principi etici e prevenire i conflitti di interesse⁶, come pure di creare un sistema giudiziario interno cui affidare tra l'altro i casi di *misconduct*⁷; di organizzare e rendere obbligatorio, per i giudici appena eletti, un intenso programma di *training* professionale⁸. Nel caso di denunce nei confronti dei giudici, il Rapporto si spinge a prevedere un meccanismo dettagliato di accertamento della verità e di decisione che rispetti il principio di indipendenza della funzione giudiziaria. Fino a suggerire la creazione di un Consiglio Superiore della Magistratura, auspicabilmente comune a tutte le istanze giudiziarie internazionali. Si tratta, insomma, di una serie di proposte di carattere "operativo" che, ove raccolte ed attuate, non mancherebbero di elevare il grado di funzionalità della Corte, e quindi la percezione della sua autorità nel quadro dell'ordine mondiale.

Allo stesso tempo, non meno significativi appaiono quei passaggi che riflettono i timori sul clima scarsamente cooperativo tra i vari organi, e sulla atmosfera di morale basso e di tensione nel quale il personale della Corte si trova ad operare. Nel Rapporto si parla infatti di lentezza e poca efficienza dei meccanismi di coordinamento (in primo luogo quello del *Coordination Council*) tra la Presidenza, l'Ufficio del Procuratore e quello del *Registrar*, frutto anche della "atmosfera interna di sfiducia" in seno alla Corte. Si sostiene poi come il problema riguardi non solo le relazioni tra gli organi ma anche quelle tra lo *staff* ed il *management*, turbate sovente dalla percezione di arbitrarietà nelle decisioni concernenti le risorse umane. Viene anche evocata una "cultura della paura" che provocherebbe l'assenza di un dialogo costruttivo tra i manager e lo staff e frenerebbe l'assunzione di precise responsabilità da parte dei funzionari di alto livello. Più particolarmente, vengono sottolineati sia il diffuso malcontento tra il personale delle Camere, aggravato dall'assenza di prospettive certe di carriera, sia le difficoltà nei rapporti tra giudici e assistenti, ascritte talora al lamentato atteggiamento aristocratico e di superiorità tenuto da certi giudici. Cui verrebbe a contrapporsi la scarsa considerazione da parte degli stessi assistenti nei confronti di taluni giudici ritenuti non all'altezza o comunque meno competenti del loro *staff*.

Al riguardo, molte proposte assumono peraltro carattere "esortativo", frutto questo delle difficoltà ad incidere, attraverso precetti stringenti, sull'atteggiamento del personale e sul livello di collaborazione interna. Tipici risultano i toni della raccomandazione (la n. 14) secondo cui «*la Corte e soprattutto il management più elevato, dovrebbero sforzarsi di ricostruire e rafforzare la fiducia interna e rimodulare la cultura del lavoro alla Corte. Specificamente, la Corte dovrebbe mirare*

⁵ Raccomandazione n. 77.

⁶ Raccomandazioni nn. 112 e 113.

⁷ V. le Raccomandazioni dalla n. 115 alla n. 119, e la Raccomandazione riassuntiva n. 131.

⁸ Raccomandazione n. 174.

a discostarsi da una atmosfera altamente litigiosa e di contrapposizione nel contesto della gestione delle risorse umane». Oppure quelli della n. 87 per la quale «*la leadership della Corte dovrebbe adottare e dimostrare un chiaro impegno verso una strategia di molteplice natura volta ad affrontare il tema dei comportamenti predatori sul posto di lavoro, quali in particolare bullismo, molestie e molestie sessuali*». In sintesi, la *governance* del morale del personale e della relativa fiducia reciproca parrebbe alla fine più complicata da gestire, secondo quanto emerge dal Rapporto, di quella strettamente legata all'espletamento delle funzioni della Corte.

Ai margini della *governance*, ma ad essa collegato, risulta poi il tema, particolarmente sensibile sul piano politico generale, degli strumenti di reazione della Corte ad attacchi provenienti da Stati non parte, come quello rappresentato dal recente *US Executive Order* contenente sanzioni contro la Corte ed i suoi *official*. Nel riconoscere l'opportunità di riservare qui un ruolo preminente all'Assemblea degli Stati parte, il Rapporto raccomanda di formalizzare una chiara *crisis management policy* che definisca le responsabilità dei vari organi, e le relative procedure nel formulare una reazione adeguata. Sebbene il cambio di amministrazione Usa faccia ora sperare in un abbandono, almeno da parte americana, della politica del confronto e della aperta ostilità nei riguardi della Corte, la proposta di una definizione dei meccanismi di reazione nei confronti di attacchi esterni preconcreti e politicamente motivati (provenienti da quegli Stati che contestino *tout court* il ruolo della Corte), appare decisamente utile e condivisibile.

Il Rapporto si occupa altresì di vari aspetti organizzativi e di etica, pure attinenti in senso lato alla *governance* della Corte. In una apposita sezione si delineano le misure per migliorare il sistema di nomina dei giudici, che dovrebbe contare su un ruolo più incisivo dell'apposito Comitato consultivo, sull'obbligo di partecipazione dei candidati ad interviste e discussioni davanti al Comitato ed all'Assemblea, sulla armonizzazione dei criteri per la loro nomina da parte degli Stati e su un maggiore rispetto delle valutazioni del Comitato nelle votazioni in Assemblea. Quanto alla elezione del Presidente si segnala la consuetudine di far precedere il voto dei giudici da una fitta "campagna" dei candidati, a volte accompagnata da specifici incentivi ai colleghi volti ad ottenerne l'appoggio. In questo caso, si raccomanda l'adozione di direttive che escludano tale pratica, e l'inserimento del relativo divieto nel Codice di etica giudiziaria⁹. Ma anche qui solo un grado elevato di spontanea adesione e quindi di astensione dei candidati da forme di "propaganda" che esulino dalla illustrazione di competenze e programmi potrebbe garantire la "genuinità" del processo elettorale. Altro aspetto negativo sarebbe quello dell'assenza di collegialità e di armonia nei rapporti, anche personali, tra giudici all'interno di alcune Camere e della Corte in generale¹⁰. Un problema ancor meno suscettibile di essere affrontato con regole stringenti, ma di cui il Rapporto sottoli-

⁹ Raccomandazioni nn. 181, 182.

¹⁰ Raccomandazioni nn. 185, 186.

nea l'impatto negativo sia sulla coerenza delle interpretazioni giudiziarie che sulla stessa credibilità "esterna" dell'istituzione.

3. I procedimenti davanti alle Camere

La "rivisitazione" del grado di efficienza dei processi è oggetto di un'altra sezione del documento. Essa copre le tre fasi dei procedimenti, vale a dire la fase preliminare, quella di primo grado, e quella di appello. Il Rapporto si sofferma sui diversi aspetti che abbiano rivelato delle criticità e che non è peraltro possibile esaminare qui in modo esaustivo e nel dettaglio. Vale tuttavia la pena di segnalare alcuni punti sui quali gli esperti centrano l'attenzione e indicano i possibili rimedi.

Quanto alla fase preliminare, il Rapporto lamenta la lentezza e farraginosità dei procedimenti, la frequente contraddittorietà delle decisioni prese dalle diverse *Pre-trial Chambers*, la duplicazione nei ruoli delle Camere preliminari e delle Camere di primo grado, la necessità di chiarire e rendere omogenee le procedure relative alla c.d. *disclosure of evidence*. Gli esperti si soffermano sulle disparità emerse nella giurisprudenza rispetto al ruolo delle Camere preliminari: in altri termini, sul se tale ruolo sia limitato a quello di filtro e definizione del perimetro dei capi d'accusa da confermare e da rimettere al processo, ovvero esiga un esame comprensivo ed approfondito di tutti gli elementi, incluse le diverse testimonianze, tale da tradursi in una valutazione sulla loro natura "persuasiva". Qui gli esperti si schierano a favore della prima alternativa e quindi del *trial* come momento centrale del processo, rispetto al quale la fase preliminare rappresenterebbe solo uno strumento di controllo della adeguatezza dei capi d'accusa e di prima garanzia di tutela dei diritti del sospetto.

Su queste basi, le raccomandazioni risultano numerose e specifiche. Anzitutto, si propone che la Camera chieda al Procuratore, al momento della prima apparizione del sospetto, di precisare lo stato dell'inchiesta attraverso informazioni complete ed accurate: ciò anche per evitare ritardi causati da richieste di proroga dei tempi per la presentazione del Documento con i capi di accusa¹¹. Inoltre, uno speciale Gruppo di lavoro dovrebbe riesaminare la procedura di *disclosure* delle prove nella fase preliminare al fine di renderla maggiormente prevedibile e spedita¹². Il procedimento viene poi chiamato a rispettare le forme e le disposizioni contenute nel "Manuale sulla Pratica delle Camere" elaborato dai giudici e che dovrebbe essere comunque aggiornato¹³. Tra le "esortazioni" spicca quella rivolta ai giudici della Divisione preliminare di tenere riunioni periodiche per discutere le questioni

¹¹ Raccomandazione n. 189.

¹² Raccomandazione n. 190.

¹³ Raccomandazioni nn. 192 e 194.

oggetto di discordanti decisioni delle Camere al fine di armonizzarne la giurisprudenza.

Venendo al primo grado ed all'appello, le proposte si dividono tra quelle volte ad accrescere l'efficienza e la speditezza dei procedimenti e quelle intese a promuovere un maggiore coerenza delle decisioni, in particolare delle pronunce in appello che tendano a discostarsi dai precedenti della stessa *Appeal's Chamber*. Sul primo punto l'intento risulta quello di ridurre a sei mesi il periodo di preparazione del processo: laddove nella pratica la durata oscilla tra otto e diciannove mesi. Si sottolinea così l'esigenza di una tempestiva convocazione di una *status conference* dopo il trasferimento del caso ad opera della Camera preliminare. Si richiamano gli elementi del "Manuale delle Camere" utili a fornire fin dall'inizio precise direttive sul processo ed a consentirne una gestione appropriata. Si contesta come poco opportuna e funzionale la prassi di sospendere la fase di preparazione del *trial* in attesa delle decisioni sull'eventuale appello contro la sentenza di conferma delle accuse¹⁴.

Il Rapporto tocca quindi due aspetti problematici ed oggetto di varie decisioni della Corte. Vale a dire quelli della pratica che consente all'accusato, all'esito della presentazione del caso da parte del Procuratore, di chiedere il proscioglimento (*motion for "no case to answer"*); e della tendenza, piuttosto frequente specie ad opera della Camera d'appello, ad avvalersi delle osservazioni dei c.d. *amici curiae*. Sul primo punto, la conclusione è favorevole ad ammettere tale prassi, alla stregua di quanto consentito dalle regole del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, e seppure a condizione che essa non porti a ritardare il processo anziché renderlo più spedito (i casi citati sono quelli *Gbagbo e Blè Goudè, Ntaganda, Ruto e Kenyatta*). Riguardo agli *amici curiae*, il Rapporto lamenta il ricorso eccessivo alle *submission* di esperti esterni (come nel caso *Al-Bashir* e nelle situazioni di Palestina e Afghanistan), con il rischio di trasformare le relative audizioni in "seminari" tenuti a beneficio di giudici che dovrebbero già possedere competenza specifica nelle tematiche coinvolte. L'utilizzo di un *amicus curiae* sarebbe più giustificato laddove occorra sostituire il Procuratore nelle inchieste in cui quest'ultimo si trovi in conflitto di interesse, come può accadere nel caso di crimini contro l'amministrazione della giustizia (al momento l'art. 70 dello Statuto non prevede la sostituzione, ma nel Rapporto si auspica una sua modifica in merito)¹⁵. Tra gli altri punti possono citarsi l'invito ad un maggior uso della tecnologia nelle diverse fasi¹⁶, come pure della facoltà di tenere il processo *in situ*, anziché presso la sede della Corte.

Il documento degli esperti prende poi spunto dalle decisioni sui casi *Gbagbo e Bemba* (la prima emessa dalla *Trial Chamber* e la seconda dalla Camera di appello) per un richiamo alla necessità di includere nelle *Regulations* la norma per cui le decisioni di condanna o di assoluzione debbano essere emanate per iscritto assie-

¹⁴ Raccomandazione n. 200.

¹⁵ Raccomandazioni nn. 202 e 203.

¹⁶ Raccomandazioni nn. 208 e 209.

me alle eventuali opinioni individuali¹⁷. In *Gbagbo*, la Camera di primo grado aveva emesso oralmente il dispositivo ed un sommario della decisione, assieme all'opinione scritta del giudice dissenziente¹⁸, per poi far seguire a distanza di sei mesi la motivazione per iscritto corredata dall'opinione di ciascuno dei due giudici di maggioranza¹⁹. Mentre in *Bemba*, si era avuta una decisione con maggioranze diverse a seconda delle singole questioni affrontate²⁰, corredata da un'opinione dissenziente dei due giudici di minoranza, da un'opinione separata comune a due dei giudici di maggioranza e un'opinione separata del terzo giudice di maggioranza, emessa in tempi successivi alla sentenza²¹.

Sempre con riguardo a *Bemba*, occorrerebbe per il Rapporto definire i criteri secondo cui la Camera di appello possa sindacare eventuali errori di fatto della Camera di primo grado e pervenire quindi a conclusioni diverse in merito al giudizio di colpevolezza. La decisione in *Bemba* allarga infatti l'ambito entro cui tale sindacato possa esercitarsi, laddove in precedenza la Corte (e lo stesso Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia) avevano sostanzialmente accolto la teoria del "margine di deferenza" nei riguardi dei fatti accertati in primo grado. E nel lamentare l'incertezza derivante da tale contrasto, il Rapporto conclude nel senso che una integrazione dello Statuto sarebbe auspicabile; ma che ogni cambio sostanziale di indirizzo rispetto a quello consolidato in appello dovrebbe essere ben motivato e preceduto da una audizione delle parti.

Più in generale, gli esperti tornano quindi sulle situazioni di "disarmonia" nei rapporti all'interno di certe Camere, spesso rivelatesi proprio durante il processo decisionale e che sarebbero da imputare al difetto di un'autentica *culture of deliberation*. Oltre a carenze di comunicazione tra giudici di uno stesso collegio, l'eccesso di verdetti a maggioranza e di opinioni separate spesso non dedicate a questioni centrali, aggiungerebbero elementi di preoccupazione, cui il documento ritiene si debba ovviare attraverso l'approvazione di una serie di *guideline*, prima fra tutte quella che verrebbe a ribadire con forza l'obbligo di ricercare una decisione unanime²².

¹⁷ Raccomandazione n. 222.

¹⁸ I Camera di primo grado, *Dissenting Opinion to the Chamber's Oral Decision of 15 January 2019, The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles BléGoudé*, ICC-02/11-01/15-1234, 15 gennaio 2019.

¹⁹ I Camera di primo grado, *Reasons for oral decision of 15 January 2019, The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15-1263, 16 luglio 2019. V. anche: *Opinion of Judge Cuno Tarfusser*, ICC-02/11-01/15-1263-AnxA, 16 luglio 2019; *Reasons of Judge Geoffrey Henderson*, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red., 16 luglio 2019.

²⁰ Camera d'appello, *Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/083636-Red, 8 giugno 2018; v. in particolare i parr. 32-34.

²¹ Si veda la pagina web della Corte relativa alla sentenza in <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red>.

²² Raccomandazioni dalla n. 217 alla n. 221.

4. *L'azione del Procuratore*

Una serie di rilievi e di raccomandazioni riguarda anche le attività del Procuratore. Un profilo è quello delle strategie della Procura per la scelta delle situazioni e dei casi da perseguire come pure per il grado di priorità da assegnare alle une e agli altri. Quanto alla decisione sul se avviare un'indagine preliminare, essa resta nella piena discrezione del Procuratore, da esercitare in base a criteri che il Rapporto confida siano resi espliciti. Mentre ad indagine preliminare aperta, il decidere se proseguirla dovrà tener conto di elementi ben definiti quali in particolare (ed oltre a quelli della giurisdizione, della complementarietà e degli interessi della giustizia): *a*) il livello di gravità dei crimini coinvolti²³ e *b*) le prospettive di concreta conduzione (*feasibility*) dell'indagine²⁴. Qui il Rapporto suggerisce di limitare le inchieste, e le successive richieste di autorizzazione, ai crimini con un livello di gravità più elevato di quello accettato sinora, ma esclude peraltro (anche alla luce di una recente decisione della Camera d'appello sulla situazione in Afghanistan) che le probabilità di portare avanti efficacemente un'inchiesta possano essere addotte per giustificare le determinazioni del Procuratore.

Anche per la scelta dei casi e delle relative priorità, il criterio della gravità dei crimini andrebbe osservato in modo più rigoroso, ma il Rapporto conviene con il Procuratore sul punto per cui perseguire i "maggiori responsabili" non significhi che questi debbano essere necessariamente i massimi *leader* politici e militari. Anzi, e soprattutto quando i sospetti di medio livello risultino parte di un chiaro piano strategico, la loro incriminazione potrebbe favorire la ricerca di elementi probatori contro i *leader*. Il Rapporto insiste quindi sulla necessità di stabilire una gerarchia tra i criteri per la selezione dei casi, che verrebbe ad includere nell'ordine la gravità dei crimini, la solidità e diversità del materiale probatorio, ed il grado di responsabilità dei potenziali sospetti²⁵. Occorrerebbe poi evitare di moltiplicare il numero dei capi d'accusa e delle forme di responsabilità attribuite ai diversi sospetti. Inoltre, se viene giudicata in principio eccessiva la tendenza della procura a privilegiare quei casi in cui le prospettive di arresto siano più concrete, il documento ammette che tale pratica ha contribuito alla riduzione del numero dei mandati non eseguiti ed in definitiva alla percezione di una maggiore efficacia della Corte²⁶. Allo stesso tempo, si lamenta la mancata definizione di un documento strategico del Procuratore sulla cui base operare la scelta dei casi da perseguire e la loro collocazione nella scala delle priorità²⁷.

²³ Raccomandazione n. 227.

²⁴ Raccomandazione n. 228.

²⁵ Raccomandazione n. 230.

²⁶ A tal riguardo v. le Raccomandazioni nn. 233 e 234.

²⁷ Raccomandazione n. 240.

In sintesi, la preoccupazione degli esperti appare quella di modificare politiche e adottare misure perché la procura possa concentrarsi su un numero di situazioni e di casi commisurato alle risorse disponibili, e così meglio rispondere a chiari parametri di efficienza. Nella stessa prospettiva si collocano le raccomandazioni relative alla durata massima delle singole indagini preliminari (indicata in due anni²⁸, senza tuttavia apportare elementi a giustificazione di un limite così stringente, considerando l'ampiezza degli eventi cui i crimini internazionali spesso si connettono), e a una maggiore trasparenza nelle informazioni fornite sulle varie fasi del loro svolgimento²⁹. Come pure quelle volte a mitigare la tendenza (dovuta peraltro anche a ritardi delle autorità statali) a prolungare i tempi di valutazione dei procedimenti nazionali prima di determinare l'ammissibilità dei casi³⁰.

Altri punti importanti sono quelli della strategia da perseguire ai fini della funzionalità ed efficacia delle inchieste, della cooperazione richiesta agli Stati e ad altre entità, della qualità e valutazione delle prove raccolte, e dei meccanismi di controllo interni alla Procura. Vanno segnalati soprattutto: a) il richiamo alla necessità di elaborare piani strategici di lungo termine per ciascuna inchiesta, che individuino gli stati di avanzamento cui possano riferirsi i risultati raggiunti³¹; b) l'esigenza di rafforzare la cooperazione con Stati parte, organizzazioni internazionali e ONG, incluse le agenzie quali INTERPOL ed EUROPOL, ai fini della raccolta di informazioni e prove, da sollecitare peraltro mediante richieste meno complesse da decifrare³²; c) l'importanza delle competenze tecniche e di analisi finanziaria (anche ai fini di *asset recovery*) in seno alla Procura, come pure delle capacità di utilizzare la tecnologia da remoto nella raccolta delle prove³³; d) la lamentata carenza di un'adeguata analisi, condotta da specialisti, delle prove raccolte, cui andrebbe imputato il frequente rigetto da parte delle Camere di singole imputazioni, specie in sede di conferma delle accuse; e) l'utilità, più in generale, di un rafforzamento dei meccanismi interni di *quality control* sulla consistenza delle prove che permetta di prevedere, alla luce della giurisprudenza delle Camere, lo sviluppo di un procedimento nelle sue diverse fasi. Insomma, anche in merito all'organizzazione della Procura ed alle sue attività, le critiche avanzate dal Rapporto sono piuttosto numerose; e si accompagnano a proposte che in questo caso hanno in prevalenza ad oggetto la qualità e la concreta efficacia dell'attività investigativa dell'Ufficio³⁴.

²⁸ Raccomandazione n. 257.

²⁹ Raccomandazione n. 259.

³⁰ Raccomandazioni dalla n. 262 alla n. 264.

³¹ V. le Raccomandazioni nn. 269, 270 e 271.

³² Raccomandazioni dalla n. 272 alla n. 278.

³³ Raccomandazioni dalla n. 283 alla n. 287.

³⁴ V. le Raccomandazioni dalla 305 alla 319.

5. Gli Uffici del Registrar

Riguardo alla sfera di competenza del Registrar, l'attenzione si concentra su tre aspetti: quelli del diritto alla difesa e dei relativi strumenti di garanzia, della partecipazione delle vittime e delle riparazioni, del ruolo del *Trust Fund for Victims* (TFV). Su questi punti, il Rapporto chiede che si apportino modifiche e riforme di un certo rilievo, intese secondo gli esperti a migliorare il funzionamento del sistema. Quanto agli strumenti per meglio garantire il diritto di difesa, oltre al rafforzamento dell'Ufficio del Rappresentante pubblico della difesa (OPCD), si propone di ricondurre sotto la gestione dello stesso i servizi per il sostegno alla difesa e quelli relativi al c.d. *legal aid* (vale a dire concernenti l'assistenza finanziaria). Tale Ufficio "unificato" sarebbe chiamato a rappresentare gli interessi della difesa nei vari consessi, in particolare mediante la partecipazione al *Coordination Council* ed alle riunioni dell'*Advisory Committee on Legal Texts* (ACLT). Mentre in parallelo si suggerisce di avviare, attraverso la creazione di un apposito Gruppo di lavoro, una riforma radicale del sistema di *legal aid* intesa a rendere la politica di assistenza alla difesa più "accessibile, sostenibile e credibile".

Sulla partecipazione delle vittime, il Rapporto parte dalla previsione dell'articolo 68, paragrafo 3 dello Statuto e delle relative regole di procedura per rimarcare l'impatto della tutela delle vittime sulle decisioni della Corte, ivi comprese quelle sui temi della riparazione. Le norme lasciano ampia discrezionalità alle Camere di decidere sul se e sui modi della partecipazione. E la giurisprudenza della Corte, pur se evolutasi nel senso di semplificare la procedura e di ampliare la sfera dei soggetti legittimati, lascia spazio ad ulteriori miglioramenti. I quali dovrebbero soprattutto agevolare, accanto alla registrazione collettiva di gruppi numerosi di vittime, quella dei singoli che intendano partecipare al processo a titolo individuale. Gli esperti si preoccupano poi di sottolineare il ruolo assegnato, in punto di concreta applicazione, a varie entità operanti sotto il controllo del Registrar quali la Sezione di informazione pubblica e di *Outreach* (PIOS), la Sezione sulla partecipazione delle vittime e sulle riparazioni (VPRS), e la Sezione delle vittime e testimoni (VWS). E le raccomandazioni più significative riguardano il rafforzamento del sistema di *outreach* anche attraverso una chiara delimitazione delle competenze tra PIOS, VPRS e lo stesso Ufficio del *Counsel*³⁵ pubblico per le vittime (OPCV)³⁵, l'avvio della raccolta delle richieste di partecipazione sin dalla emissione dei mandati di arresto piuttosto che dal deposito del Documento contenente i capi di accusa, il maggiore utilizzo per l'assistenza ai potenziali richiedenti di intermediari locali

³⁵ L'OPCV, o *Office of Public Counsel for Victims*, è un organo pienamente autonomo, riconducibile al *Registry* esclusivamente per questioni amministrative. Esso si occupa della rappresentanza e dell'assistenza processuale delle vittime e svolge azione di supporto ai rappresentati legali delle vittime esterni alla Corte. L'OPCV è guidato da una *Principal Counsel*, supportata da altri *counsel* e vari *legal officer*.

che possano agevolare i contatti anche sotto il profilo della sicurezza³⁶.

Ma è soprattutto sull'attuazione del diritto delle vittime alle riparazioni che si concentrano i rilievi critici e le proposte di riforma. La valutazione degli esperti, a questo riguardo, è difatti quella per cui lo schema fin qui seguito non abbia garantito una giusta, pronta e adeguata riparazione alle vittime dei crimini. Considerevoli ritardi accumulati nelle procedure (sia giudiziarie che amministrative), scarsità dei fondi per i risarcimenti e duplicazione dei ruoli tra diversi organismi sono indicate tra le cause principali di un simile giudizio negativo.

Quanto ai rimedi suggeriti essi si possono così sintetizzare. Le Camere dovrebbero continuare a sviluppare, ai sensi dell'articolo 75 dello Statuto, i principi generali sulle riparazioni, in termini coerenti con quanto delineato dalla decisione in appello sul caso *Lubanga*³⁷. La Corte e l'Assemblea degli Stati parte sono a loro volta chiamate a emendare le regole di procedura e prova per far sì, ad esempio, che il procedimento di riparazione non sia sospeso in pendenza dell'appello sul merito della condanna o dell'assoluzione³⁸. Mentre sulla competenza ad identificare, raccogliere e registrare le vittime che intendano chiedere le riparazioni (siano esse partecipanti al processo o che vogliano esserlo solo nella fase riparatoria), il Rapporto suggerisce una drastica modifica rispetto all'indirizzo sostanzialmente prevalente delle Camere; e chiede di affidare al VPRS e non già al TFV tale competenza. Ciò nel quadro di un evidente ridimensionamento del ruolo dello stesso TFV in materia di attuazione dei programmi di risarcimento e soprattutto di assistenza, sempre a favore dell'Ufficio del *Registrar* e più specificamente dello stesso VPRS³⁹.

In questa logica, il TFV dovrebbe limitarsi ad espletare le proprie funzioni originarie, che sarebbero quelle della raccolta dei fondi, della loro amministrazione e del loro rilascio a seguito delle decisioni della Corte⁴⁰. Alla base di un simile "ribaltamento" dei ruoli è facile riscontrare nel Rapporto una chiara attribuzione al TFV delle responsabilità per i ricorrenti ritardi nella fase della riparazione. Mentre vengono per contro evidenziate le capacità dei diversi organi del *Registry* (che deriverebbero dalla esperienza accumulata sulle questioni attinenti alle vittime) di far fronte ai delicati compiti connessi a tale fase. Resta da vedere se e come la riforma così delineata possa essere applicata e migliorare davvero il funzionamento del sistema. Gli stessi esperti riconoscono del resto che l'eventuale cambiamento non potrà che essere graduale, anche perché implicherebbe vari emendamenti normativi e rischierebbe nel breve periodo di aggravare eccessivamente il lavoro del *Registrar*. In altri termini è alla fine lo stesso Rapporto a riconoscere alcuni limiti

³⁶ In particolare, Raccomandazioni nn. 337 e 346.

³⁷ Raccomandazione n. 342.

³⁸ Raccomandazioni nn. 343 e 344.

³⁹ Raccomandazione n. 358.

⁴⁰ Raccomandazione n. 354.

della riforma e a sollevare dubbi sulla sua “fattibilità” almeno nell’immediato, e quindi sulla opportunità di sottrarre *tout court* al TFV le procedure di riparazione.

6. Rilievi conclusivi

Nelle conclusioni del Rapporto si sottolinea come i difetti e le criticità rilevate nel sistema dello Statuto di Roma «*non pongano in alcun modo in dubbio la necessità ed il valore della Corte*». E come gli esperti credano fermamente nel ruolo della stessa «*nell’alleviare le sofferenze delle vittime di atrocità chiamando i responsabili a risponderne e provvedendo alle relative riparazioni*». Ciò non toglie che il quadro delineato sia quello di una istituzione che, nata da una spinta ideale senza precedenti nella storia recente di sviluppo del diritto internazionale, soffre oggi di numerose problematiche ai vari livelli della sua attività. Se la Corte resta per la comunità internazionale e la società civile uno strumento indispensabile nella lotta all’impunità per i crimini più gravi, il Rapporto sostiene la necessità di intervenire su diversi fronti per correggere storture e manchevolezze (derivanti in specie da lentezza dei procedimenti, scarsa coerenza di indirizzi giurisprudenziali, esigenze di maggiore incisività delle inchieste) che rischiano di appannarne efficacia e autorità. Tuttavia, e al di là del giudizio sulla bontà delle analisi e dei tentativi di dare risposte concrete ai problemi sollevati, resta d’obbligo esprimere una certa cautela sulla volontà degli Stati e sulla capacità operativa della Corte di portare a termini le riforme invocate in modo organico e tempi ragionevoli. Sotto questo profilo, il numero e la vastità delle proposte suggerite dagli esperti potrebbero infatti essere percepiti come fattori che ostacolano l’avvio di un percorso, forse troppo ambizioso, di revisione complessiva del sistema. Mentre più verosimile appare un processo di progressiva attuazione di quelle riforme che siano giudicate maggiormente condivise e più urgenti per realizzare gli ideali dello Statuto.

Fra questi ideali non va dimenticato quello di combattere l’impunità dei maggiori responsabili dei crimini internazionali e quindi, in sostanza, dei massimi *leader* politici e militari cui tali crimini possano essere attribuiti. Sul punto il Rapporto, se da un lato evidenzia la pratica tesa a privilegiare casi che coinvolgano responsabili di medio livello (e ciò anche per la maggiore probabilità di ottenere il loro arresto), dall’altro sembra condividere una tale politica della Corte; avvalorando in sostanza la tesi, peraltro indimostrata, per cui essa potrebbe favorire la raccolta di prove contro gli eventuali *leader* coinvolti. Sono chiamate in causa soprattutto le decisioni del Procuratore, anche se il Rapporto non manca di richiamare, in altro contesto, la decisione con cui la Camera di appello mette in guardia contro l’uso del criterio della *feasibility* nella conduzione o prosecuzione delle inchieste. Ma rimane l’impressione di una certa condiscendenza degli esperti verso quella che potrebbe apparire una progressiva attenuazione dell’impegno della Corte a punire i maggiori responsabili dei crimini.

Qualche rilievo può farsi poi non tanto sui contenuti del Rapporto ma su ciò che in esso manca e forse avrebbe dovuto esserci. Si è visto ad esempio come gli esperti si soffermino a ragione sia sulla procedura per l'elezione dei giudici che sulla pratica relativa all'elezione del Presidente della Corte. In entrambi i casi suggerendo misure per accrescere la trasparenza dei procedimenti e la loro rispondenza all'interesse collettivo ad eleggere persone dotate della massima professionalità ed integrità. Sorprende quindi l'assenza di riferimenti o proposte riguardanti anche l'elezione del Procuratore ed i modi per consentire all'Assemblea degli Stati parte di operare la scelta più appropriata. Come dimostrano le recenti difficoltà incontrate nel definire possibili *short lists* da sottoporre all'ASP, quello della nomina del Procuratore costituisce un momento cruciale del processo di *governance* della Corte, non meno delicato di quello della elezione dei giudici, e potrebbe solo giovare di un accordo durevole in seno all'ASP sui diversi passaggi da seguire prima di giungere al voto davanti all'Assemblea.

Nulla viene detto inoltre a proposito del crimine di aggressione, ormai entrato a pieno titolo nel novero dei crimini soggetti alla Corte⁴¹, e del livello di preparazione degli organi di questa nel far fronte a situazioni e casi che chiamino in causa condotte ad esso riconducibili. Sebbene il dibattito sull'applicazione giudiziaria del compromesso di Kampala non appaia particolarmente vivo ed attuale (anche sulla scorta della sottesa idea per cui la Corte non avrebbe le risorse e la forza "politica" di perseguire atti di aggressione, imputabili qui davvero solo ai *leader* politici e militari), il momento della verità potrebbe giungere ad un certo punto e costringere la Corte ad attuare quelle modifiche organizzative e regolamentari che le consentono di punire il "crimine internazionale supremo". E dunque il rapporto avrebbe potuto formulare quelle raccomandazioni utili ad accelerare tali modifiche; ed in particolare ad allineare ruolo, composizione e procedure della Divisione preliminare della Corte ai nuovi compiti (specie di autorizzazione all'avvio dell'inchiesta in caso di mancata determinazione del Consiglio di sicurezza sull'aggressione statale) ad essa attribuiti dallo Statuto.

L'ultima osservazione riguarda il punto della centralità delle vittime, e del loro

⁴¹ Alla Conferenza di Roma del 1998, il crimine di aggressione era stato incluso fra quelli su cui la Corte avrebbe esercitato la propria giurisdizione, senza tuttavia che fosse raggiunto tra l'altro un accordo sulla sua definizione. Questo è stato adottato nel 2010, a seguito di lunghi negoziati, in occasione della prima conferenza di revisione dello Statuto di Roma tenutasi a Kampala nel 2010. La definizione del crimine è così inserita all'art. 8-bis, adottato congiuntamente agli artt. 15-bis e 15-ter relativi a questioni procedurali. L'attivazione della giurisdizione della Corte sul crimine di aggressione venne tuttavia ulteriormente sospesa fino al 2017, quando l'Assemblea degli Stati parte decise di attivarla a partire dal 17 luglio 2018. Per un'approfondita trattazione del crimine di aggressione e dei suoi presupposti, si rimanda a M. POLITI-G. NESI (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Londra-New York, 2004; e a M. POLITI, *The ICC and the Crime of Aggression: a Dream that Came through and the Reality ahead*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, 10/1, pp. 267-288.

diritto alla riparazione nel sistema della Corte penale internazionale⁴². Come si è visto, il Rapporto si fa paladino di un vero e proprio rovesciamento dei ruoli fra *Trust Fund for Victims* e la sezione VPRS del *Registry*; pur se gli stessi esperti non mancano di esprimere alcune preoccupazioni sugli effetti di una tale radicale riforma. Vi è però da aggiungere che, in ogni caso, “svuotare” le funzioni del TFV verrebbe in definitiva a trasmettere un messaggio negativo alle comunità vittime di crimini internazionali. La percezione sarebbe infatti quella di un drastico arretramento nel sostegno ad un organismo ritenuto sin dall’inizio essenziale per la tutela del diritto delle vittime ad ottenere la piena riparazione dei danni sofferti.

⁴² V. gli artt. 75 e 79 dello Statuto. Il secondo richiedeva all’ASP di istituire un *Trust Fund* a favore delle vittime e delle loro famiglie; ciò che è poi avvenuto con la Risoluzione ICC-ASP/1/Res.6 del 2002.

| Michele Gagliardini * |

Il principio di complementarità nello Statuto di Roma e la ricostruzione della pace

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo della nozione di *peacebuilding*. – 2. La Corte penale internazionale e il principio di complementarità. – 3. La procedura applicabile all’esame preliminare e all’apertura di un’indagine. – 4. La complementarità come ammissibilità. – 5. La complementarità positiva, o complementarità come cooperazione. – 6. Complementarità positiva e ricostruzione della pace nella passi. – 7. Brevi conclusioni.

La giustizia penale internazionale, intesa come l’insieme delle procedure e dei meccanismi volti ad accertare la commissione delle più gravi violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario, e punire i responsabili, è necessariamente parte integrante degli sforzi volti a ricostruire la pace in situazioni post-conflitto. La Corte penale internazionale (o CPI o Corte), tribunale permanente e con giurisdizione estesa al territorio e ai cittadini dei suoi Stati Parte e ad ogni altra situazione rinviata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, assume un ruolo primario in questa prospettiva. Lo Statuto di Roma (o Statuto), istitutivo della CPI, pone a perno del proprio ordinamento giuridico il principio di complementarità. La Corte ha carattere complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali ed interverrà solo quando queste non dovessero essere capaci o comunque intenzionate ad agire genuinamente; questa valutazione è proceduralmente strutturata come parte dell’esame di ammissibilità di specifici o potenziali casi. A questa lettura “passiva” o “statutaria”, in quanto delineata espressamente dallo Statuto, del principio di complementarità si è venuta affiancando nella prassi dell’Ufficio del Procuratore (o Procura) della Corte un ruolo di incentivo e

* Già tirocinante presso la *Situation Analysis Section* della Procura della Corte penale internazionale e già consulente giuridico presso l’*Office of Public Counsel for Victims* della medesima Corte. Le opinioni espresse e le posizioni assunte sono strettamente personali e non riflettono necessariamente quelle dei suddetti organi.

sostegno, a livello pre-investigativo, per lo sviluppo di solide strategie di indagine e per un concreto esercizio dell'azione penale da parte delle competenti autorità nazionali. Le attività svolte in tal senso sono dette di complementarità "positiva", poiché implicano un coinvolgimento attivo e una linea di azione diretta da parte della Procura.

Le attività di complementarità positiva così inquadrare costituiscono la cerniera tra la CPI quale meccanismo permanente di giustizia penale internazionale e gli sforzi attuati dalla comunità internazionale in generale, e dalle Nazioni Unite in particolare, per la ricostruzione della pace in realtà uscenti da situazioni di conflitto violento, comunque declinato.

Prima di vedere come le attività di complementarità positiva, e dunque il loro scopo ultimo, cioè l'attuazione della responsabilità penale, si inseriscono negli sforzi per il *peacebuilding*, è opportuno introdurre questo concetto, evidenziandone gli aspetti e le componenti essenziali, ed esaminare il principio di complementarità come inserito nello Statuto di Roma.

1. *Lo sviluppo della nozione di peacebuilding*

Il *peacebuilding*, o ricostruzione della pace, consiste in quegli interventi e processi realizzati successivamente alla pacificazione di un conflitto e alla ripresa della vita (civile) di uno Stato. Queste attività, perlopiù supportate da organizzazioni internazionali o coalizioni di Stati, sono volte ad assistere gli Stati e le società da poco uscite da un conflitto nel ristabilimento delle condizioni necessarie per una pace durevole; questa finalità richiede che le operazioni di ricostruzione della pace implicino strategie di azione complesse che avranno come orizzonte temporale di realizzazione il medio-lungo termine. Tali strategie saranno incentrate sul supporto alle autorità nazionali, preesistenti o istituite successivamente al conflitto, perché queste realizzino quegli interventi di natura politica, economica e sociale necessari all'instaurazione e al mantenimento di condizioni di pace stabili e durevoli¹.

Nell'*Agenda for Peace* del 1992, il *peacebuilding* è definito come l'azione di identificazione e supporto delle strutture di rafforzamento e stabilizzazione della pace al fine di evitare la ripresa di un conflitto (par. 21)². Le attività di ricostruzione della pace includono *inter alia*: la ricostruzione del tessuto infrastrutturale statale, la promozione della tutela dei diritti umani, e

¹ T. MARAUHN-S. SIMON, *Peacebuilding*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2016, par. 1-3.

² Rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite, *Agenda for Peace. Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*, UN Doc. A/47/277-S/24111, 17 giugno 1992, par. 21. Disponibile all'indirizzo: https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf.

la riforma e il consolidamento del quadro istituzionale interno³.

Similmente, il c.d. *Brahimi Report* del 2000⁴ definisce il *peacebuilding* come quelle attività, intraprese a conflitto terminato, finalizzate a (ri)consolidare le fondamenta della pace e a fornire gli strumenti per costruirvi qualcosa che vada oltre la sola assenza di conflitto. In questa prospettiva la ricostruzione della pace include, tra le altre iniziative, il consolidamento dello stato di diritto (ad esempio tramite riforme del sistema penale e giudiziario, e l'addestramento e la riorganizzazione delle forze di polizia) e il rafforzamento del rispetto dei diritti umani, anche attraverso l'indagine e la punizione delle loro gravi violazioni⁵.

Nel gennaio 2008 vengono adottate le *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (o Linee guida), documento che enuncia la c.d. *Capstone doctrine* ed individua i principi guida e i principali obiettivi delle operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, costituendo la base per la preparazione del personale civile e militare⁶. Le Linee guida riconoscono che le operazioni di *peacekeeping*, benché possano condurre una situazione di conflitto ad una pacificazione di breve periodo, difficilmente risulteranno in una pace duratura se non sono seguite da programmi che ne prendano in considerazione le cause specifiche, profonde e strutturali per affrontarle, alla luce della realtà sociale, in vista della prevenzione di conflitti futuri e della creazione di condizioni di stabilità. Simili piani di ricostruzione della pace implicano un processo a lungo termine che, sulla base delle esperienze pregresse, faccia concreti progressi in almeno quattro aree critiche: ripristino della capacità dello Stato di garantire pubblica sicurezza e ordine pubblico; rafforzamento dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani; sostegno al consolidamento di istituzioni politiche democratiche e dei riconnessi processi di partecipazione; promozione di uno sviluppo sociale ed economico che ricomprenda il ritorno e il ristabilimento degli sfollati interni e dei rifugiati⁷.

Ai fini della presente esposizione è utile sottolineare che le Linee guida spe-

³ Oltre a: a) disarmo degli ex combattenti per il mantenimento dell'ordine ristabilito; b) custodia ed eventuale distruzione degli armamenti; c) rimpatrio dei rifugiati; d) sostegno alle forze di sicurezza in termini di consulenza e formazione; e) monitoraggio elettorale; e f) promozione di processi formali e informali di partecipazione politica. *Ibid.*, par. 15, 55.

⁴ *Report of the Panel on United Nations Peace Operations (Comprehensive review of the whole question of peacekeeping operations in all their aspects)*, UN Doc. A/55/305-S/2000/809, 21 agosto 2000. Disponibile all'indirizzo: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/brahimi%20report%20peacekeeping.pdf>.

⁵ *Ibid.*, par. 13.

⁶ Si rimanda al sito: *United Nations Peacekeeping*: <https://peacekeeping.un.org/en/policy-and-guidance>.

⁷ *United Nations Peacekeeping Operations – Principles and Guidelines*, 2008, in particolare, pp. 18, 25-30. Disponibile all'indirizzo: https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/peacekeeping/en/capstone_eng.pdf.

cificano che l'ambito di applicazione e la portata del concetto di stato di diritto (o *rule of law*) nel contesto della sistemazione post-conflitto include almeno i seguenti settori: giustizia di transizione; rafforzamento del sistema e delle istituzioni giudiziarie nazionali, ivi comprese le forze di polizia, di sicurezza e le strutture penitenziarie; protezione e l'assistenza alle vittime e ai testimoni⁸.

La centralità, nel contesto della ricostruzione della pace, dell'assistenza alla ricostruzione del sistema giudiziario e al corretto svolgimento delle funzioni giurisdizionali, segnatamente per le gravi violazioni dei diritti umani è riconosciuta e sviluppata, a livello operativo, dal *Handbook for Judicial Affairs Officers in UN Peacekeeping Operations* del giugno 2013⁹. Le misure da promuovere e intraprendere dovranno essere finalizzate a rendere speditamente operativo il sistema giudiziario affinché non si creino *gap* di impunità derivanti da ritardi nell'esercizio dell'azione penale¹⁰.

Il ristabilimento dello stato di diritto e, quale sua componente fondamentale, l'applicazione di un qualche forma di giustizia di transizione sono dunque elementi essenziali nei processi di ricostruzione della pace. Benché ogni transizione verso la pace sia unica in quanto calata nel proprio contesto, anche sul fronte accademico c'è un generale consenso circa le componenti essenziali di ogni processo di *peacebuilding*; esse sono: sicurezza, ripresa socio-economica e, appunto, democrazia, stato di diritto e giustizia di transizione¹¹.

Secondo una definizione fornita dal Segretario generale della Nazioni Unite, la giustizia di transizione consiste in quella serie di processi e meccanismi associati al tentativo di una società di affrontare l'eredità di abusi su vasta scala al fine di assicurare il riconoscimento delle responsabilità, rendere giustizia e raggiungere una riconciliazione¹².

Dalla prospettiva tanto dell'affermazione quanto del rispetto dello stato di diritto, ad assumere un rilievo primario è la giustizia penale, in particolare per i crimini internazionali. Ed è in capo agli Stati la responsabilità primaria di indagare ed esercitare l'azione penale su questi crimini. Tuttavia può capitare che uno Stato avente giurisdizione (e ciò avviene di norma, benché non esclusivamente, per competenza territoriale sui fatti) possa trovarsi in una situazione di genuina incapacità o mancanza di volontà di procedere. Per questo motivo nel corso degli ultimi tre decenni, a complemento dell'opera di ristabilimento della

⁸ *Ibid.*, p. 25, nota 12.

⁹ Disponibile all'indirizzo: https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/2013.04_handbook-justice-final-for-web-linked_0.pdf.

¹⁰ *Ibid.*; v. Cap. 12 "*Immediate Effectiveness of the Justice System*", p. 156 ss., e Cap. 16 "*Transitional Justice*", p. 192 ss.

¹¹ Si veda per tutti T. MARAUHN-S. SIMON, *op. cit.*, *supra*, nota 2, parr. 22-24, 39-42.

¹² Rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite, *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (2004), UN Doc. S/2004/616, par. 8. Disponibile all'indirizzo: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>.

pace svolta dalle Nazioni Unite, sono stati istituiti una serie di tribunali penali internazionali o misti, la cui giurisdizione era limitata dal punto di vista temporale, personale e territoriale, agli eventi intervenuti nei conflitti in questione.

2. La Corte penale internazionale e il principio di complementarità

Istituita dallo Statuto di Roma, adottato nel 1998 ed entrato in vigore nel 2002, la Corte penale internazionale è il primo e unico tribunale penale internazionale permanente e a vocazione universale. Ha giurisdizione sul crimine di genocidio, sui crimini contro l'umanità e sui crimini di guerra, a cui si aggiunge, per la prima volta dopo le esperienze dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, la giurisdizione sul crimine di aggressione, la cui definizione è stata adottata nel 2010 e la giurisdizione della Corte attivata a partire dal luglio 2018¹³.

I criteri di *attribuzione* della giurisdizione sono quelli previsti dagli articoli 11 e 12 dello Statuto¹⁴, in base ai quali la Corte è competente a conoscere e giudicare solo dei crimini commessi successivamente all'entrata in vigore dello Statuto (competenza *ratione temporis*, art. 11), se commessi sul territorio di uno Stato parte o da un suo cittadino (competenza *ratione loci e personae*, art. 12)¹⁵. L'esercizio della giurisdizione si fonda sul principio di complementarità, pilastro dell'intera struttura giurisdizionale dello Statuto e cardine tra l'ordinamento giuridico della Corte e gli ordinamenti nazionali. Oggetto di vasto interesse accademico specialistico¹⁶, il principio di complementarità è ele-

¹³ Risoluzione dell'Assemblea degli Stati parte, ICC Doc. ICC/ASP/16/Res.5 del 14 dicembre 2017.

¹⁴ Nel seguito, ove non specificato altrimenti, gli articoli richiamati sono quelli dello Statuto di Roma.

¹⁵ Inoltre, l'art. 12, par. 3 prevede la possibilità di un'accettazione successiva di giurisdizione. Sono infine previste sostanziali limitazioni per il crimine di aggressione, per la cui disciplina si rimanda espressamente agli artt. 15-*bis* e 15-*ter*.

¹⁶ I principali studi sul principio di complementarità includono: M. POLITI-F. GIOIA (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Ashgate, Londra-NewYork, 2008; J. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, 2009; M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Leida, 2008; J. STIGEN, *The Relationship Between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Leida, 2008; C. STAHN-M. EL ZEIDY (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Cambridge, 2011. Per altri interventi rilevanti si rimanda a: P. AKHAVAN, *Complementarity Conundrums. The ICC Clock and Transitional Times*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 14, pp. 1043-1059; K.J. HELLER, *Radical Complementarity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 14, pp. 637-665; M. JACKSON, *Regional Complementarity. The Rome Statute and Public International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, 14, pp. 1061-1072; C. STAHN, *Admissibility Challenges before the ICC. From Quasi Primacy to Qualified Deference?*, in C. STAHN (ed.), *op. cit.*, pp. 228-259.

mento cruciale – come dimostra la sua menzione sia nel paragrafo X del Preambolo dello Statuto, sia all’articolo 1 – per comprendere il ruolo, prima ancora del funzionamento, della CPI, il cui carattere complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali è stato un punto fermo sin dagli inizi dei negoziati per la sua istituzione¹⁷.

La natura complementare della CPI la distingue dalle precedenti esperienze penali internazionali, segnatamente dai tribunali penali internazionali per la ex-Jugoslavia e il Ruanda, il quali godevano del primato sulle autorità giurisdizionali nazionali.

Gli Stati parte mantengono il dovere primario di intervenire nella repressione dei crimini internazionali; la Corte interverrà solo quando gli organi dello Stato avente giurisdizione siano incapaci o manchino della volontà di svolgere indagini o procedimenti genuini. In questo senso, il principio di complementarietà funge anche da presidio della sovranità degli Stati, riaffermando il loro primario diritto/dovere.

Scendendo negli aspetti applicativi, il principio di complementarietà è formulato come parte dell’esame di ammissibilità di futuri o potenziali casi; ha dunque natura procedurale. È inserito nell’articolo 17 ed è articolato in una serie di criteri per il diniego di ammissibilità; l’articolo 53 estende l’applicabilità degli stessi criteri all’autorizzazione a procedere con un’indagine su istanza del Procuratore.

Ma procediamo con ordine, facendo innanzitutto chiarezza su quest’ultimo punto, dunque richiamando i tratti salienti della procedura per cui si giunge all’apertura di indagini da parte del dell’Ufficio del Procuratore.

3. *La procedura applicabile all’esame preliminare e all’apertura di un’indagine*

Il Procuratore della CPI, prima di iniziare delle indagini (*investigation*), conduce, attraverso la sezione del suo ufficio a ciò proposta, un esame preliminare (*preliminary examination*) della situazione (*situation*, in contrapposizione alla fase successiva, quella delle indagini, in cui indagherà su uno o più incidenti - *incidents*) nel cui contesto uno o più crimini di competenza della Corte si ritengono commessi *prima facie*. Sulla base delle risultanze dell’esame preliminare il Procuratore determinerà se sussiste una ragionevole base (*reasonable*

¹⁷ Per la fase negoziale si vedano: T. HOLMES, *The Principle of Complementarity*, in R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations and Results*, Leida, 1999; J.T.H. HOLMES, *Complementarity: National Courts Versus the ICC*, in A. CASSESE-P. GAETA-J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, vol. 1, pp. 667-686.

basis) per procedere con delle indagini (art. 53, par. 1). L'esame preliminare si svolge in quattro fasi¹⁸. La fase 1 consiste in una valutazione-filtro delle comunicazioni ricevute dalla Procura ex articolo 15, paragrafo 1, per scartare quelle manifestamente estranee alla competenza della Corte – funge in sostanza da pre-esame preliminare. Le fasi 2 e 3 vertono rispettivamente su competenza della Corte e ammissibilità di possibili casi (e così su complementarietà e gravità, come si vedrà a breve). Infine nella fase 4 si considerano gli interessi dalla giustizia (v. art. 53, par. 1, lett. c)) e si formula una raccomandazione finale indirizzata al Procuratore circa l'esistenza o meno di una base ragionevole per aprire un'indagine.

Facendo un passo indietro, possiamo ulteriormente specificare che una situazione può essere sottoposta all'attenzione del Procuratore, affinché questi possa iniziare un esame preliminare, da uno Stato parte (art. 13, lett. a)) o dal Consiglio di sicurezza in forza del Capitolo VII della Carte delle Nazioni Unite (art. 13, lett. b)), oppure può essere il Procuratore stesso ad attivarsi *motu proprio* (art. 13, lett. c) e art. 15) sulla base delle comunicazioni e informazioni ricevute da terze parti, generalmente ONG, vittime, ovvero associazioni o raggruppamenti di queste (art. 15, parr. 1 e 2). Non è previsto nessun limite temporale per lo svolgimento di un esame preliminare, che può durare anche molti anni; la situazione in Colombia, ad esempio, è sotto esame preliminare dal giugno 2004.

Conformemente all'articolo 53, paragrafo 1 dello Statuto, valutate tutte le informazioni messe a sua disposizione nel contesto dell'esame preliminare, il Procuratore inizierà un'indagine a condizione che sussista una base ragionevole per procedere, determinata in considerazione *inter alia*¹⁹ dei criteri stabiliti dall'articolo 17 per l'ammissibilità di un caso (che in questa circostanza si applicano dunque ad una situazione). Nel terzo caso menzionato nel paragrafo precedente (ad esempio, esame preliminare iniziato *motu proprio*), l'apertura di una indagine presuppone che il Procuratore (oltre ad aver deliberato positivamente circa la questione anzidetta) richieda e ottenga un'autorizzazione a procedere dalla Camera preliminare (*Pre-Trial Chamber*), che valuterà il rispetto dei criteri fissati dall'articolo 53, paragrafo 1 e dall'articolo 17, cui il primo rinvia.

¹⁸ V. *inter alia* ICC-OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, 5 dicembre 2019, p. 6.

¹⁹ Gli altri fattori che il Procuratore considererà (e la Camera preliminare vaglierà per l'apertura di indagini ex art. 15, par. 1 sono elencati nelle lett. a) e c) del medesimo articolo e sono rispettivamente: a) le informazioni disponibili forniscono una base ragionevole per ritenere che crimini rientranti nella giurisdizione della Corte siano o siano stati commessi; c) considerando la gravità del crimine e gli interessi delle vittime, vi sono comunque ragioni sostanziali per ritenere che un'indagine non sia nell'interesse della giustizia.

4. La complementarietà come ammissibilità

Si può ora passare all'analisi dei criteri in cui è declinato il principio di complementarietà ed integranti l'esame di ammissibilità ex articolo 17. Il primo paragrafo stabilisce le condizioni alle quali la Corte deve dichiarare l'*inammissibilità* di un caso. Si ha inammissibilità nell'ipotesi in cui le indagini, o l'esercizio dell'azione penale, sono in fase di svolgimento in uno Stato avente giurisdizione, ovvero sono state svolte e le competenti autorità hanno determinato che non sussistono i presupposti per l'esercizio dell'azione penale, a meno che l'esercizio della giurisdizione (indagini e/o processo) sia stato caratterizzato dalla mancanza di volontà (*unwillingness*) o dalla incapacità (*inability*) delle competenti autorità dello Stato di svolgere le indagini o esercitare l'azione penale (art. 17, par. 1, lett. *a*) e *b*). La Corte dichiarerà parimenti inammissibile un caso se ritiene applicabile il principio del *ne bis in idem* come disciplinato dall'articolo 20, paragrafo 3 dello Statuto²⁰.

I criteri per determinare l'*unwillingness* sono individuati dal secondo paragrafo dell'articolo 17 e sono: procedimenti giudiziari intrapresi o decisioni adottate, a livello nazionale, con lo scopo di assolvere il responsabile da ogni responsabilità penale (lett. *a*); ritardo ingiustificato nei procedimenti (lett. *b*); e procedimenti non condotti in maniera indipendente o imparziale, o comunque in una maniera che, nelle circostanze concrete, risulti incoerente con lo scopo di far rispondere la persona interessata alla giustizia (lett. *c*).

L'incapacità (*inability*), ai sensi del terzo paragrafo dell'articolo 17, è da ravvisarsi nel caso di collasso totale o parziale del sistema giudiziario nazionale, o della sua inoperatività, e consiste nell'incapacità dello Stato di ottenere l'accusato, le prove o le testimonianze necessarie, o comunque di svolgere indagini o procedimenti penali.

Il vaglio di ammissibilità è completato da un criterio esterno al principio di complementarietà: la sufficiente gravità del caso, come formulato dalla lettera *d*) dell'articolo 17, paragrafo 1.

Quanto descritto è la disciplina processuale che lo Statuto dà al principio di complementarietà. Ad oggi, la sua applicazione ha sempre condotto a dichiarazioni di ammissibilità davanti alla CPI, salvo la rilevante eccezione del caso contro *Al Senussi* nella situazione in Libia.

La giurisprudenza della Corte, sia a livello di Camera preliminare (*Pre-Trial Chamber*) che di Camera di appello (*Appeals Chamber*), ha fornito significativi chiarimenti circa i contenuti e la portata delle clausole anzidette. Nonostante importanti questioni lasciate aperte dallo Statuto e non ancora affrontate dalle Camere della Corte, gli interventi giurisprudenziali hanno contribuito notevol-

²⁰ Il quale in sostanza riprende i criteri ex art. 17, par. 2, lett. *a*) e *c*).

mente alla disciplina della complementarità come (componente dell'esame di) ammissibilità.

5. *La complementarità positiva, o complementarità come cooperazione*

Introdotta il regime della complementarità/ammissibilità, è ora possibile volgere l'attenzione a un altro aspetto, di natura diversa ma tutt'altro che secondario, del principio di complementarità, che si affianca a quello processuale e "statutario" – nel senso di essere disciplinato direttamente dallo Stato e completato in via giurisprudenziale. Parliamo della c.d. *complementarità "positiva"*, che si riconnette alle attività di esame preliminare svolte in via esclusiva dalla Procura²¹. Come si è detto, l'esame preliminare ha lo scopo di determinare se sussiste una base ragionevole per indurre il Procuratore ad intervenire, fermo restando il diritto/dovere di intervento primario da parte dello Stato competente. In forza della sua natura complementare, la Corte assisterà quegli Stati parti che dovessero trovarsi a (dover) esercitare questo loro ruolo primario. Questa attività di supporto è esclusivamente svolta dalla Procura nel contesto delle sue attività di esame preliminare e prende il nome di complementarità positiva (*positive complementarity*) o "complementarità come cooperazione" (*complementarity as cooperation*)²².

Questo aspetto positivo del principio di complementarità non trova esplicito fondamento nello Statuto, bensì in una interpretazione data dalla Procura al principio in questione prendendo le mosse dall'articolo 93, paragrafo 10 dello Statuto, relativo ad alcune forme di cooperazione tra Corte e Stati Parte. L'idea e la nozione di una forma positiva di complementarità emerge per la prima volta nel 2003 dal lavoro congiunto di 12 esperti indipendenti su incarico della Procura ed è riconnessa essenzialmente all'idea di una ripartizione di funzioni e lavoro tra Stati e Corte, quest'ultima in principio incaricata di occuparsi dei responsabili di più alto livello²³. Il principio è stato successivamente discusso e sviluppato in una serie di linee guida, piani strategici e *policy paper* adottati dalla Procura²⁴. L'attuale strategia per la conduzione di esami preliminari

²¹ L'enfasi a sottolineare che in materia di complementarità positiva l'unico soggetto agente è il Procuratore, da intendersi specificamente e primariamente come la sezione per l'analisi delle situazioni (*Situation Analysis Section*, di recente rinominata *Preliminary Examination Section* – PES).

²² See, *inter alia*, Segretariato dell'Assemblea degli Stati parte, The Hague Working Group, *Informal consultations on complementarity of 22 February 2019*, p. 1. Disponibile all'indirizzo: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/complementarity/Documents/HWG.complementarity1.summary.11Apr19.2000.cln.pdf.

²³ ICC-OTP, *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 2003, in particolare, par. 3. Disponibile all'indirizzo: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF.

²⁴ ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 settembre 2006, v. par. 2; *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 febbraio 2010, v. par. 15-17; *Strategic Plan 2012-2015*, 24 ottobre 2013, v. par.

è stata formulata nel 2013 con il *Policy Paper on Preliminary Examinations*²⁵. L'aspetto principale, ai nostri fini, per cui l'approccio vigente si differenzia rispetto al passato sta nella fase dell'esame preliminare in cui le attività di complementarità positiva si svolgono. In precedenza esse sono state talora sviluppate a partire dalle prime fasi dell'esame; in base al *Policy Paper* del 2013 esse hanno invece luogo nel contesto, e quale parte integrante, della fase 2 (v. *supra*), cioè solo dopo che la Procura abbia determinato sussistente la competenza *prima facie* della Corte sugli eventi²⁶.

Alla luce del principio di complementarità, una parte significativa degli sforzi della Procura a livello di esame preliminare è dunque diretta ad incoraggiare gli Stati competenti a svolgere il loro diritto/dovere primario²⁷. Questi sforzi possono assumere diverse forme: missioni in loco, consultazioni con le autorità nazionali, partecipazione ad attività di sensibilizzazione circa le funzioni della Corte, scambi di esperienze maturate e *best practice* in supporto delle strategie nazionali investigative e di accusa, e assistenza nell'individuazione di *gap* di impunità e della portata di possibili misure d'intervento²⁸.

Le attività di complementarità positiva costituiscono uno strumento assai duttile e, in base alla situazione specifica e alle circostanze e necessità concrete, capace di adeguarsi al loro fine ultimo, che consiste, si ripete, nel favorire, assistere e supportare gli Stati nell'adempimento del loro ruolo primario di indagine e repressione dei crimini internazionali.

6. Complementarità positiva e ricostruzione della pace nella prassi

La Procura della CPI sta attualmente conducendo esami preliminari in Colombia, Guinea, Iraq/Gran Bretagna, Nigeria, Filippine, Ucraina e in Venezuela (in riferimento a due diverse situazioni).

L'esame preliminare della situazione in Palestina è stato concluso ad inizio 2020 ed è attualmente pendente alla Camera preliminare una richiesta di con-

21; *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 1 novembre 2013, par. 100-103. V. anche: ICC-OTP, *Strategic Plan 2019-2021*, 17 luglio 2019, parr. 49-51; Segretariato dell'Assemblea degli Stati parte, The Hague Working Group, *Update on activities on complementarity of 31 October 2019*, par. 2, e *Report of the Bureau on complementarity*, ICC-ASP/18/25, 29 novembre 2019, par. 5. Tutti i documenti citati e richiamati, qui e nel seguito, sono liberamente reperibili online, la maggior parte dei quali al seguente indirizzo web: <https://www.icc-cpi.int/about/otp/Pages/otp-policies.aspx>.

²⁵ ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 1 novembre 2013.

²⁶ Per una presentazione e una contestualizzazione delle attività di complementarità positiva nel contesto degli esami preliminari può vedersi *Pressure Point: The ICC's Impact on National Justice. Lessons from Colombia, Georgia, Guinea and the United Kingdom*, in *Human Rights Watch*, maggio 2018.

²⁷ *Policy Paper*, cit., *supra*, nota 25, par. 100.

²⁸ *Ibid.*, par. 102.

ferma della competenza *ratione loci* avanzata dal Procuratore²⁹, mentre a fine 2019 è stata concessa l'autorizzazione ad aprire un'indagine nella situazione in Myanmar/Bangladesh³⁰.

È nelle situazioni in Colombia e in Guinea che le attività di complementarità positiva hanno dato esiti sostanziali in termini di promozione di strategie nazionali di indagine e di conduzioni di processi a livello nazionale. Vediamone dunque gli aspetti salienti e maggiormente illustrativi dello stretto legame tra attività di complementarità positiva e ricostruzione della pace in quelle situazioni.

Nel caso colombiano, la Procura ha combinato azioni di informazione e divulgazione delle proprie attività di esame preliminare con forme di *engagement* diretto con le autorità nazionali. La prima forma di intervento si è concretizzata nella pubblicazione di un *Interim Report* nel 2012³¹, il quale, anche attraverso la pressione esercitata dalla società civile locale, ha incoraggiato le autorità nazionali a procedere nelle direzioni espresse nel *Report*, fornendo indicazioni circa casi e situazioni su cui concentrare attenzione e sforzi.

A questo è seguita una serie di visite e missioni in loco da parte di funzionari della Procura; questi hanno tenuto incontri con le autorità politiche nazionali ai più alti livelli, nonché con membri dell'autorità giudiziaria, con rappresentanti della società civile, del mondo accademico e di altre organizzazioni internazionali³². Questi incontri hanno fornito l'occasione per chiarire il ruolo della Corte, per discutere le attività svolte a livello nazionale e per specificare i contorni che queste dovrebbero assumere affinché si possa ritenere che lo Stato stia correttamente svolgendo la sua *primary responsibility*³³.

Il dialogo tra Corte e autorità colombiane ha dato l'occasione per chiarire una questione lasciata irrisolta nello Statuto e strettamente riconnessa sia al principio di complementarità che alla ricostruzione della pace: la giustizia di transizione. Ovverosia: può dirsi che uno Stato Parte allo Statuto di Roma che esce da una situazione di conflitto in cui crimini internazionali siano (verosimilmen-

²⁹ *Situation in the State of Palestine, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, ICC-01/18, Pre-Trial Chamber I, 22 gennaio 2020.

³⁰ *Situation in the People's Republic of Bangladesh / Republic of the Union of Myanmar, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the situation in the People's Republic of Bangladesh / Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19, Pre-Trial Chamber III, 14 novembre 2019.

³¹ ICC-OTP, *Situation in Colombia, Interim Report*, novembre 2012.

³² Dalla pubblicazione dell'*Interim Report*, la Procura ha compiuto almeno dieci visite (due nel 2013, due nel 2015, una missione di alto livello con la procuratrice Bensouda nel 2017, due interventi presentati dal vice Procuratore nel 2018 e altre tre visite tra il 2018 e il 2020) oltre a una serie di altri incontri con autorità colombiane tra l'Aja e New York. Si veda: <https://www.icc-cpi.int/Pages/itemsrsto.aspx?relatedTo=Colombia>.

³³ Di particolare importanza a tale riguardo è il discorso del vice Procuratore *The Role of the ICC in the Transitional Justice Process in Colombia* presentato a Bogotá e Medellín il 30 e 31 maggio 2018 (disponibile online: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/201805SpeechDP.pdf>).

te) stati commessi, che sia genuinamente intenzionato e in grado di fare i conti con questa eredità e che decida di farlo tramite meccanismi di giustizia che *non* contemplino meccanismi giuspenalistici (intesi come indagini, processo e comminazione di una pena – se la colpevolezza è accertata – che comporti una qualche forma di privazione della libertà)³⁴, stia agendo conformemente al principio di complementarità? Oppure dovrà svolgere, o comunque affiancare a quei meccanismi, procedimenti penali per evitare un intervento della Corte?

La situazione in Colombia fornisce appunto materiale per dare una risposta pertinente ma negativa alla domanda. Gli Accordi di pace del novembre 2016 tra governo e FARC-EP istituiscono un Sistema integrale di verità, giustizia, riparazione e non ripetizione (SIVJRNR)³⁵, di cui forma parte integrante una Giurisdizione speciale per la pace (*Jurisdicción especial para la paz* – JEP) competente ad indagare e processare, in cooperazione con i tribunali ordinari, gravi crimini riconnessi al conflitto armato tra Stato e FARC³⁶. La Procura della CPI, pur avendo espresso soddisfazione per i passi compiuti dalle autorità colombiane, ritenuti essere nella giusta direzione tanto in riferimento alla genuinità delle procedure investigative e giudiziarie in corso quanto alla proporzionalità delle condanne³⁷, ha indicato il perimetro entro cui i meccanismi di giustizia di transizione debbono svolgersi per soddisfare l'esame di ammissibilità di cui all'articolo 17. Il vice Procuratore ha affermato che procedure di natura non penalistica «*in and of themselves would not be capable of rendering a case inadmissible*»³⁸. Così, le uniche procedure che possano precludere un intervento della Procura in forza del principio di complementarità sono quelle di natura giuspenalistica, cioè quelle implicanti l'esercizio dell'azione penale, una sentenza di assoluzione o colpevolezza e, in questo ultimo caso, la comminazione di una pena³⁹.

³⁴ Come le commissioni per la verità e la riconciliazione, o i meccanismi di riconoscimento della responsabilità, cioè quelle procedure, comunque denominate, incentrate su deposizione volontaria, ammissione di responsabilità, e promessa di non ripetizione, cui può far seguito o un perdono o anche una qualche forme di punizione purché non di carattere detentivo.

³⁵ Si rimanda in generale al sito web della JEP: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Sistema-Integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-NoRepeticion.aspx>.

³⁶ ICC-OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2019*, par. 88.

³⁷ *The Office of the Prosecutor concludes mission to Colombia*, comunicato stampa del 23 gennaio 2020, ICC-OTP-20200123-PR1510. V. anche *Presentation of the 2019 Annual Report on Preliminary Examination Activities*, 18ª sessione dell'Assemblea degli Stati Parte, 6 dicembre 2019, p. 4; e *Report*, cit., *supra*, nota 36, par. 92-94.

³⁸ *The Role of the ICC in the Transitional Justice Process in Colombia*, cit., *supra*, nota 33, v. in particolare par. 54.

³⁹ *Ibid.*, par. 52, 53. V. anche dichiarazione del Procuratore, Fatou Bensouda, sulla conclusione dei negoziati di pace tra governo colombiano e FARC-EP del 1° settembre 2016, in cui Bensouda fa riferimento alla necessità che vi sia una qualche forma di sanzione (penale) effettiva (“*effective punishment*”) in qualsiasi meccanismo di genuino accertamento della responsabilità (disponibile online: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>).

Ancor più rilevante, in termini di promozione dell'azione statale, è stata la strategia di complementarità positiva attuata dalla Procura nel contesto della situazioni in Guinea, relativa agli eventi accaduti nello stadio di Conakry il 28 settembre 2009⁴⁰. In questa situazione la Procura ha attuato una incisiva campagna di attività, incentrata su pressioni costanti che si sono sviluppate su tre assi paralleli: visite frequenti; interazione con i media locali e internazionali; e costruzione di *partnership* strategiche con gli altri attori internazionali interessati alla pace e alla giustizia in Guinea. L'efficacia di questa strategia è stata riconosciuta dalla società civile⁴¹. La Guinea è il Paese in cui è stato svolto il maggior numero di visite da parte di rappresentanti della Procura per attività di complementarità-cooperazione (la diciannovesima visita s'è svolta nell'ottobre 2019)⁴². Queste visite hanno come fine ultimo quello di incoraggiare il governo nazionale a procedere, attraverso un monitoraggio dei progressi a livello locale e un confronto su di essi con le autorità nazionali⁴³. In questa situazione è stata particolarmente fruttuosa la collaborazione e il dialogo diretto con tre attori chiave delle Nazioni Unite impegnati in sforzi per l'accertamento delle responsabilità per gli eventi nel 2009: l'Ufficio del Rappresentante speciale per le violenze sessuali in situazioni di conflitto, il suo *team* di esperti per la *rule of law* e le violenze sessuali, e la Commissione per il *peacebuilding*⁴⁴. Questi organi delle Nazioni Unite hanno contribuito notevolmente alla promozione di meccanismi di *accountability* a livello nazionale per gli scopi e nell'ambito del proprio mandato. In particolare la Commissione per il *peacebuilding* ha giocato un ruolo importante nella promozione dell'accertamento delle responsabilità e nello sviluppo delle indagini per gli eventi del 2009, regolarmente portata all'attenzione della comunità internazionale nei suoi *report*⁴⁵.

⁴⁰ *Report*, cit., *supra*, nota 36, par. 136.

⁴¹ *Pressure Point*, *supra*, nota 27, p. 99; Dichiarazione del Procuratore Bensouda del 23 gennaio 2020 *Construction of the new courtroom in Conakry is an important step towards holding long-awaited trial and to see justice done* (disponibile online: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200123-otp-statement-guinea>).

⁴² *Report*, cit., *supra*, nota 36, par. 148.

⁴³ V. *inter alia* ICC-OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2015*, parr. 179-183; *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, parr. 167-170; *Report on Preliminary Examination Activities 2018*, par. 180.

⁴⁴ *Ibid.*; v. anche *Pressure Point*, *supra*, nota 26, pp. 107-111.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 109. V. anche: UN Peacebuilding Commission, *Initial Mission by the Chairperson of the Guinea Configuration of the Peacebuilding Commission to the Republic of Guinea*, 3-10 aprile 2011, par. 9 (https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org.peacebuilding/files/documents/report_guinea_unofficial_en_trans.pdf); UN Peacebuilding Commission, Guinea Configuration, *Chair's Report on the mission to Guinea*, 11-15 marzo 2012, par. 10 (https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org.peacebuilding/files/documents/pbc-gui_visit_march_2012_-_report_en_version.pdf); UN Peacebuilding Commission, Guinea Configuration, *Conclusions and recommendations of the second review of the statement of mutual commitments on peacebuilding in Guin-*

7. *Brevi conclusioni*

In questi sforzi congiunti possiamo vedere il punto di congiunzione più manifesto tra attività della Procura della CPI in termini di complementarità positiva e di quelle entità, perlopiù riconnesse alle Nazioni Unite, impegnate in attività di ricostruzione della pace. È in questi interventi di sostegno alla conduzione di indagini e processi a livello nazionale per crimini internazionali che il ruolo, il mandato e l'attività della CPI viene primariamente in rilievo come fattore di costruzione di una pace duratura in quanto radicata anche nella giustizia, tanto per gli individui quanto per le comunità di vittime, e non invece solamente in compromessi politici che da essa prescindano.

Se, come è stato discusso, una qualche forma di giustizia di transizione è elemento imprescindibile nella costruzione di una pace duratura, la CPI, e precisamente la sua Procura, è attore primario in quelle situazioni in cui essa sia competente ad intervenire. Di qui l'auspicio conclusivo, in tempi di ritirata dal multilateralismo, per uno slancio nel processo di ratifica dello Statuto di Roma, perché la Corte possa contribuire quanto più possibile, a livello globale, a quegli sforzi portati avanti dalla comunità internazionale nel suo insieme per la ricostruzione di una pace stabile e duratura nelle molte realtà uscite e che usciranno da situazioni di violenza sistematica e di conflitto.

ea and the Peacebuilding Commission, 12 novembre 2014, par. 2 (https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=PBC/8/GUI/2); UN Peacebuilding Commission, *Guinea Configuration, Report of the visit of the Chair*, 31 maggio-2 giugno 2015, p. 5 (https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org.peacebuilding/files/documents/visit_guinea_june_2015-report_en.pdf).

| Giorgio Bosco * |

Il Tribunale speciale per il Libano

Il Tribunale speciale per il Libano (qui di seguito TSL), istituito dalle Nazioni Unite, è uno degli organi giurisdizionali internazionali nei quali si esercita la giustizia penale internazionale¹. È questo un fenomeno abbastanza recente, perché le manifestazioni del passato ebbero carattere sporadico e circoscritto, come il tentativo di istituire una corte penale internazionale in occasione dei lavori preparatori, nel 1920, dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale nell'ambito della Società delle Nazioni. Anche i processi di Norimberga e di Tokyo si esaurirono col loro compimento, ancorché la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite avesse elaborato nel 1950 i noti «*Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*». Un caso a parte fu quello del «*Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*», esercizio che nel secolo scorso si svolse alle Nazioni Unite per più di un quarantennio, senza applicazioni concrete.

Furono i crimini di guerra e contro l'umanità commessi nella ex Jugoslavia, e i crimini di genocidio perpetrati in Ruanda, ad innescare l'istituzione, da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, di due Tribunali penali internazionali *ad hoc*, con le Risoluzioni, rispettivamente, n. 827 del 25 maggio 1993 e n. 955 dell'8 novembre 1994. Seguì, nel 1998, l'approvazione dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, e, in anni successivi, l'istituzione della «*Special Court for Sierra Leone*» e delle «*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*».

In questa serie di tribunali internazionali speciali si è inserito quello per il

* Già Ambasciatore d'Italia e professore alla Scuola Nazionale dell'Amministrazione in Roma.

¹ Sull'argomento v. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford-New York, 2003; M.C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, 2002; C.J.M. SAFFERLING, *Towards an international criminal procedure*, Oxford-New York, 2007; A.M. LA ROSA, *Jurisdiction pénales internationales. La procédure et la preuve*, Parigi, 2003; H. RUIZ FABRI-J.M. SOREL, *Indépendance et impartialité des juges, internationaux*, Parigi, 2010.

Libano², fondato dalle Nazioni Unite ed avente come mandato quello di ricercare e giudicare i responsabili dell'omicidio del Primo Ministro libanese Rafiq al-Hariri, che ebbe luogo il 14 febbraio 2005 nel corso di un attentato in cui perse la vita altre 22 persone. Il TSL iniziò i suoi lavori nella sede di Leidschendam³, periferia dell'Aja, il 1° marzo 2009, e il 24 dello stesso mese ne fu nominato Presidente il giurista italiano Antonio Cassese, che aveva già presieduto quello sui crimini perpetrati nella ex Jugoslavia. Chi scrive la presente nota ebbe il privilegio di conoscerlo e di lavorare con lui, sia alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1975, sia in una riunione a Granada del Comitato diritti umani del Consiglio d'Europa nel 1985. Purtroppo la sua presidenza del TSL durò poco più di due anni; si spense prematuramente il 22 ottobre 2011.

Il funzionamento del TSL è regolato dal suo Statuto, che nel preambolo ne espone l'origine: la Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 1664 del 29 marzo 2006, adottata a seguito della richiesta del Governo libanese in data 13 dicembre 2005 volta all'istituzione di un Tribunale internazionale avente il mandato sopra illustrato. Il diritto applicabile (art. 2 dello Statuto) non è basato su norme di diritto internazionale penale, ma su norme interne libanesi: le disposizioni del Codice penale del Libano «*relating to the prosecution and punishment of acts of terrorism, crimes and offences against life and personal integrity, illicit associations and failure to report crimes and offences, including the rules regarding the material elements of a crime, criminal participation and conspiracy*», e gli artt. 6 e 7 della legge libanese dell'11 gennaio 1958 su «*Increasing the penalties for sedition, civil war and interfaith struggle*»⁴.

Il rinvio al diritto penale libanese presenta dei limiti, dappoiché alcune sue disposizioni (ad es. sulla condanna alla pena capitale o su quella ai lavori forzati) non sono applicabili dal TSL, non essendo conformi agli "standard" internazionali sui diritti umani, rispettati dalle altre giurisdizioni internazionali.

Il carattere internazionale del TSL risulta dalla sua organizzazione (artt. da 7 a 14 dello Statuto). Sono internazionali il "Pre-Trial Judge", due su tre giu-

² Al riguardo v. A. AZAR, *Le Tribunal Spécial pour le Liban*, in *Revue générale de droit international pénal*, 2007; A. LELARGE, *Le Tribunal Spécial pour le Liban*, in *Annuaire français de droit international*, 2007; M.S. CATALETA, *Le Tribunal Spécial pour le Liban et le respect des droits de l'homme*, Torino, 2012.

³ L'art. 8, par. 1 dell'Accordo annesso alla Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1757/2007 dispone: «*Le Tribunal Spécial siège hors du Liban. Le choix du siège tiendra dûment compte des considérations de justice, d'équité et d'efficacité en matière sécuritaire et administrative, notamment des droits des victimes et de l'accès aux témoins, et sera subordonné à la conclusion d'un accord de siège entre l'ONU, le Gouvernement et l'Etat d'accueil du Tribunal*». Nessun dubbio che la capitale olandese, sede della Corte internazionale di giustizia delle NU, della Corte penale internazionale e della Corte permanente di arbitrato, rispondesse ai requisiti richiesti.

⁴ Sul punto, v. E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009.

dici della “*Trial Chamber*”, tre su cinque giudici della “*Appeals Chamber*” e uno su due giudici alterni (art. 8). Anche se non espressamente disposto, internazionale è il Presidente; la carica è attualmente ricoperta dalla giurista ceca Ivana Hrdlicková. Secondo l’articolo 10, il Presidente compila un rapporto annuale sulle operazioni ed attività del TSL, e lo sottopone al Segretario generale delle Nazioni Unite ed al Governo libanese. Importante è la figura del Procuratore (“*Prosecutor*”), alla quale è dedicato l’articolo 11. Egli è responsabile dell’investigazione e dell’accusa agli autori dei crimini che ricadono nella giurisdizione del TSL. Poiché anche il Procuratore è internazionale, viene assistito da un Vice Procuratore libanese. L’Ufficio del Procuratore ha il potere di interrogare gli indiziati, le vittime e i testimoni, nonché di raccogliere le prove e di organizzare investigazioni *in loco*; le competenti autorità libanesi dovranno assisterlo.

Gli altri articoli dello Statuto (che in totale sono 30) si ispirano ad analoghi testi, come quello della Corte Penale Internazionale, e contengono le norme abituali: responsabilità individuale, “*non bis in idem*”, diritti degli indagati, degli accusati e delle vittime, disposizioni processuali sia di primo grado che di appello, esecuzione delle sentenze e loro eventuale revisione. Da notare un caso in cui il diritto applicabile si solleva da quello puramente interno verso una dimensione più ampia: secondo l’articolo 30 il Presidente del TSL, in consultazione con i giudici, deciderà su ogni eventuale indulto o riduzione di pena «*on the basis of the interests of justice and the general principles of law*». Alla luce delle memorabili pagine del *Manuale di filosofia del diritto* di Giorgio del Vecchio, possiamo dire che questa disposizione è ispirata alla più pura dottrina secondo cui la fonte inesauribile del diritto è costituita dalla natura delle cose, quale può essere apprezzata dalla nostra ragione. Una tradizione più volte millenaria ha chiamato questa fonte, diritto naturale, ossia proprio i «*general principles of law*».

Finora l’attività del TSL ha portato all’incriminazione di quattro persone; l’atto di accusa, contenente nove capi d’imputazione, è del 10 giugno 2011; e il mandato di arresto con l’ordine di trasferimento e detenzione, è del successivo 28 giugno. Tra i capi d’imputazione, ricordati da un recente documento del TSL (STL-11-01/S/TC del 7 settembre 2020), si annoverano: il compimento di un atto terroristico mediante un congegno esplosivo; l’omicidio intenzionale di Rafik Hariri; l’omicidio intenzionale di altre 21 persone e il tentato omicidio intenzionale di 226 persone, il tutto con premeditazione ed uso di materiale esplosivo.

| Lina Panella * |

La giurisprudenza della Corte EDU tra principio del giusto processo e violazioni massicce dei diritti umani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio del giusto processo nella Corte EDU. – 3. Violazioni massicce di diritti umani: problema definitorio. – 4. Imprescrittibilità delle violazioni massicce dei diritti umani. – 5. (Il)legittimità dell'amnistia per le violazioni massicce dei diritti umani. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

70 anni fa, il 4 novembre del 1950, veniva sottoscritta la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito Convenzione), che oltre a prevedere un articolato catalogo di diritti, istituisce un sistema di controllo giurisdizionale, incentrato sulla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), che certamente costituisce un *unicum*, almeno in Europa, per quanto riguarda la protezione dei diritti individuali.

La Convenzione costituisce una manifestazione esplicita di alcuni principi morali fondamentali ai quali è stato dato valore giuridico da un trattato internazionale, e che per 70 anni ha costituito un *corpus* di diritti che ha avuto un profondo e benefico impatto sui sistemi giuridici ed anche, in una certa misura, sulle culture politiche negli Stati membri. In alcuni Stati essa ha incorporato ulteriori principi fondamentali già esistenti di democrazia, stato di diritto e diritti umani. Per altri, ha contribuito alla transizione da regimi non democratici od oppressivi a moderne democrazie costituzionali. Non si dice certo nulla di nuovo affermando che la Corte, attraverso l'adozione delle sue sentenze, rappresenta il garante della effettiva applicazione della Convenzione stessa¹ e che il suo potere di giu-

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli studi di Messina.

¹ L'art. 46 della Convenzione impone alle Alte Parti contraenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte, così come non si dice certo nulla di nuovo affermando che la sentenza della Corte di Strasburgo normalmente non presenta carattere an-

dizio, è strettamente collegato alla sua competenza esclusiva, prevista dall'articolo 32 della Convenzione, di interpretazione delle sue norme. Esercitando tale competenza i giudici di Strasburgo agiscono spesso come un “*subsidiary legislator*” ampliando il proprio potere, come è stato sostenuto, “*visible in the invention of new rights*”, o interpretando in modo estensivo le norme esistenti.

È ovvio che quando si parla di giurisprudenza della Corte EDU si faccia riferimento alle sue sentenze, ma non si può tralasciare la circostanza, che il 1° agosto 2018 è entrato in vigore il Protocollo n. 16 alla Convenzione – adottato dal Comitato dei Ministri il 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa il 2 agosto 2013 – che ha introdotto per la Corte di Strasburgo un meccanismo simile al rinvio pregiudiziale previsto nel sistema della Corte di giustizia dell'Unione Europea, consentendo, se lo ritengono, alle corti supreme di uno Stato che sia parte della Convenzione, (più precisamente, “*più alte giurisdizioni*”) di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera pareri consultivi (*advisory opinions*) in merito a questioni di principio sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale e sui protocolli addizionali.

È da ricordare, inoltre, che la Corte stessa ha sempre sostenuto che la Convenzione europea è un “*living instrument*” che deve essere interpretata tenendo conto delle “*present day conditons*”². Sulla base di queste considerazioni, la Corte, avvalendosi di una interpretazione estensiva ed evolutiva delle norme della Convenzione, ha colmato molte delle lacune in essa presenti, adattandola ai cambiamenti sociali che il trascorrere del tempo inevitabilmente determina. È vero che questa giurisprudenza della Corte ha fatto sostenere a qualche critico commentatore che la Corte ha peccato di eccesso di fantasia o di attivismo, ampliando le sue competenze, ma è anche vero che solo in questo modo è stato possibile dare effettività ad uno strumento pattizio risalente al 1950. Questa evoluzione di carattere pretorio non conferisce maggiore potere agli Stati membri ma, piuttosto costituisce il fondamento di una loro maggiore responsabilità, sia pure condivisa con la Corte di Strasburgo, nell'adempiere all'obbligo di rispettare e garantire i diritti fondamentali.

nullatorio-cassatorio ma ha natura accertativo-dichiarativa della violazione della Convenzione o dei suoi protocolli. Le sentenze della Corte sono anzitutto sentenze di accertamento in quanto tendono ad accertare il diritto, nel senso di accertare nel singolo caso se i fatti oggetto del ricorso determinano o meno una violazione del diritto garantito dalla Convenzione o dei suoi protocolli ad opera dello Stato contro cui è stato proposto. Poiché la Corte agisce su richiesta del ricorrente, il suo accertamento è esclusivamente limitato *al petitum* cioè a quanto denunciato nel ricorso. Ovviamente non ci si riferisce alle sentenze pilota, che hanno ben altre caratteristiche. Sulle sentenze pilota, cfr., *inter alia*, A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2018 e la bibliografia *ivi* citata.

² Già nel caso *Tyrer v. United Kingdom* (sentenza 25 aprile 1978, ricorso n. 5856/72), la Corte ha definito la Convenzione «*as a living instrument*» la cui interpretazione deve tener conto dell'evoluzione delle norme interne e internazionali.

Uno dei metodi adottati dalla Corte per “inventare nuovi diritti” come è stato detto, e quindi di creare ulteriori vincoli per le giurisdizioni nazionali è quello di prevedere una protezione *par ricochet* di un determinato diritto, quindi indiretta, che trova la propria legittimazione nel già citato potere di interpretazione della Corte, mettendo ancora più in evidenza il legame inscindibile tra interpretazione e giudizio. Questa attività della Corte di emanare sentenze additive rispetto ai diritti garantiti dalla Convenzione è ben visibile nella sua giurisprudenza in cui si cerca di attuare un bilanciamento tra il principio del giusto processo – principio cardine di tutto il sistema della Convenzione – e la condanna delle violazioni massicce dei diritti umani. Infatti, come si vedrà nelle pagine seguenti, la Corte ha ampliato e rafforzato gli obblighi degli Stati, in mancanza di una espressa disposizione pattizia, estendendo la propria giurisdizione in questo ambito.

Per meglio definire il campo di indagine che sarà sviluppato nelle pagine seguenti, si ritiene quindi necessario delineare, per grandi linee, in cosa di sostanza il principio del giusto processo e nello stesso tempo definire cosa s'intende per “violazioni massicce” dei diritti umani.

2. *Il principio del giusto processo nella Corte EDU*

Il principio del giusto processo è codificato nell'articolo 6 della Convenzione e riguarda le garanzie funzionali che assicurano la salvaguardia effettiva delle libertà e dei diritti in essa previsti.

Come è stato osservato, l'articolo 6 «*va a promettere ad ogni individuo, per la difesa della propria persona, o del proprio patrimonio, la garanzia di un equo processo, altrimenti detto di una buona giustizia*»³, consacrando «*le principes fondamentaux de la prééminence du droit dans une société démocratique*»⁴.

Secondo una interpretazione letterale dell'articolo 6, esso avrebbe ad oggetto esclusivamente le «*contestazioni sui diritti e le obbligazioni di carattere civile*» e le accuse in “materia penale”. Tuttavia il suo campo di applicazione si è ampliato negli anni per via pretoria. Infatti la Corte, nell'interpretare l'espressione «*diritti e obbligazioni di carattere civile*» ha ritenuto che essa vada a coprire tutte le procedure il cui fine ha un'incidenza diretta sulla determinazione o sulla effettiva conferma di un diritto o di un obbligo di carattere privato⁵ così come ha riconosciuto il carattere civile a molti contenziosi di diritto pubblico, sostenendo che

³ Così, J.C. SOYER e M. DE SALVIA, *Article 6*, in L.E. PETTITI-E. DECAUX-P.H. IMBERT (par le soin de), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, II ed., Parigi, 1999, p. 240.

⁴ Così, G. COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1989, p. 394.

⁵ Corte EDU, sentenza 28 giugno 1978, *König v. Federal Republic of Germany*, ricorso n. 6232/73.

bisogna: «riferirsi all'essenza e agli effetti di un diritto e non alla sua classificazione giuridica in virtù del diritto interno dello Stato interessato»⁶.

La Corte inoltre ha specificato, ed anche ampliato nel tempo, quali siano gli elementi effettivi in cui si concretizza il diritto ad un giusto processo. In tal senso, innanzitutto, tale diritto presuppone quello di poter adire un tribunale, nel senso di avere accesso concreto ed effettivo ad un organo giudiziario⁷. Secondo l'articolo 6, paragrafo 1, tale organo esso deve essere «istituito dalla legge», poiché ciò riflette, secondo i giudici di Strasburgo, «il principio dello Stato di diritto inerente tutto il sistema della Convenzione»⁸. Quindi spetta ai singoli Stati contraenti definire, in via legislativa, le competenze, l'ambito di azione di tali tribunali, salvaguardando quelle che sono le due peculiarità espressamente previste dall'articolo 6: l'imparzialità e l'indipendenza⁹.

Il diritto ad un tribunale si articola, a sua volta, in una serie di altri diritti, volti a garantire alla persona sottoposta a un giudizio i mezzi necessari per poter contestare, in maniera chiara e concreta, l'eventuale violazione subita¹⁰.

Altra questione importante, dal punto di vista interpretativo, è il riferimento contenuto nell'articolo 6, comma 1 al “tempo ragionevole” in cui la controversia deve essere decisa.

In termini generali si può affermare che nell'apprezzamento della durata ragionevole della procedura, la Corte andando al di là di una semplice valutazione in astratto, innanzitutto opera una distinzione in base alla natura civile o penale della questione che le è sottoposta, e quindi considera “le circostanze della causa” valutando il comportamento del richiedente, la complessità della fattispecie da esaminare e la maniera in cui gli organi giudiziari hanno operato nella risoluzione del caso.

La disposizione dell'articolo 6 della Convenzione, si può affermare, preve-

⁶ Corte EDU, sentenza, 7 gennaio 2003, *Laidin v. France (No. 2)*, ricorso n. 39282/98.

⁷ Secondo F. SUDRE, *Droits européenne et international des droits de l'homme*, XIV ed., Parigi, 2019, p. 352 la disposizione dell'art. 6 contiene, implicitamente, due diritti “materiali”: il diritto di accesso ad un Tribunale ed il diritto all'esecuzione delle decisioni di giustizia. Cfr. anche, B. FAVREAU, *Le procès équitable. Une certaine idée de la qualité de la justice*, in *Les procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Actes du colloque organisé par l'Institut des droits de l'homme des Avocats européens et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Bordeaux en 2000*, Bruxelles, 2001, p. 13.

⁸ Corte EDU, sentenza 28 novembre 2002, *Lavents v. Latvia*, ricorso n. 58442/00.

⁹ La letteratura in tema di indipendenza ed imparzialità del Tribunale è ricchissima. Ci si limita qui a rinviare, solo a titolo esemplificativo, e per maggiori indicazioni a M. CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 177.

¹⁰ Sentenza 9 ottobre 1979, *Airey v. Ireland*, ricorso n. 6289/73. Il sistema giuridico italiano, sin dal 1948 consacra tale diritto all'art. 24 Cost. ritenendo, peraltro, tale norma come uno strumento di protezione di tutti i diritti e una garanzia della loro effettività.

de il diritto ad un equo processo come un diritto-cornice, all'interno del quale sono previsti specifici diritti che devono essere garantiti agli individui. Non è certo questa la sede per esaminare in dettaglio i singoli diritti di difesa come "componenti" del diritto ad un equo processo, ma ci si può limitare ad affermare che essi riguardano il diritto ad essere informato dell'accusa, il diritto all'interprete –, il diritto di preparare una difesa, il diritto di partecipare personalmente al processo, il diritto al contraddittorio.

Per quanto riguarda l'Italia, l'articolo 111 della Costituzione, modificato con la Legge costituzionale n. 1/1999, prevede il principio del giusto processo, disponendo al comma 2: «*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale*», e segue, «*la legge ne assicura la ragionevole durata*».

Tale disposizione è stata completata dalla successiva legge Pinto (Legge n. 89/2012), la quale ha previsto il diritto di ciascun cittadino di ottenere un risarcimento del danno, di natura patrimoniale e non, nel caso in cui si accerti l'eccessivo protrarsi del processo¹¹. Al fine di evitare un ricorso di massa al rimedio della riparazione, l'articolo 2-bis (introdotto dall'art. 55, co. 1, lett. a), D.L. n. 83/2012) provvede a fissare i termini la cui violazione giustifica l'azione da parte del privato leso.

Sull'articolo 2-bis si è pronunciata la Corte Costituzionale, che con sentenza n. 36/2016 ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale nella parte in cui stabilisce nel termine di tre anni la durata ragionevole del processo in primo e unico grado, anche per i processi instaurati al fine di ottenere l'equa riparazione a seguito della durata irragionevole denunciata in altro processo. La pronuncia della Consulta trae la sua *ratio* dalla costante giurisprudenza europea sul punto, secondo la quale lo Stato è tenuto a concludere il procedimento volto all'equa riparazione in termini più celeri rispetto alle procedure ordinarie, che nella maggior parte dei casi sono più complesse e comunque non realizzate al fine di porre un rimedio ad una precedente inerzia nell'amministrazione della giustizia. La Corte Costituzionale con la sentenza 26 aprile 2018, n. 88 si è nuovamente pronunciata sulla Legge Pinto, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione, una volta maturato il ritardo, possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto.

In ogni caso, al fine di evitare l'insorgere di cause aventi ad oggetto il rimedio dell'equa riparazione, si è cercato di eliminare in radice il problema della lungaggine processuale, introducendo, con la legge di stabilità del 2016 stru-

¹¹ L'art. 1-bis, co. 2 della Legge in questione, come modificata dalla Legge di stabilità 2016, (Legge n. 208/2015), stabilisce che chi ha subito un danno a causa dell'irragionevole durata del processo, ha diritto ad un'equa riparazione, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'art. 1-ter.

menti preventivi cui il privato può far ricorso al fine di evitare l'eccessivo protrarsi del processo di cui è parte¹².

È da sottolineare, comunque, che tali strumenti preventivi, se da un lato tutelano l'interesse processuale delle parti, dall'altro costituiscono, in alcuni casi, passaggio necessario al fine di ottenere l'indennizzo dovuto per l'irragionevole durata del processo¹³.

3. *Violazioni massicce di diritti umani: problema definitorio*

Il secondo aspetto su cui occorre soffermarsi, anche se brevemente, è definire che cosa s'intende per violazioni massicce dei diritti umani. Il concetto di *gross violations*, secondo il termine inglese più comunemente utilizzato, è stato sviluppato principalmente nella prassi delle Nazioni Unite, ma, malgrado le diverse risoluzioni che a tale proposito sono state adottate fin dagli anni Sessanta, non si è arrivati ad una definizione univoca¹⁴. In linea generale si può affermare che le violazioni massicce si realizzano quando non riguardano una singola vittima, si perpetuano per un certo periodo di tempo e si effettuano con il coinvolgimento di organi statali. In altri termini consistono in quelle fattispecie di grave violazione dei diritti umani che offendono l'intera comunità internazionale e sussistono quando vengono violati sistematicamente e su larga scala i diritti delle persone¹⁵. In tale categoria, dunque, vengono riportate quelle pratiche poste in essere dagli organi dello Stato particolarmente disumane ed efferate, come l'*apartheid*, il genocidio, la tortura, i trattamenti inumani e degradanti, le espulsioni collettive, la c.d. *pulizia etnica*.

Se la nozione di violazioni massicce dei diritti umani non si presta ad una

¹²Tra i rimedi in questione si collocano: l'introduzione del giudizio nella forma del processo sommario di cognizione *ex art. 702-bis ss.* Codice di procedura civile; la richiesta di passaggio dal rito ordinario a quello sommario ai sensi dell'*art. 183-bis*; l'istanza di decisione a seguito di trattazione orale *ex art. 281-sexies* Codice di procedura civile (nelle cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione).

¹³Sulla questione relativa alla effettività degli strumenti di tutela preventiva si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Oliveri* del 25 febbraio del 2016, relativamente alla mancata presentazione di un'istanza di prelievo nel giudizio di primo grado davanti al Tar da parte di un gruppo di lavoratori.

¹⁴Le violazioni massicce dei diritti umani ed i meccanismi volti al loro contrasto sono oggetto di una bibliografia assai estesa. Mi sia concesso richiamare, nella più recente manualistica italiana e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. ZANGHÌ-L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, IV ed., Torino, 2019, p. 35 s.; B. CONFORTI-C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, XII ed., Milano, 2020, p. 442 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani*, Torino, 2020.

¹⁵In questo senso I. INGRAVALLO, *Osservazioni critiche sui meccanismi africani di repressione dei crimini internazionali*, in *Federalismi, Focus Africa*, 11 dicembre 2019, p. 1.

definizione univoca, perfettamente individuate sono le conseguenze che da esse ne discendono sia per quanto riguarda la responsabilità dello Stato, sia per quanto riguarda i rimedi che esso dovrebbe prevedere.

Innanzitutto, la loro commissione comporta la responsabilità penale dei soggetti che li pongono in essere o comunque li favoriscono, e vengono considerati individualmente responsabili di tali violazioni anche gli organi, *de iure o de facto*, di uno Stato, che agiscono nei confronti della sua popolazione. Non è qui il caso di entrare nel merito delle peculiarità che caratterizzano i meccanismi di giustizia penale internazionale che vengono in rilievo in questi casi. L'elemento che occorre mettere in luce è che, con il passare del tempo, si è sempre più consolidata la circostanza che, per i crimini internazionali, oltre alla competenza dei sistemi giudiziari interni agli Stati, è possibile riconoscere quella di meccanismi internazionali, a carattere universale, regionale o anche solo bilaterale.

Per quanto riguarda i rimedi che lo Stato ritenuto responsabile di massicce violazioni dei diritti umani deve attuare, questi possono essere sintetizzati nell'obbligo di cessazione dell'atto illecito, nella riparazione dei danni subiti dalle vittime, e nella punizione dei responsabili.

4. *Imprescrittibilità delle violazioni massicce dei diritti umani*

Nell'ambito della Convenzione non esistono disposizioni che richiamino specificamente le violazioni massicce dei diritti umani¹⁶: la Corte ha ampliato la propria competenza anche a tali fattispecie, come si è già detto, utilizzando l'esclusivo potere di interpretazione previsto dall'articolo 32 della Convenzione stessa, e facendo riferimento a violazioni dell'articolo 2 in materia di diritto alla vita ed all'articolo 3 in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Attraverso un'interpretazione estensiva di alcune norme della Convenzione, la Corte di Strasburgo ha adottato una protezione *par ricochet*, ossia indiretta per valutare la conformità alle norme convenzionali di pratiche che non rientrano direttamente nel loro campo di applicazione. Nel fare questo, la Corte ha tentato un bilanciamento fra l'obbligo di punire i responsabili di gravi violazioni di diritti umani, che costituisce uno dei principi fondanti del c.d. *diritto globale*¹⁷, ed i principi del-

¹⁶ In materia di violazioni massicce dei diritti umani, sul piano qualitativo, la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani appare molto innovativa e in molti casi i principi da essa affermati sono stati richiamati dalla Corte EDU, in contrasto con la tendenza generale che vede questa giurisdizione trainante rispetto all'altra. Sull'argomento cfr., fra gli altri, A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo da un trans-regional judicial dialogue ad una cross-fertilization?*, in L. CASSETTI-A. DI STASI-C.L. ARROYO (a cura di), *La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014, pp. 16 e 20.

¹⁷ In questo senso G. ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Aldershot, 2018.

l'equo processo, presupposto fondamentale dello stato di diritto¹⁸.

Le prime pronunce della Corte EDU in cui si fa riferimento alle violazioni massicce dei diritti umani, pongono l'accento sull'obbligo inderogabile degli Stati di assicurare l'imprescrittibilità di tali violazioni, oggetto di una norma di diritto internazionale cogente, senza che ciò incida sull'applicazione del principio *nulla poena sine lege*, codificato nell'articolo 7, paragrafo 1 della Convenzione.

La Corte EDU ha più volte sottolineato che il divieto di *ne bis in idem* garantito dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere interpretato alla luce degli articoli 2 e 3 della Convenzione, i quali considerando la tutela della vita ed il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti come valori fondamentali della Convenzione, richiedono un bilanciamento con la garanzia prevista dal già citato articolo 4.

Rilevante a tale proposito è la sentenza della Grande Camera *Kononov c. Lettonia* del 17 maggio 2010. Il ricorrente si era visto condannare per crimini di guerra per aver guidato, nel 1944, una spedizione punitiva nel villaggio di Mazie Bati, che tra i propri abitanti ne annoverava alcuni sospettati di collaborazionismo con i tedeschi. La Corte europea ha ravvisato la violazione dell'articolo 7 CEDU ritenendo che gli abitanti del villaggio non fossero da considerare "civili" in quanto collaborazionisti. La Corte non si è soffermata puntualmente sull'effettivo recepimento della disciplina concernente i crimini di guerra – in particolare, della Convenzione de l'Aja del 1907 – da parte dell'ordinamento lettone del tempo: infatti tali norme penali, secondo la Corte, dovevano comunque considerarsi vigenti ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione in quanto già al momento dei fatti di causa costituivano fondamentali norme consuetudinarie.

Il principio dell'inammissibilità della prescrizione per gravi violazioni dei diritti umani, in quanto essa avrebbe come effetto la impunità dei responsabili, nel caso in cui venga violato da parte di organi dello Stato il diritto alla vita previsto dall'articolo 2, è affermato con chiarezza nella sentenza *Alikaj c. Italia* del 29 marzo 2011, in cui la Corte dichiara che costituisce violazione del diritto alla vita (art. 2 Convenzione), sotto l'aspetto sostanziale, l'aver cagionato la morte di un individuo in fuga, colpito da un agente di polizia durante l'inseguimento. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, il diritto alla vita risulta altresì violato allorquando il processo penale si concluda con una pronuncia di non luogo a procedere per l'intervenuta prescrizione del reato, in quanto tale esito non offre un'adeguata riparazione dell'offesa arrecata al valore sancito dall'articolo 2 della Convenzione¹⁹.

¹⁸ R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture e de traitements inhumains ou dégradante*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, vol. XV, p. 254; G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 51.

¹⁹ Il caso riguarda un tragico evento occorso nel dicembre 1997. Un'autovettura (poi rivelatasi rubata) che viaggiava sull'autostrada Milano-Bergamo veniva fermata da due agenti della Polstrada

Riguardo l'articolo 3 della Convenzione, l'obbligo degli Stati di assicurare l'imprescrittibilità del crimine di tortura, considerato come crimine contro l'umanità, la cui violazione è vietata dalle norme cogenti sui diritti fondamentali²⁰, è stata oggetto delle sentenze della Corte riguardanti le violenze perpetrate all'interno della scuola Diaz e della caserma Bolzaneto, durante la riunione del G8 di Genova del 2001.

Nella prima sentenza, *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2015 la Corte EDU si è, fra l'altro, soffermata su alcuni aspetti fondamentali del principio dell'equo processo. Innanzitutto, la Corte ha individuato l'obbligo dello Stato convenuto di attivare indagini ufficiali adeguate per arrivare all'identificazione e alla punizione dei responsabili. Si tratta di un obbligo procedurale che la Corte EDU individua come autonomo, ulteriore fonte di responsabilità per lo Stato rispetto alla violazione sostanziale dell'articolo 3. Inoltre, per la Corte, l'indagine deve essere condotta in modo imparziale ed efficace, ma nello stesso tempo celere, in modo da accertare nel più breve tempo possibile responsabilità penali e disciplinari²¹. I giudici di Strasburgo hanno sottolineato, altresì, che in materia di tortura o maltrattamenti inflitti da parte degli agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe essere sottoposta a prescrizione, "sanzionando" in tal modo la sentenza della Corte di Cassazione italiana del 5 luglio 2012, in

per un controllo. Sennonché i quattro passeggeri, tutti di nazionalità albanese, al fine di sottrarsi al controllo di polizia, abbandonarono repentinamente l'automobile e si diedero alla fuga. Uno dei due agenti di polizia di servizio – dopo aver sparato alcuni colpi di avvertimento in aria, cominciò un inseguimento per la scarpata adiacente alla sede stradale, sempre impugnando la pistola, dalla quale partì un colpo che ferì mortalmente uno dei fuggitivi, Julian Alikaj. Nei confronti dell'agente è stata aperta un'inchiesta per omicidio volontario. Dopo molti sviluppi, il giudizio si concluse con sentenza del 20 aprile 2006, con la quale la Corte d'assise, riconosciute talune attenuanti, dichiarò il non luogo a procedere in quanto i fatti costitutivi del reato erano prescritti. Ottenuto dalla Corte d'appello di Venezia il ristoro per l'eccessiva durata del processo, i ricorrenti si rivolsero alla Corte EDU per la violazione dell'art. 2, sotto gli aspetti sostanziale e procedurale. Secondo la Corte lo scopo legittimo di eseguire un arresto regolare può giustificare il fatto di mettere in pericolo vite umane che non è possibile ravvisare quando è noto che la persona che deve essere arrestata non rappresenta alcuna minaccia per la vita o l'integrità fisica di chiunque e non è sospettata di aver commesso fatti violenti, anche se può derivarne un'impossibilità di arrestare il fuggitivo. Si legge espressamente nella sentenza: «*Il suffit d'observer que l'application de la prescription relève sans conteste de la catégorie de ces "mesures" inadmissibles selon la jurisprudence de la Cour, puisqu'elle a eu pour effet d'empêcher une condamnation*» (par. 108).

²⁰ Non è possibile affrontare in queste pagine il problema della natura cogente del divieto di tortura. Per una disamina dell'argomento si rinvia, fra gli altri, a A. SACCUCCI, *Divieto di tortura ed esigenza di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione al ribasso degli organi internazionali*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2009, p. 5; G. ZICCARDI CAPALDO, *Giudice interno, reato di tortura e maltrattamenti: un nuovo approccio allo jus cogens Human Rights, per contrastare l'impunità*, in E. TRIGGIANI-F. CHERUBINI-I. INGRAVALLO-E. NALIN-R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 398.

²¹ Gli elementi che rendono una indagine ufficiale "effettiva" sono ampiamente analizzati dalla Corte EDU nella sentenza 23 febbraio 2016, *Nasr and Ghali v. Italy*, ricorso n. 44883/09, relativa alla sparizione forzata di Abu Omar.

cui, pur qualificando le violenze sui manifestanti come atti di tortura secondo la definizione contenuta in atti internazionali, la Corte rilevò come, mancando nell'ordinamento italiano una norma incriminatrice che sanzionasse in modo autonomo tale fattispecie, le violenze in causa fossero state perseguite come delitti di lesioni personali in relazione ai quali era intervenuta la prescrizione.

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è pervenuta nelle sentenze *Blair c. Italia* e *Azzolini c. Italia* del 26 ottobre 2017 per i fatti della caserma di Bolzaneto.

Nelle sentenze citate la Corte osserva anzitutto che la maggior parte degli autori materiali degli atti di «tortura» non hanno potuto essere identificati dalle autorità giudiziarie né sottoposti a un'inchiesta, e sono dunque rimasti impuniti.

Per quanto riguarda il procedimento penale, essa osserva che per i reati di lesioni personali, semplici o aggravate, così come per quelli di calunnia e di abuso d'ufficio, è stata dichiarata la prescrizione²². La Corte constata che tutti i condannati hanno beneficiato o dell'indulto, o della sospensione condizionale e della non menzione della condanna nel casellario giudiziale, e osserva che, in pratica, nessuno ha passato un solo giorno in carcere per i trattamenti inflitti ai ricorrenti.

Si inoltre, sottolinea che *«in virtù dell'articolo 19 della Convenzione, e conformemente al principio che vuole che la Convenzione garantisca dei diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi, la Corte deve assicurarsi che lo Stato adempia come si deve all'obbligo di tutelare i diritti delle persone che rientrano nella sua giurisdizione, in particolare nei casi in cui esiste una sproporzione evidente tra la gravità dell'atto e la sanzione inflitta. In caso contrario, il dovere che hanno gli Stati di condurre un'inchiesta effettiva perderebbe molto del suo senso»*²³. Pertanto, essa può solo osservare che, nonostante i fatti più gravi siano stati stabiliti dai giudici nazionali, la prescrizione ha impedito l'accertamento della responsabilità penale dei loro autori.

In queste ultime sentenze la Corte considera che la durata del procedimento interno e il non luogo a procedere pronunciato per intervenuta prescrizione della maggior parte dei reati non siano imputabili ai temporeggiamenti o alla negligenza della procura o dei giudici nazionali ma alle lacune strutturali dell'ordinamento giuridico italiano.

Non è questa la sede per analizzare se, pur in mancanza di una normativa *ad hoc*, il reato di tortura potesse essere perseguito dai giudici italiani in appli-

²² In effetti, su quarantacinque persone rinviate a giudizio, la Corte di Cassazione (par. 69 *supra*) ha confermato la condanna solo di otto agenti o quadri delle forze dell'ordine a pene della reclusione che vanno da un anno per abuso d'ufficio (in quanto i tre agenti condannati hanno rinunciato alla prescrizione) a tre anni e due mesi per il reato di lesioni personali (poi ridotta di tre anni in applicazione della Legge n. 241/2006).

²³ Corte EDU, sentenza 26 ottobre 2017, *Azzolina et al. v. Italy*, ricorso n. 28923/09, par. 154.

cazione dell'articoli 10 e 117 della Costituzione, che disciplinano rispettivamente l'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale generale, di cui il divieto di tortura è certamente parte, ed alle Convenzioni internazionali in materia ratificate dall'Italia e che assumono il rango di norme interposte. Comunque è necessario sottolineare che sebbene nel nostro ordinamento, con la Legge n. 110 del 14 luglio 2017, sia stato introdotto il reato di tortura (e di istigazione alla tortura), non è stata prevista nessuna disposizione riguardante la imprescrittibilità di tale reato che, quindi, soggiace alle regole generali dell'ordinamento, in particolare all'articolo 157 del Codice penale che al comma 8 non estingue i soli reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo²⁴.

5. (II) *legittimità dell'amnistia per le violazioni massicce dei diritti umani*

La Corte EDU, in riferimento alla violazione massiva dei diritti umani, oltre al problema della prescrizione, ha anche affrontato la questione della legittimità delle leggi di amnistia.

Il *leading case* in materia è *Marguš c. Croazia*. Il ricorrente, Fred Margus, è un cittadino croato, detenuto per un certo tempo nella prigione di Stato di Lepoglava (Croazia). Il primo procedimento penale contro di lui per una serie di reati, compresi l'omicidio, è stato chiuso nel 1999, a seguito della legge generale che prevedeva l'amnistia per reati commessi durante la guerra in Croazia 1990-1996. Nel settembre 2007, la Corte Suprema, pronunciandosi su un ricorso proposto dal Procuratore generale, ha concluso che la decisione di chiusura del procedimento penale in parola era contraria alla legge di amnistia. La Corte Suprema ha dimostrato, in particolare, che il Sig. Marguš aveva commesso tali reati come riservista, dopo la fine del suo servizio. Di conseguenza, essa ha dichiarato l'assenza di un legame tangibile, come invece era richiesto dalla citata legge, tra il presunto crimine e la guerra, sottolineando che l'amnistia si estenderebbe a tutti i reati commessi da membri dell'esercito croato

²⁴ In data 16 giugno 2017, alla vigilia dell'approvazione finale da parte della Camera, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, ha indirizzato ai Presidenti di entrambe le Camere, delle Commissioni Giustizia di ciascuna di esse e al senatore Manconi, quale Presidente della Commissione straordinaria per i diritti umani costituita presso il Senato, una nota con cui rappresenta talune preoccupazioni su alcuni aspetti del testo approvato dal Senato e ritrasmissione alla Camera, che, a suo avviso, sembrano in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con le raccomandazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla tortura. In particolare, il Commissario rileva che le nuove disposizioni dovrebbero prevedere pene adeguate per i responsabili di atti di tortura o pene e trattamenti inumani o degradanti, avendo quindi un effetto deterrente e dovrebbero garantire che la punibilità per questo reato non sia soggetta a prescrizione, né sia possibile emanare in questi casi misure di clemenza, amnistia, indulto o sospensione della sentenza.

tra l'agosto 1990 e l'agosto 1996, che non era l'intento del legislatore. Parallelamente a questo procedimento, il Sig. Marguš era sottoposto ad un altro procedimento penale, a seguito del quale è stato condannato con sentenza divenuta definitiva nel settembre 2007 a quindici anni di carcere per i crimini di guerra commessi contro la popolazione civile. I Tribunali croati dimostrando che il Sig. Marguš aveva torturato e ucciso civili serbi, li aveva illegittimamente arrestati e trattati in modo inumano, aveva ordinato l'uccisione di un civile e rubato i beni di civili, aveva considerato tali atti contrari al diritto internazionale, in particolare alla Convenzione di Ginevra relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra. Nel suo ricorso, invocando l'articolo 6, paragrafi 1 e 3, lett. c) della Convenzione, il Sig. Marguš lamenta la partecipazione dello stesso giudice nel procedimento chiuso nel 1997 e in quello in cui è stato condannato, e sostiene di essere stato privato del diritto di presentare le sue conclusioni. Invocando l'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea, egli sostiene che i reati per i quali era imputato nel procedimento chiuso nel 1997 erano uguali a quelli per i quali è stato in seguito condannato. Nella sentenza della Camera del 13 novembre 2012, la Corte EDU ha dichiarato all'unanimità che non vi era stata violazione dell'articolo 6, paragrafi 1 e 3, lett. c) e dell'articolo 4, Protocollo n. 7, sostenendo in particolare, che il diritto internazionale proibisce l'amnistia per i crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio, e che di conseguenza l'esecuzione di un'amnistia generale per i crimini commessi dal Sig. Marguš rappresenta un vizio fondamentale del procedimento ai sensi del secondo comma dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, che da solo giustificava una riapertura di tale procedimento penale. La Grande Camera ha confermato tale posizione nella sua sentenza del 24 maggio 2014. Infatti, pur sottolineando che non esiste un *consensus* comune tra gli Stati a livello internazionale quando si tratta di vietare senza eccezioni la concessione di amnistie per gravi violazioni dei diritti umani, riconosce che «*non sono accettabili amnistie in relazione a gravi violazioni di diritti umani fondamentali, poiché tali amnistie comprometterebbero gravemente il dovere degli Stati di indagare sui colpevoli di tali atti e di punirli*»²⁵.

È da sottolineare che nella sentenza in esame, la Corte si sofferma anche sulla possibilità di adottare leggi di amnistie nell'ambito di un processo di riconciliazione dello Stato interessato, ed afferma che: «*anche se si dovesse accertare che tali amnistie siano possibili in presenza di particolari circostanze, quali un processo di riconciliazione e/o una forma di risarcimento per le vit-*

²⁵ Corte EDU, sentenza 27 maggio 2014, *Marguš v. Croatia*, ricorso n. 4455/10, par. 139. Per una dettagliata indagine sul problema dell'amnistia cfr. G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, 2012. Per un approfondimento del problema della legittimità delle amnistie collegato al diritto alla verità cfr. R.G. CONTI, *Il diritto alla verità nei casi di gross violations nella giurisprudenza Cedu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in F. BUFFA-M.G. CIVININI, *Gli speciali di Questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, aprile 2019.

time, l'amnistia concessa al ricorrente risulterebbe inaccettabile», in quanto «perché le amnistie avrebbero gravemente compromesso il dovere degli Stati di indagare sui colpevoli di tali atti e punirli».

6. Conclusioni

A conclusione dell'esame dei casi più significativi in cui la Corte EDU si è occupata delle *gross violations*, la prima considerazione da fare è che rientra nella responsabilità delle Corti nazionali porre fine all'impunità degli autori di crimini contro l'umanità, dando attuazione al principio cogente dell'imprescrittibilità, unanimemente accettato.

In tal senso le maggiori difficoltà riguardano, si ritiene, l'efficacia delle norme internazionali, sia pattizie che consuetudinarie nel nostro ordinamento, la loro immediata azionabilità e la loro supremazia sulle norme interne: difficoltà dimostrate dalla giurisprudenza anche recente, della nostra Corte Costituzionale, non sempre lineare sull'argomento, e alla quale si richiederebbe, sempre nel rispetto dei principi fondamentali della nostra Costituzione, un *self-restraint* meno accentuato in relazione al diritto cogente dei diritti individuali.

Finito di stampare nel mese di marzo 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220

STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO
E DEI CONFLITTI ARMATI

Collana diretta da Ida Caracciolo e Umberto Montuoro

Sotto l'Alto Patrocinio della Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

Volumi pubblicati

1. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*a cura di*), *Conflitti armati interni e regionalizzazione delle guerre civili*, pp. X-154, 2016.
2. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*a cura di*), *L'evoluzione del peacekeeping. Il ruolo dell'Italia*, pp. XXVIII-424, 2017.
3. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*edited by*), *New Models of Peacekeeping Security and Protection of Human Rights. The Role of the UN and Regional Organizations*, pp. XXX-266, 2018.
4. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*edited by*), *Preserving Cultural Heritage and National Identities for International Peace and Security*, pp. XXXVI-284, 2018.
5. S. MARCHISIO-U. MONTUORO (*a cura di*), *Lo spazio cyber e cosmico. Risorse dual use per il sistema Italia in Europa*, pp. XII-276, 2019.
6. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*edited by*), *Protection of Cultural and Religious Minorities. Leadership for International Peace and Security*, pp. XVI-328, 2019.
7. I. CARACCILO-U. MONTUORO (*a cura di*), *Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani*, pp. XXIV-296, 2021.



Centro Alti Studi per la Difesa

Il volume tratta, in una prospettiva interna ed internazionale, e sotto diverse angolature, di *peacebuilding* e di *post-conflict peacebuilding*, con riferimento al ruolo della giustizia e alla tutela dei diritti dell'uomo nella ricostruzione della pace.

Con riguardo alla prospettiva interna, sono messe a confronto la giustizia penale militare italiana e quella brasiliana, entrambe impegnate anche nella ricostruzione e stabilizzazione della pace.

Con riguardo alla prospettiva internazionale, sono analizzati alcuni aspetti del *peacebuilding*: la cooperazione tra Nazioni Unite ed organizzazioni regionali, il regime applicabile alla componente militare, il contrasto al terrorismo e la stabilità delle relazioni internazionali. Alla tutela dei diritti umani nel *post-conflict peacebuilding* è egualmente dedicato ampio spazio, dal ruolo delle donne alla tutela dell'ambiente, con una riflessione sui regimi emergenziali di sospensione dei diritti umani. Non è infine tralasciato il tema della repressione delle violazioni massicce e generalizzate dei diritti umani che vede lo sforzo della giustizia interna, spesso transitoria, e quello dei giudici penali internazionali.

IDA CARACCILO, Professore ordinario di diritto internazionale nel Dipartimento di Scienze politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e giudice del Tribunale internazionale del diritto del mare. Professore a contratto nell'Università di Napoli "Federico II". Membro della Corte permanente di arbitrato. Vice-arbitro nella Corte di arbitrato e conciliazione dell'OSCE. Autrice di volumi e articoli, in collettanee e riviste italiane e straniere, di diritto internazionale pubblico.

UMBERTO MONTUORO, Tenente Colonnello commissario dell'Aeronautica Militare. Ufficiale superiore addetto al Procuratore generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione. Direttore della Biblioteca giuridica "Federico Cesi". Docente in atenei e scuole di alta formazione sui temi del diritto umanitario e dei conflitti armati. Segretario nazionale dell'*International Society for Military Law and the Law of War. Legal Advisor* in numerose missioni internazionali. Autore di oltre ottanta pubblicazioni politico-giuridiche.

€ 33,00

